

112 年憲判字第 8 號判決不同意見書

蔡大法官明誠 提出

本號判決之爭點，在於刑法第 310 條第 1 項至第 3 項（下依序分稱系爭規定一至三）及第 311 條（下稱系爭規定四）所構成之誹謗罪規定，是否抵觸憲法保障言論自由之意旨。其中系爭規定三所定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」司法院釋字第 509 號解釋（下稱系爭解釋）¹將行為人能證明其言論內容為真實者即不罰之「真實性抗辯原則」，改採舉證責任較輕之「真正惡意原則（真實惡意）」，於基本權衝突之衡量上注重於言論自由之保障，尚符國際保障言論自由之趨勢。惟本號判決要求表意人應就其言論內容於言論發表前進行合理查證，至是否符合合理查證之要求，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。於此前提下，系爭規定一至四所構成之誹謗罪處罰規定，整體而言，未違反憲法比例原則之要求，與憲法第 11 條保障言論自由之意旨尚屬無違。於此範圍內，補充系爭解釋。換言之，本號判決不但認系爭規定一至四全部合憲，且稱有所補充系爭解釋，如此結論恐過於強調合理查證義務，而有偏重於名譽權保障之嫌。是其究竟如何將名譽權與言論自由基本權衝突最適衡量，不無疑問。且就聲請人對於系爭規定一至四之主張，尤其是系爭規定三但書規定因長期適用所生憲法爭議，原係基於保障言論自由之憲法價值出

¹ 從司法院釋字第 509 號解釋之解釋文與理由書觀之，似僅審查刑法第 310 條第 3 項前段，但如參考蘇俊雄大法官意見書「如果進而將第三百十條第三項之規定，解釋為行為人必須負證明所言確為真實的責任，更無異於要求行為人必須證明自己的行為不構成犯罪，亦違反了刑事法上『被告不自證己罪』的基本原則。」其論述範圍可能更廣！

發，憲法法庭受理其聲請後，卻經由本號判決肯認系爭規定一至四之合憲性並補充系爭解釋，恐為聲請人所始料未及，不但未給予其任何聲請憲法審查貢獻之優惠，反而使其自由言論空間更受到限制。又本號判決既未回應外界就系爭規定一至四之改革提議，亦未指明檢討改進之處，皆有商榷之處，爰提出不同意見如下：

一、從比較法觀察系爭規定一至四解釋及適用原則之演變

言論之事實陳述與價值判斷之評論，表意人可能負法律責任方面，通常在於刑事與民事責任。本號判決所處理者，乃刑法誹謗罪問題。因系爭規定一至四之概念及其界定，不乏受到外國立法例之影響。是先從比較法觀察，有關解釋及適用原則之演變，以供本意見書立論之基礎。就德國法而言，涉及人格權之侵害，亦屬於基本法第 2 條第 1 項有關人格自由發展並連接第 1 條第 1 項有關人性尊嚴之規定，此係以一般人格權作為保障範圍，另就個別人格權，在民法方面，則涉及名譽權保護之侵權行為（德國民法第 823 條第 2 項連結刑法第 185 條以下）。就德國刑法規定而言，涉及侮辱罪、惡意誹謗罪與政治人物詆誹罪等犯罪。誹謗罪與政治人物詆誹罪，係以事實主張(Tatsachenbehauptung)為要件²，

² 德國刑法之事實概念，解釋上相當廣泛，依通說，僅將之與內在主觀之意見與評價有所區別。因事實與評價不同，所謂事實係有真實或錯誤之問題，而單純價值判斷(bloße Werturteile)，則屬於意見表達(Meinungsäußerungen)。又有關真實之主張，原則上具有可檢證性(Nachprüfbarkeit)。又如何劃定價值判斷與事實主張之界線，常屬反覆性流動(vielfach fließen)狀態，在個案上並非易事。例如「表達」(Äußerung)，各按其意義關聯性(Sinnzusammenhang)，其不但包含評價，亦且可能是事實陳述(Tatsachenaussagen)（如主張、散布(Behaupten, Verbreiten)）。縱使無法就表達之事實性與評價性之構成要素有所區分，如其意旨(Sinn)非屬造假者，整體而言，將其視為意見

即該事實之「表達」(Äußerung)原則上須具有可運用於法院所使用之證據程序。刑法第 185 條侮辱罪係因對於他人不尊重所為之價值判斷；刑法第 187 條規定之詆誹(Verleumdung)罪，須可證明該事實主張非屬真實(erweislich unwahr)。又同法第 186 條惡意誹謗罪，如行為人不能就該事實主張證明為真實者，則具有可罰性(Strafbarkeit)，對於可證明為真實之舉證責任，則由行為人負擔。但於媒體領域，依刑法第 193 條規定，如要求記者之注意義務者，則應重視其行為是否具有行使正當利益之正當化理由。因此，德國刑法對於妨害名譽權之犯罪行為之構成要件事實之舉證責任，因犯罪類型之不同，而有所差異。

總之，有關人格權與媒體自由(Medienfreiheit)之衡量過程之判斷標準，可圖示如下³，以供比較：

1. 個人/知名度之種類	非知名人士	公眾人物	政治人物
2. 報導之內容	私人	公共事務	職務行為
3. 人格侵害之密度	重度	中度	輕度
4. 公共資訊利益之強度	低		高
5. 表現之種類	膚淺表面/娛樂性 (為滿)		誠實認真對待 (同時亦)

表達(Meinungsäußerungen)。參照 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 69. Aufl., München: Beck, 2022, §186 Rn.2f.; Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage 2019-beck-online, StGB § 186 Rn.3f..

³ 參照 Frank Fechner, Medienrecht, 21. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2021, Rn.6ff., 25ff., 58.

	足接受者之 聳動性樂 趣)		觀察關係人 之利益)
--	---------------------	--	---------------

公開表現之合法性

低<----->高

由上可見，德國立法例，就個人部分，行為人不能就該事實主張證明為真實者，具有可罰性；就媒體部分，事實主張之公開容許性之界限或其正當化理由，除因涉及媒體或傳播方式而有所差異外，在憲法有關人格權與言論自由保障之衝突與調和，其判斷標準之密度與強度，仍有高低之差異性存在，特別是就公開表現對象與內容等因素，而異其合法性之要件及保護程度，可資比較參考！

在美國法院實務上，1964 年聯邦最高法院作出劃時代之判決，即紐約時報訴蘇利文案(New York Times Co. v Sullivan, 376 U.S. 254 (1964))（下稱紐約時報案）所提出之真正惡意判斷原則(rule)，該判決認為公職人員(public official)因其職務相關行為(official conduct)遭受誹謗而得請求損害賠償者，須提出符合憲法要求具足夠明確性(convincing clarity)之真正惡意(actual malice)相關證據，證明表意人明知其言論內容不實或因重大過失而忽視真實(knowledge that statements are false or in reckless disregard of the truth)，即所謂清楚與令人確信之證明(clear and convincing proof)，對事實之確認，僅達到高度之蓋然性即可。因此，其改變往昔真實抗辯原則之判斷標準，改採僅要求真正惡意之證明，不要求有關合理懷疑之較強度舉證責任，使表意人言論自由受到更強之保障。在紐約時報案之後，1974 年美國最高法院於 Gertz v. Robert Welch, Inc.,

418 U.S. 323 案，非公眾人物 Gertz 訴請實際賠償(actual damages) 美金 \$100,000 與懲罰性賠償美金 (punitive damages)\$300,000，第七巡迴法院判決(trial court's judgment) 准許其請求(Gertz v. Robert Welch, Inc., 680 F.2d 527, 8 Media L. Rep. (BNA) 1769 (7th Cir. 1982))。該案上訴最高法院後，最高法院認為私人(private individuals)得依憲法增修條文第 1 條之標準訴請誹謗(defamation claims)之損害賠償，如無過失責任者，各州得自由確立其有關誹謗私人之責任判斷標準。然而該州所設立標準低於該適用於公眾人物之真正惡意之標準時，僅得請求實際賠償，將真正惡意原則之適用擴及於公眾人物。

於 1985 年，美國最高法院 Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749 (1985)案⁴之判決，認為信用評等機構(a credit reporting agency)如疏失(carelessly)傳述（即如發布）有關企業宣告破產之錯誤資訊(false information)，但事實並非如此者，則其可能負誹謗責任。亦即美國最高法院維持佛蒙特州最高法院(Vermont Supreme Court)之判決，因法院將國家保護個人名譽之利益與憲法增修條文第 1 條之言論自由權兩相權衡，認為憲法增修條文第 1 條對於與公共利益相關之事務保障較強，對於單純關於私人事務之保護強度較弱⁵。是最高法院並未推翻佛蒙特州法律，

⁴ 對該判決之大法官意見頗為分歧，相對多數意見者(plurality opinion)，如 Justice Powell, joined by Justices Rehnquist and O'Connor)。協同意見者(concurring opinions)，如 Justices Burger and White。不同意見者(dissenting opinion)，如 Justice Brennan, joined by Justices Marshall, Blackmun, and Stevens)。

⁵ 該原文“less controlling in matters of a purely private concern than matters which are a public interest”，請參照。

在其未顯示「真正惡意」之情形下，准予推定與懲罰性之損害賠償(awards of presumed and punitive damages)。⁶

美國最高法院在紐約時報案判決之後，雖在其適用對象可能是私人、公眾人物、公務人員或政治人物等，在保護之強度或密度，或負起有不同責任之結果。因上述案例係屬侵權之損害賠償等民事責任之判斷標準問題，當然自應留意其是否完全得以適用於刑事誹謗罪之判斷，惟從我國實務上仍不乏運用真正惡意原則判斷誹謗行為是否構成法律責任之標準。因此，在實務上有關誹謗行為之不法與罪責及法律效果等之判斷標準與歸類，如考慮區分其適用對象之差異性，而為不同論斷之標準或責任程度，或許亦有值得參考之處。

二、名譽權與言論自由基本權之衝突與調和

本號判決所謂表意人是否符合合理查證之要求，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（本號判決主文第 1 項參照）。以上說法，看似有意透過法益衡量方法，調和個案基本權衝突，但其課與表意人合理查證之要求，是否宜適用於所有誹謗罪成立要件之判斷，不無疑問。尤其是就基本權衝突之調和而言，因系爭規定一至四對於侵害名譽權行為，已定有刑法誹謗罪加以處罰，如過度強調名譽權保護，而未設下界限或適度限縮刑法誹謗罪之構成要件及適用範圍，勢必發生寒蟬效應(chilling effect)，使表意人畏懼因其言論受到刑罰而就其言論內容做

⁶ 有關上述美國判決，日本憲法學者，曾有對紐約時報案所提出所謂真實惡意（日文：現實の惡意）判斷標準，是否導入刑法第 230 條之 2 解釋，認仍有議論之餘地。（參照蘆部信喜，高橋和之補訂，憲法，東京：岩波書店，2021 年 6 月 15 日 7 版 6 刷，頁 200 註）。但新近文獻，亦有列入參考與比較之案件者。參照長谷部恭男，憲法，東京：新世社，2022 年 2 月 25 日 8 版，頁 158-159。

自我檢查(self-censorship)，如此，恐有礙於言論之表現自由之實現，而無法與言論自由基本權之保障相調和。況且，如採取德國前憲法法院法官與著名憲法學者 Konrad Hesse 所提出務實諧和(das Prinzip Praktische Konkordanz)⁷原則，係就憲法所保護之法益，須於問題解決時相互歸類，而從其真實性(Wirklichkeit)獲取解決之道。在法益之衝突發生時，不許利用他方作為代價，而進行事先預斷式過快之利益衡量或抽象價值衡量。於此應以憲法統一性原則，而提出最適諧和之任務：兩種法益須被設下界限(Grenzen)，因此兩者得以獲取最適之實效作用(zu optimaler Wirksamkeit)，此等界限須於具體個案符合比例性。

如以本號判決為例，看似有意將刑法所保護名譽權之憲法人格權與表意人之言論表現自由，兩者進行個案衡量，但卻加入系爭解釋所無表意人應為合理查證之義務，使依系爭解釋原可不罰之「表意人未積極合理查證，惟『有相當理由確信其為真實者』」，被排除於免其刑罰之範圍，此種要求，顯已預斷式偏重於名譽權之保護，恐難以避免事先預斷式過快之利益衡量或抽象價值衡量，失去合乎比例之最適務實諧和上述兩者基本權衝突之本旨，亦有違系爭解釋基於言論自由而減輕表意人舉證責任之意旨。是本號判決惜未利用此機會檢討改進現行系爭規定一至四適用之缺失，反而採取更限縮言論自由之觀點，其對表意人之言論自由所下之界限，恐有違憲法保障言論自由之意旨與目的，頗值得商榷！

三、從真實性抗辯與真正惡意及合理查證原則之演變論名譽

⁷ 參照 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 1999, Rd. 72, 317ff..

權與言論自由之法益衡量與判斷標準問題

本號判決於名譽權與言論自由間為個案利益衡量時，認其應特別考量言論對公益論辯之貢獻度，且以言論內容究係涉及公共事務而與公共利益有關者，抑係涉及私人生活領域之事務者，論斷其對公益論辯之貢獻度之高低（本號判決第 53 段參照）。此種以言論之價值，作為個案利益衡量之標準，值得再推敲。因言論內容之價值，往往係頗為主觀性之價值判斷，如何客觀上區分言論內容對公益之貢獻度，恐非易事！況且，事實性言論在客觀上縱有真偽、對錯之分，然在誹謗罪之構成要件，如前所述，並非採取真實抗辯原則，而著重在於真正惡意是否存在，以保障言論自由，其所要求之舉證責任，係介於合理懷疑與優勢證據(preponderance of evidence)法則間之清楚且令人信服之證明(clear and convincing evidence standard)。本號判決認為系爭規定三所特設之言論真實性抗辯要件，要求表意人應提出相關證據資料，俾以主張其業已踐行合理查證程序；其所取得之證據資料，客觀上應可合理相信其所發表之言論內容為真實；且如涉不實證據資料之引用，並非基於明知或重大輕率之惡意情事所致（本號判決第 73 段至第 74 段參照）。就後者而言，看似採取真正惡意原則，但本號判決強調表意人應提出相關證據資料，以證明其已踐行合理查證程序，並認為表意人就其誹謗言論之事前合理查證程序，係屬調和言論自由與名譽權二大基本權利之樞紐（本號判決第 76 段參照），如此見解，實已加重表意人之舉證責任，恐有過度偏向於被指述者之名譽權保障，如何合理務實衡量此等相互衝突之法益，不無可疑！且本號判決認為如表意人所為事實性言論，並未提供佐證依據，僅屬單純宣稱者，即使言論內容涉及公共事務而與公共

利益有關，因言論接收者難以判斷其可信度，則認為此種事實性言論之公益論辯貢獻度不高（本號判決第 53 段參照），可能構成誹謗罪，此等見解是否真正達到務實諧和名譽權與言論自由基本權兩種法益之合理衡量，實仍有再推敲之必要。因於通常情形就誹謗罪為個案判斷時，雖主要涉及事實陳述，但陳述事實往往夾雜評論，亦屬常見。事實陳述，重在其真實性，然價值評論，非重於陳述內容之真偽，且以言論內容所呈現之價值作為論斷誹謗罪成立之標準，不無疑問！值此民主時代，應讓人民多有機會自由評斷時事，此亦屬現代民主社會之重要特徵，實不宜以其所表述內容之公益論辯貢獻度高低，作為言論自由保障之強度與密度之標準。此外，究竟如何判定所謂私德或公共利益，隨社會功能之殊化，除極為明顯涉及個人隱私之案件外，往往不易斷定其是否純屬公益或私益（私德）領域，因新聞事件而非自願性成為公眾人物者即為適例。是系爭規定三所稱「對於所誹謗之事，能證明其為真實者」，究係以真實抗辯原則為要件，抑係可透過解釋，而將之解為已採真正惡意原則，不無疑問！且本號判決不問言論內容係屬事實陳述或價值判斷之評論，或所指述之對象為一般人民或公眾人物（含政治人物），就其言論內容或適用對象是否處以刑罰，未另加以類型化、區分其不同判斷標準及法律效果，類皆要求應合理查證之特定義務，是否妥當，亦有再推敲之必要！

再者，我國法院判決，有參照系爭解釋為立論者，然對其解讀難免存有差異。有認為系爭解釋所謂有相當理由確信其所報導之內容為真實，係指「主觀」上認為其報導內容為真，而與法條上文意解釋需其報導內容「客觀上」為真實有所不同。又基於行為刑法原則，判斷行為人主觀上是否認其

報導內容為真實，須以一般健全之人依常理判斷為標準。如經判斷後不足認行為人有相當理由相信其報導內容為真實，此時行為人之行為，即構成「客觀上無從相信其為真，或無從確定真假」之情形，行為人即負有特定義務證明其無誹謗故意，以免除罪責，亦即報導前已盡查證義務與報導時應注意平衡報導(或稱衡平報導)。⁸由此可見，個案判斷時如何為一般健全之人依常理判斷之結果，以及如何認定行為人已盡查證與衡平報導之特定義務，在有刑事處罰誹謗行為之我國實務上是否能取得客觀判斷標準，恐難免因法官就個案之判斷產生個別差異，在有此微妙差異之主觀論斷之疑慮下，過度要求表意人之查證等特定義務，似有礙於憲法保障言論自由之目的與意旨之實現！

四、結語

總之，誹謗罪之除罪化，雖是有些學者專家之主張⁹，但比較德、日刑法，目前仍存在誹謗罪等妨害名譽罪之犯罪類型，於此暫認為其係屬立法論之問題，不予深論。惟從前述比較法觀察，實應對一般人民、公眾人物(public figures; Prominenter)、兒童少年(Kinder)與政治人物(Politiker)等作為

⁸ 參照林天財、陳啟豪，誹謗：臺灣本土實證案例解析，臺北：五南，2007年12月初版1刷，頁108-110。

⁹ 有認為發表言論行為之犯罪化，有以刑法制壓憲法言論自由之危險，有礙於民主化與民意政治之建立，且參考美國立法例，就誹謗行為不認為犯罪，而以民事侵權行為負損害賠償責任為已足，從實質之救濟效果而言，被害人請求損害賠償，較具實益性。另有認為參考外國立法例，媒體即時刊登更正或辯駁書，從速回覆被報導人之名譽，乃保護被報導者人格名譽之最佳方法，若此，可減免民、刑事責任。參照林山田，刑法各罪論（上冊），臺北：作者發行，2006年10月5版2刷，頁268；林天財、陳啟豪，前揭書，頁55-57、213及相關引註文獻。

言論內容所指述之對象，而區分名譽權保護之強度與密度，並將之與言論自由相互務實諧和，以期從憲法統一性觀點尋求其法益衝突之平衡點。再從司法院解釋發展觀之，89年7月7日司法院釋字第509號解釋，已意識到言論自由保障之重要性，減輕表意人之舉證負擔。時至今日，因傳播科技與數位時代之快速演變，已呈現與往昔社會完全迥異之資訊形成與傳播形式，系爭規定一至四之規範內容，除刑罰效果部分外，仍沿用24年所制定刑法誹謗罪作為其規範內容¹⁰。因此，倘若在立法上不予整體檢討修正相關妨害名譽之刑事及民事規定，恐不足以因應新興社會之挑戰！是本號判決雖稱補充系爭解釋，但其所為特定查證義務要求，將使言論自由（表現自由）受到更大限制，難免令人失望！又雖說為系爭解釋之補充，但此種補充之立論，是否採取比系爭解釋所為保障言論自由意旨更開放態度或更加保守？其結果是否符合社會之期待？是否真正深切體認為何有如此多聲請人提出憲法審查之期望，皆有再商榷之處！況且，從現行刑法相關規定之解釋與適用而言，偏重於名譽權保障，正因如此，憲法

¹⁰ 有認為24年刑法第310條第3項規定「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」係採日本當時刑法之立法原則，即就所誹謗之事如係真實且合於一定條件，始不屬誹謗罪之範圍者。參照韓忠謨，刑法各論，臺北：作者發行，民國65年8月3版，頁388。現行日本刑法第230條仍有毀損名譽罪之規定，並於第230條之2規定有關公共利益情形之特例，亦即所為誹謗之事，如具備事實之公共性、目的之公益性與真實性之證明（即判斷事實之真偽而有證明為真實者）之三要件，表現之自由優先，則不罰。（參照辻村みよ子，憲法，東京：日本評論社，2021年3月31日7版1刷，頁215。）在實務上發展出真實性之抗辯（現實之惡意法理）、相當性之抗辯、公正評論之法理與對抗言論(more speech)之法理等免責法理或抗辯，可資比較。（參照曾我部真裕/林秀弥/栗田昌裕，情報法概説，東京：弘文堂，2020年7月15日2版2刷，頁308-316。）

審查更應以言論自由基本權保障為重，從而打開另一扇希望之門！亦即從憲法人權理念上，即使面對高發展傳播科技之數位時代，亦應採取更開放式觀念、資訊內容與科技中立理念，不應迫使人民沉默(not enforced silence)¹¹而莫多言，實應以形成更多言論(more speech)而非「少言」(not less)¹²之社會環境為念。於此，原本殷切期待有此大好機會來變更或更精準補充系爭解釋，並藉由本號判決直接指明現行刑法誹謗罪規定之缺陷所在，呼籲立法者作出更多之立法上檢討改進，以符現代民主社會言論自由保障之人權理念。是本號判決之論點仍有商榷之餘地，爰提出不同意見如上。

¹¹ 參考美國聯邦最高法院法官 Louis Brandeis 於 *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927)一案之著名協同意見書：“If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the process of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence.”

¹² 參照 MARK SABLEMAN, *MORE SPEECH, NOT LESS: COMMUNICATIONS LAW IN THE INFORMATION AGE* (1st ed.)(1997)一書之標題用語。