

# 憲法法庭 110 年度憲二字第 247 號案專家意見書

徐育安\*

## 壹、前言

本案所涉及的爭議為刑法誹謗罪與言論自由之間的衝突，這個問題可以說是一個長久以來即爭論不休的難題，雖然各方所提出的論點大多為人所熟知，但是，在現今資訊科技與網路媒體所形成的時空背景下，藉由 110 年度憲二字第 247 號案的契機，得以再次對於這個古老的議題進行檢視，或有可能出現不一樣的思考，一如釋字第 791 號解釋所指出的，違憲與否的問題可能隨著社會自由化與多元化發展而產生變化。具體來說，本案所要探討的爭議有二，首先，刑法第 310 條誹謗罪是否侵害憲法第 11 條所保障之言論自由？其次，司法院釋字第 509 號解釋是否有補充或變更之必要？

從最為根本的出發點來說，毋庸置疑的是，保障基本權是法治國的基本理念，而觀諸我國憲法對於諸基本權之規定，其規範之方式則有所區分，除了特別規定之外，如對於言論自由之保障規定於第 11 條，人民有言論、講學、著作及出版之自由。此外，也為我國憲法實務及學界所普遍抱持的看法是，我國憲法存在概括性的基本權利條款，即憲法第 22 條之規定，凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障，其中，與個人人格相關之權利為本條規定所擬保護之核心<sup>1</sup>，而名譽權即為其最為重要的權利之一。刑法誹謗罪之設立，乃為保障名譽權而對於言論之自由予以限制，此誹謗罪之刑事處罰規定是否就此違憲，所要受到檢視的，並非其法律效果有無侵害言論自

---

\* 國立臺北大學法律學系教授

<sup>1</sup> 如大法官解釋第 585 號、第 603 號、第 791 號解釋。

由，而是誹謗罪所形成之限制是否欠缺憲法上的正當性，此問題也被稱之為刑罰規範的正當性問題，就本案來說應屬前提性的問題，需要先予以探究。

## 貳、刑法第 310 條誹謗罪是否侵害憲法第 11 條保障之言論自由？

### 一、刑法規範之違憲審查

我國大法官會議過去對於刑法規範違憲審查問題，已逐漸形成一穩定之見解，如在釋字第 544 號、第 551 號、第 646 號等解釋中可以看出，所建立之檢驗順序與方式，可以用以下簡短的公式表達：「如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，且施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而刑罰對基本權之限制與其所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，亦合乎比例之關係者，並非不得為之」。

此一檢驗的方式，更為精簡地來說，其實就是以比例原則檢視刑罰規範之合目的性、必要性與狹義比例。如釋字第 791 號解釋對於通姦罪之合憲性爭議，即表示「系爭規定一既限制人民受憲法保障之性自主權，應符合憲法第 23 條比例原則，即須符合目的正當性，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護法益之重要性亦合乎比例之關係」。由此觀之，我國大法官對於刑事規範之違憲審查，似未明顯區分所謂行為規範與制裁規範，而採取一併進行審查的方式進行，與德國憲法實務之做法略有不同<sup>2</sup>。

---

<sup>2</sup> Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 80 ff.; Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 65 ff.; Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S. 27 ff. 我國關於刑事規範違憲審查之文獻為數不少，涉及一般性論述者，如許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於國際刑法學會台灣分會主編，*民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集*，2005 年，頁 365-413；許澤天，*刑法規範的基本權審查—作為刑事立法界限的比例原則*，出自於，黃舒芃主編，*憲法解釋之理論與實務*，第七輯，上冊，中央研究院法律學研究所籌備處，2010 年，頁 259-323；單麗玟，*刑罰的憲法界限—以比例原則審查刑罰規範的合憲性*，國立臺北大學法律學系碩士論文，2012 年。

比例原則固然在違憲審查上是普遍受到承認的檢驗模式，在我國憲政運作上也饒富經驗，確實具有其檢視之功能。不過，透過比例原則檢視法規範的合憲性，所進行的其實仍只是一種形式性的審查，雖具有一定之結構，但留有偌大待填補的空間。首先，就合目的性之審查來說，立法者所欲追求之目的，多以人權保障、福國利民等為名義，在此一條件之下，國家所提出的諸般限制往往成為合理之舉，使此部分的審查僅為表面的檢視，而必要性的審查部分，也往往因刑法所具有之高度威攝力，使其被認為是達成目的之最為穩固的手段，且為了能達成該目的之最佳化，從而否定其他非刑事處罰之規範方式，最後，也就影響狹義比例部分之審查，因為，面對一個抽象且至高的規範目的，相形之下刑事制裁往往被認為僅是必要之惡。

基於上述對於比例原則之理解，可知比例原則有其內在的限制，其主要的功用毋寧在於篩選出明顯失當的法律規範<sup>3</sup>。若要實質性地審視某一法規範的違憲問題，即必須進一步從爭議法規範所處之實體法架構與脈絡入手，檢視其在學理與實務適用上是否存在疑義<sup>4</sup>。如釋字第 777 號解釋，或是從其所造成的社會性效應立論，如釋字第 791 號解釋。而就此次本案所擬重新檢視誹謗罪合憲問題來說，亦復如此，除比例原則之外，尚必須就本罪構成要件規定與其他法律適用條件進行審視，是否存在法律適用上與適用結果上，存在憲法上的疑義。

## 二、言論自由與誹謗罪之間的違憲問題

---

<sup>3</sup> 需要於此先予敘明的是，本文所指的是以比例原則作為合憲審查之標準，並不否認有內含於法規範之中的比例原則思維，參考：Tischbirek, *Die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Methodemigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht*, 2017, S. 173 ff.

<sup>4</sup> Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, S. 193 ff.；類似於此之爭議可參考：Gärditz, *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, *Der Staat* 49 (2010), S. 331. 與 Zaczyk, *Demokratiethorie und Strafbegründung*, *Der Staat* 50 (2011), S. 295. 兩篇文章之間的主張與辯論。

### （一）大法官會議見解

言論自由雖然向來被理解為個人之基本權，而對於言論自由之保障，大法官並不僅僅從個人自由權的角度立論，更以其所具有的社會性功能進行論述，釋字第 509 號解釋即指出「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮」。依此，言論自由不但被肯認為具有人格權之地位，並具有社會溝通功能，更是在民主憲政秩序中成為形成國民意志所不可或缺之機制，其憲法上的地位至關重要。

另一方面，大法官也指出，言論自由仍有其限制，釋字第 617 號提到比例原則此種一般性的限制條款當有其適用，「憲法對言論及出版自由之保障並非絕對，應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則，國家於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制」。而對於本案所欲探究的誹謗罪，釋字第 509 號解釋即指出「惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制」。

釋字第 509 號解釋更進一步針對誹謗罪之合憲性問題指出，「刑法第三百十條第一項及第二項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要，符合憲法第二十三條規定之意旨」。依此，本號解釋從一開始即認為誹謗罪符合比例原則之要求，故並非違憲之法律規定，不過，如此簡短的論述，僅僅對於誹謗罪之規範目的有所闡明而已，從比例原則來看，止步於合目的性審查的開端，並未完成此部分之檢視，更遑論對於比例原則之其他子原則進行確實之審視，誠屬可惜。

接著，釋字第 509 號解釋將目光轉向第 310 條第 3 項之真實性條款，特別針對本條款之合憲性進行檢視。對此，本號解釋首先指出「刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責」。依此，行為人毋庸擔負證明真實之責，此一見解與該條款「對誹謗之事，能證明其為真實者不罰」之文義顯然有所齟齬。隨後，本號解釋卻又將問題的思考轉向行為人的主觀層面，指出「惟

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，亦不得以此項規定而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。就此而言，刑法第三百十條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸」。依此，行為人之確信有其基礎時，即得以免除誹謗罪之刑責，至於此法律推論之理由為何，則是付之闕如，而只是在肯定其他訴訟主體之舉證責任後，隨即肯認真實性條款規定應屬合憲，但是，同樣至為顯然的是，本號解釋對於此規定之理解與其文義則大異其趣。

## （二）違憲問題之分析與檢討

釋字第 509 號解釋之論述結構，似乎切割了誹謗罪的整體解構，亦即將第 1 項與第 3 項之合憲性問題分別予以論述，恐有見樹不見林之疑義，畢竟第 3 項僅是對於成立第 1 項犯罪之限制性規定，所以必須合併觀察其整體規範結構，方能完整審查其內容。而釋字第 509 號解釋所引發的另一個類似的問題，是在思考合憲性問題上，將大部分的目光集中在第 310 條第 3 項之規定，卻並未對於第 311 條此一重要的限制性規定納入一併審查，忽略了刑法對於言論自由與名譽權衝突時所制定一套權衡法則，因此，此次所為之違憲審查也就出現遺珠之憾。<sup>5</sup>

整體觀察我國刑法對於誹謗罪成立要件所建立之架構，可以區分為積極與消極兩大部分，首先，就積極要件部分，在構成要件層次，客觀方面，行為人指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，意即藉由指述或傳播特定事實，破壞他人

在社會溝通上的形象地位<sup>6</sup>；主觀方面，除一般故意犯皆須具備的構成要件故意

---

<sup>5</sup> 與我國不同的是，德國在憲法上對於言論自由之限制，在其基本法第 5 條第 2 項中有所規範，因此，在審查結構上有其特殊之處，參閱：Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697; Lepsius, Einschränkung der Meinungsfreiheit durch Sonderrecht, JURA 2010, 527.

<sup>6</sup> Regge/Pegel, in: MK 3. Aufl., 2017, Vor § 185, Rn. 24; Wessels/Hettinger Strafrecht BT I, 40. Aufl. 2016, Rn. 464; Lackner/Kühl, StGB 29. Aufl., 2018, Vor § 185, Rn. 1.

之外，另訂有散布於眾之意圖要素，即行為人所計畫打擊的是被害人在社交網絡上的名聲。依此，立法者所建立之不法類型圖象堪稱明確而完整，其所欲禁止之行為舉止，係攻擊他人於社交網絡之名聲，以侵害其作為社會溝通的主體地位，至於結果則並未做為構成要件要素。

其次，對於誹謗罪的消極適用條件，設有第 310 條第 3 項之真實性條款，如能證明所言為真實者，即可免於處罰，但限於非關私德而與涉及公共利益者，依此，可使行為人不致因其實在的言論受罰。此外，刑法並於第 311 條設定特有之正當化事由規定，若以善意發表言論，而係因自衛、自辯或保護合法之利益者、公務員因職務而報告者、對於可受公評之事，而為適當之評論者，以即對於中央及地方之會議或法院或公眾集會之記事，而為適當之載述者，皆排除本罪之成立。由此，涉及個人權利保障、社會意見溝通與民主自決機制，以及新聞傳播媒體，若屬善意且必要者，亦免除於刑事處罰之外。

結合上述誹謗罪之積極與消極之犯罪成立要件，可知本罪對於可損及他人名譽行為所擬處罰者可以區分為兩種下位類型。第一種，係涉及公共利益之非真實言論，由於涉及公共利益，多屬影響公共意見形成者，對此種虛偽言論之處罰，具有較高的正當性，以保護民主之健全。另一方面來說，若為不慎誤信之情形，可能屬第 311 條之善意發表言論而得以免於處罰，因此，在規範設計上來說尚非屬明顯失當者。

第二種，是僅只涉及私德之言論，此部分不論內容是否屬實，皆在處罰之列，當有進一步檢討的空間。若所言屬實者，在刑法上予以禁止之意義，純然剩下對於隱私的保護，這一點在刑法保護秘密罪章已設有規範，是否有處罰之必要即成疑問。而所言係屬捏造虛偽者，雖然名譽可能因而受損，但此種侵害並非不可回復，仍可藉由其他諸如民事賠償訴訟或是懲戒程序予以規範，雖然或有認為可能造成資力較優者因而得以橫行無忌，但此一顧慮可能忽略了被告

陷於賠償訴訟中將受到的諸多痛苦，且在法制上更可以考慮藉由高額懲罰性賠償之方式以取得相近的保護效果，因此，處罰此種類型之必要性亦待商榷。<sup>7</sup>

## 參、司法院釋字第 509 號解釋是否有補充或變更之必要？

### 一、釋字第 509 號解釋所引發之疑義

#### （一）真實性條款之意義

由於本號解釋雖然將審查合憲與否的論述重點放在第 310 條第 3 項之真實性條款，但是，在解釋文中卻並未就此條款的法律性質有所闡述，因此，並不令人驚訝的是，釋字第 509 號解釋引發了學理上的疑問，此真實性條款在刑法上的意義為何，與本號解釋之意旨處於何種關係？

就此問題，必須先行說明的是，蘇俊雄大法官在其協同意見書中明確表示其見解，認為真實性條款之法律性質為客觀處罰條件，但是對其理由並未加以說明，且未就其法律上的意義有更進一步的論述。吳庚大法官在其協同意見書雖然並未直接做出同樣的說明，但引述德國文獻資料指出，該國刑法第 186 條但書真實性條款之規定，依德國通說乃係對「有懷疑應作有利被告認定」(in dubio pro reo) 所為之例外規定。

依吳大法官之說明並參照其所引述之文獻，可知其於此處亦在指出，真實性條款係客觀處罰條件，因為，該文獻乃是在於闡述德國普遍對於真實性條款之見解，其法律性質應為客觀處罰條件，依此，誹謗罪之成立，除了構成要件該當、違法且有責之外，被告若能證明其所發表言論之真實性，係犯罪成立之消極性條件，換言之，若被告能證明時，即排除犯罪之成立，否則就擔負本罪之刑事責任，依此，被告對於其言論，將負擔真實性無法證明之風險。

---

<sup>7</sup> 我國學者其他對於誹謗除罪化的建議，另請參閱如林山田，刑法各罪論，上冊，修訂 5 版，2006 年，頁 268。

## （二）釋字第 509 號解釋意旨與真實性條款

與刑法第 310 條第 3 項真實性條款顯然不同的是，釋字第 509 號解釋最為核心的意旨則是認為，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。並認為如此一來，刑法第 310 條第 3 項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸。對於此一見解在法律上的理由，解釋文與理由書中並未直接予以說明，從字面上看來，似乎是在對於真實性條款進行法律解釋，並直接由於解釋之結果而確認刑罰規定之合憲性，但是，由於該意旨與法條字義明顯矛盾，所以應非一般之法律解釋。

值得參考的是吳庚大法官在其協同意見書中所表示之見解，其指出本件解釋基於言論自由對於民主多元社會不可或缺，故憲法應予以最大限度之保障，但基於諸多因素，並審酌當時社會發展實際情況，不採誹謗除罪化主張，乃對誹謗罪構成要件予以限縮解釋，在此一前提之下，認為上開刑法條文即可符合比例原則之要求，吳大法官對此一法學方法做出進一步的說明，本解釋乃是將第 3 項規定予以轉換（Umdeutung），實現對言論自由更大程度之維護同時又不致於宣告相關條文違憲，在解釋方法上屬於典型之符合憲法的法律解釋

（*verfassungskonforme Gesetzesauslegungen*），就此，蘇俊雄大法官在其協同意見書中亦有極為相近的看法，並進一步指出，如果進而將刑法第 310 條第 3 項規定，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，違反了刑事法上「被告不自證己罪」的基本原則，故應當採取限縮性的合憲解釋。

## （三）阻卻刑事責任之理由

較成為問題的是，本號解釋意旨並未明確說明，在何種法律推論的脈絡之下，可以認為當行為人具有合理確信時即得免除誹謗罪之刑事責任，而僅僅主張此一法律效果。對此，參考吳庚大法官之協同意見書，獲得的線索也並不多，因為，其也僅指出按照本號解釋，「被告之舉證責任將有相當程度之減輕，嗣後不能僅以行為人不能證明其言論內容為真實即以刑責相繩。除行為人得提出相當證據證明所涉及之事實並非全然子虛烏有外，檢察官、自訴人或法院仍



應證明行為人之言論係屬虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而不知其真偽等情節，始屬相當」。

若觀蘇俊雄大法官之協同意見書，雖然也有相近的說明，指出言論為真實之舉證責任不應加諸於行為人，法院對於系爭言論是否為真實仍有發現之責任。但是，蘇大法官更進一步指出，所謂「能證明為真實」其證明強度不必至於客觀的真實，只要行為人並非故意捏造虛偽事實，或並非因重大的過失或輕率而致其所陳述與事實不符，即可免於誹謗罪之刑事責任。

從上面的論述之中，我們只能看到釋字第 509 號解釋所擬主張的法律效果，而未能知悉其在實體法上的根據為何。若我們將前述關於合憲性解釋予以結合觀察，也只是能看到一種結果論的論證方式，亦即為避免較為廣泛之處罰範圍故而予以限縮，但是，所謂合理確信之所以不罰之實質理由為何，並未有確切的論述。

## 二、釋字第 509 號解釋對於我國實務之影響

### （一）阻卻故意

自釋字第 509 號解釋公布後，我國實務最初的回應是以主觀構成要件的思考角度予以解讀，如最高法院 93 台非字第 108 號判決指出，根據本號解釋，「行為人如能證明其有相當理由確信其發表之言論內容應屬真實，即無誹謗之故意，不應負誹謗刑責；而無須證明其言論內容、即誹謗之事確為真實」。最近如最高法院 110 年度台上字第 389 號判決指出，參照司法院釋字第 509 號解釋意旨，行為人若能舉出相當證據資料足證其有相當理由確信其言論內容為真實者，因欠缺犯罪故意，固不得遽以誹謗罪相繩；但如行為人對於資訊之不實已有所知悉或可得而知，卻仍執意傳播不實之言論，或有合理之可疑，卻仍故

意迴避真相，假言論自由之名，行惡意攻訐之實者，即有處罰之正當性，自難主張免責<sup>8</sup>。

此一對於釋字第 509 號解釋意旨的理解，確實在字面上多有相近之處，因為，本號解釋所言「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」。然而，令人產生疑問的是，從誹謗罪的構成要件論之，刑法第 310 條所定之客觀構成要件為，指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，而故意之對象既然僅為此客觀構成要件之各個要素，而所言是否真實則不在此之內，因此，即便行為人對於真實性問題有所誤判，並非刑法上所謂構成要件錯誤，是故，釋字第 509 號解釋意旨與刑法故意之學理有所出入，而上述最高法院判決之見解也難以在學理上獲得支持<sup>9</sup>。

## （二）真實惡意原則

對於釋字第 509 號解釋意旨，我國實務有從其他同樣屬於主觀層面切入者，如最高法院 94 年台上字第 5247 號判決指出，本號解釋之意旨，僅在減輕被告證明其言論為真實之舉證責任，但被告仍須提出「證據資料」，證明有理由確信其所為言論為真實，而「證據資料」係言論之依據，此所指「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。申言之，行為人就其發表之言論所憑之證據資料，雖非真正，但其提出過程並非因惡意或重大輕率，而有相當理由確信其為真正，且應就所提出之證據資料，說明依何理由確信所發表言論之內容為真實，始可免除誹謗罪責；若行為人就其發表之言論所憑之證據資料原非真正，而其提出過程有惡意或重大輕率情形，且查與事實不符，只憑主觀判斷而杜撰或誇大事

---

<sup>8</sup> 類似見解，如最高法院 110 年度台上字第 392 號判決。

<sup>9</sup> 韓忠謨著，吳景芳增補，刑法各論，增補 1 版，2000 年，頁 387；許澤天，刑法分則，4 版，2022 年，頁 282；另可參考德國文獻如 Küpper/Börner, Strafrecht Besonderer Teil 1, 4. Aufl., 2017, S. 145; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 22 Aufl., 2021, S.262.

實，公然以貶抑言詞散布謠言、傳播虛構具體事實為不實陳述，而達於誹謗他人名譽之程度，自非不得律以誹謗罪責<sup>10</sup>。

與上述見解似乎有密切關聯的是美國學理上的真實惡意原則（actual malice），其所謂真實惡意係指對侵害他人名譽權言論之「不實」確有所認知，源自美國 1964 年 *New York Times, Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 一案所建立之原則，涉及媒體報導官員或公眾人物時，必須舉證媒體係「明知其陳述不實」（with knowledge the statement was false），或「對於其陳述真實與否，輕率地毫不在乎」（with reckless disregard of whether the statement was false or not），始負侵害名譽刑、民事責任。其後，再以是否「刻意迴避事實真相」（purposeful avoidance of the truth），判斷是否為真實惡意<sup>11</sup>。然而，此處需要注意的是，由於該法理所涉及的是大眾媒體與政府官員之間的誹謗案件，如此一來，其是否適用於所有的誹謗案件類型，即成疑問。

### （三）合理查證原則

與上述見解較有不同，但是完全不令人感到意外的是，實務上從證據法則的角度理解釋字第 509 號解釋意旨，如最高法院 108 年台上字第 1806 號刑事判決指出，刑法第 310 條第 1 項及第 2 項所定誹謗罪，即係調和各法益而設，符合憲法第 23 條規定意旨；至同條第 3 項前段所定「對於誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」，則係針對言論內容與事實相符之情形，予以保障，若行為人雖不能證明其言論內容為真，但如依其所提證據資料，足以認為其有相當理由，確信係真實者，即不能以誹謗罪刑責相繩，自另方面言，亦不得因此項規定，而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法本應就所訴行為人存有故意毀損受害人名譽之舉證責任。

---

<sup>10</sup> 類似見解，如最高法院 108 年台上字第 4094 號刑事判決

<sup>11</sup> 進一步之介紹，呂麗慧，論名譽保護與言論自由保護的平衡衝撞—從美國侵害名譽權法之啟示論析我國民事侵害名譽權法之問題與發展，*高大法學論叢*，第 6 卷第 2 期，2011 年 3 月，頁 8 以下。

#### （四）綜合說

最後，同樣也不難理解的是，我國實務有結合前述不同觀點後，採取綜合的方式解讀釋字第 509 號解釋意旨者，如最高法院 106 年台上字第 212 號刑事判決指出，本號解釋明確揭示採取「真正惡意原則」，且本判決進一步指出，從而行為人對於資訊之不實已有所知悉或可得而知，卻仍執意傳播不實之言論，或有合理之可疑，卻仍故意迴避真相，假言論自由之名，行惡意攻訐之實者，即有處罰之正當性，自難主張免責。另一方面，本判決則是對於查證義務進行區分，認為倘僅屬茶餘飯後閒談聊天之資者，固難課以較高之查證義務；反之，若利用記者會、出版品、網路傳播等方式，而具有相當影響力者，因其所利用之傳播方式，散布力較為強大，依一般社會經驗，其在發表言論之前，理應經過善意篩選，自有較高之查證義務，始能謂其於發表言論之時並非惡意。因此，倘為達特定之目的，而對於未經證實之傳聞，故意迴避合理之查證義務，率行以發送傳單、舉行記者會、出版書籍等方式加以傳述或指摘，依一般社會生活經驗觀之，即應認為其有惡意<sup>12</sup>。

### 三、釋字第 509 號解釋意旨之調整

#### （一）真實性條款之定位

在我國刑法文獻中，對於真實性條款之法律定位，存在不同的學說，有認為應屬阻卻構成要件者，符合事實之指摘並非立法者所要禁止之誹謗<sup>13</sup>；多數見解則將其理解為一種正當化事由，此種立場可區分為下列兩種相近的說法，有認為此條款係阻卻犯罪之事由，究其理由應是由於刑法第 310 條第 3 項規定

---

<sup>12</sup> 類似見解，如最高法院 110 年度台上字第 392 號刑事判決。

<sup>13</sup> 林東茂，刑法分則，2018 年，頁 101；曾淑瑜，刑法分則實例研習，2004 年，頁 152。

「不罰」之故<sup>14</sup>；亦有認為屬一特別阻卻違法事由，其理由在於，指摘或傳述有損他人名譽之事，雖該當誹謗罪之構成要件，但若行為人所持言論被證明為事實，且具有公益性時，該發表言論之舉止應屬正當行為<sup>15</sup>。而受到釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書與德國學說之影響，我國學者也不乏認為真實性條款係客觀處罰條件者<sup>16</sup>。

真實性條款按照德國多數見解確為客觀處罰條件（objektive Strafbarkeitsbedingung），依此，其並非客觀構成要件要素，而係構成要件該當性、違法性與有責性之外的犯罪成立要件，也就是作為三階層之外的犯罪成立要件，按照此一法律上的定位，是以不具有真實性作為處罰的前提，若該真實性未能被證實之時，該可能存在的法律風險則由被告負擔，畢竟言論攻擊即源自於行為人，在發生此等爭端時，應由其負責說明自身發出此等言論之根由，而非由受詆毀承擔澄清之責<sup>17</sup>。依此，顯然與釋字第 509 號解釋之意旨有所違背，因為該意旨乃是主張行為人僅證明其有正當之理由確信自己所言為真即可，無須擔負所持言論內容真假不明之風險，因此，與德國客觀處罰條件說之立場恐難相容。

## （二）釋字第 509 號解釋意旨之調整

---

<sup>14</sup> 韓忠謨著，吳景芳增補，刑法各論，增補 1 版，2000 年，頁 388；陳子平，刑法各論，上冊，5 版，2022 年，頁 353 以下。

<sup>15</sup> 林山田，刑法各罪論，上冊，修訂 5 版，2006 年，頁 263；甘添貴，刑法各論，上冊，修訂 5 版，2019 年，頁 164。

<sup>16</sup> 林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明—兼評大法官釋字第五〇九號解釋，台大法學論叢，32 卷 2 期，2003 年 3 月，頁 67-104；鄭逸哲，解剖誹謗罪之構成要件—評析台灣高等法院八十七年度上易字第 6229 號判決，月旦法學雜誌，83 期，2002 年 4 月，頁 238-247；許澤天，刑法分則，4 版，2022 年，頁 278。許家馨，言論自由與名譽權的探戈—我國名譽侵權法實務與理論之回顧與前瞻，政大法學評論，第 128 期，2012 年 8 月，頁 203 以下。

<sup>17</sup> BGHSt 11, 273; Küpper/Börner, Strafrecht Besonderer Teil 1, 4. Aufl., 2017, S. 145; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 22 Aufl., 2021, S.262.

梳理釋字第 509 號解釋之意旨，乃是大法官會議為緩和誹謗罪對於言論自由之限制，因而認為可以藉由擴張真實性條款之適用可能，以限縮處罰範圍。此做法看似可以進一步增進言論自由之保障，但是由於在理由構成上，並未在刑法學理上有所說明，以致在實務與學說上的解讀形成眾說紛紜的狀態，反而因為有損法安定性而難以落實其原意。

更進一步的來說，若要達成釋字第 509 號解釋之意旨，在刑法學理上可以考慮其他具有實體法基礎的論述。如前所述，對於真實性條款存在不同的解讀，我國學者多數認為可以將其理解為阻卻違法事由，若言論屬實且非僅涉及私德者，得以將行為人有損他人名譽之言論予以正當化，依此一理解方式，當如同其他阻卻違法事由，存在行為人對於阻卻違法事由前提事實發生錯誤認定之情形，如正當防衛中，行為人若對於是否存在現在不法侵害有所誤判，或是緊急避難中，行為人誤認緊急危難之存在，這種誤想防衛與誤想避難，在學理上被稱之為容許構成要件錯誤，其法律效果雖然在學理上存在不同見解，但其結論上大致相同，亦即阻卻故意犯之成立，至多論以過失犯<sup>18</sup>。依此，與釋字第 509 號解釋意旨之結論相近。

此外，從釋字第 509 號解釋意旨，並觀察其所涉及具體案件，所擬處理的問題，涉及新聞媒體對於公務人員之報導，此一問題已在刑法第 311 條第 3 款中有所規範，即出於善意發表言論，對於可受公評之事，而為適當之評論者。若媒體工作者由於其所蒐集之事證發布新聞稿件，其內容所建構之事實圖像，本即建立在其對該事件事實所具有的主觀認知之上，依此，若經查證而仍屬錯誤報導者，仍可得適用本條款，審酌其是否屬於善意而為之評述，當然，若毫無查證者，即當檢視其是否有重大疏失或刻意未予考查相關事證。

---

<sup>18</sup> 容許構成要件錯誤在刑法學理之介紹，Jakobs, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1991, 370 ff.; 林鈺雄，*新刑法總則*，9 版，2021 年，頁 232 以下；王皇玉，*刑法總則*，8 版，2022 年，頁 268 以下；許澤天，*刑法總則*，3 版，2022 年，頁 278 以下。

本人 徐育安 受憲法法庭指定，就 110 年度憲二字第 247 號朱長生聲請案等，提出專業意見，並出席憲法法庭於 112 年 3 月 14 日就本案所行之言詞辯論期日。謹依憲法訴訟法第 19 條第 3 項規定，就相關專業意見或資料之準備或提出，揭露相關資訊如下：

|   |   | 是/否 | 如是，其情形 |
|---|---|-----|--------|
| 一 | 相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。        | 否   |        |
| 二 | 相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。 | 否   |        |
| 三 | 其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。                         | 否   |        |

此 致

憲法法庭

陳報人：

徐育安

(簽章)

2023.02.14

(日期)