

專家諮詢意見書  
(110 年度憲二字第 247 號等)

許家馨  
中央研究院法律學研究所研究員  
民國 112 年 1 月 31 日

## 應揭露事項

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

## 專家意見

憲法法庭為審理 110 年度憲二字第 247 號朱長生聲請案等六案，指定本人提出專家諮詢意見書。本人針對 鈞院所提示之爭點題綱：一、刑法第 310 條誹謗罪是否侵害憲法第 11 條保障之言論自由？二、司法院釋字第 509 號解釋是否有補充或變更之必要？謹提專家意見如下。

## 目次

一、刑法第 310 條誹謗罪的立法脈絡.....	2
二、司法院釋字第 509 號解釋.....	5
(一) 司法院釋字第 509 號解釋分析.....	5
(二) 司法院釋字第 509 號解釋後續發展.....	7
三、比較法 .....	11
(一) 美國及英國.....	11
(二) 歐陸.....	12
(三) 日本及韓國.....	14
四、公民與政治權利公約第 19 條.....	15
五、本案爭點.....	16
(一) 基本權衝突與比例原則衡量.....	16
(二) 民刑誹謗二元體系.....	19
(三) 法律明確性.....	20
六、結論.....	22

## 一、刑法第 310 條誹謗罪的立法脈絡

現行刑法 310 條誹謗罪（以及第 311 條善意不罰言論），源自民國 17 年舊刑法，為現行民國 24 年開始施行的中華民國刑法所大致沿用，並施行至今。其立法之時，曾參酌當時各國的立法例，此由本條文當中兩項重點的立法理由中可以看出。第一，關於「意圖散佈於眾」，民國 17 年舊刑法的立法理由為「...又原案以公然二字，為犯罪之條件，故公然誹謗罪者，不問事實之有無，概行處罰，其規定一失之於狹，一失之於廣，若以公然誹謗，罪始成立，則私相傳述，損害他人名譽者，無從科罪，是謂失之過狹。故本案擬仿荷蘭刑法，以意圖散佈於眾為犯罪成立要件，庶為得當。」第二，關於本條第三項前段「對於所誹謗之事能證明其為真實者不罰。」，其立法理由謂：「至於不問事實之有無，概行處罰，其箝制言論之自由，及妨害社會，可謂極已，是謂失之過廣。故本案於次條規定事實有無，與應否免刑之情節，以免趨於極端。」又「...查第二次修正理由真偽之證明，與名譽罪極有關係，各國立法例略分三派：一、不問事實之有無，概行處罰，日本是也。二、犯人能證明其事實之真實，概不處罰，德國是也。三、分別情節，其與公共利益有關者，例如公務員之執行公務，若事屬真實，則不罰。其涉於私德與公共利益無關者，不問真偽，概行處罰，多數國家是也。前兩派皆趨極端，故德國刑法準備草案對於證明事實不罰之規定，加以限制，蓋從第三派矣。凡與公共利益有關之真實事項，亦不得宣佈，其於保護個人名譽，不免過當，而於社會之利害，未嘗慮及矣。...」<sup>1</sup>

從刑法第 310 條立法理由觀之，立法者已經意識到此罪的特殊性質。此罪保護名譽法益，而相較於保護其他個人法益的犯罪，比如生命、身體、自由、財產法益，名譽法益具有特殊性質。其他個人法益的保護疆界相對較為明確，個人在社會中應如何行止，始得避免侵害他人法益，相對較易於被一般人掌握。然而，名譽法益之侵害行為，自始與基於「言論自由」與「社會之利害」所得發表言論之正當行為，相互交織。合法與不法之間的界限，自始即為立法者的立法政策衡量的重點。所謂「社會之利害」可理解為社會生活當中，所難以抹滅之資訊交換，以及對於社會生活成員之彼此評價的需求。事實上，「名譽」作為一種個人法益，其本質即為社會成員之間的彼此評價與承認。「名譽」是重要法益，即因一個人的社會生活，包括工作、交友、商業來往等等，必然取決於彼此的評價。對於「生命、身體、自由、財產」等法益的保護，直接關係到個人的生物生命的存續與維

<sup>1</sup> 轉引自謝庭晃，妨害名譽罪之研究，私立天主教輔仁大學法律學研究所博士論文，2004 年 6 月，頁 46。

持，而「名譽」直接關係到個人的社會生命，因此有「名譽是人的第二生命」之諺語。對於社會生命之不法侵害，不僅對於個人造成重大法益的剝奪，侵害其個人的「人性尊嚴」，也影響社會評價體系的正常運作。然而，何謂對於名譽法益的「不法」侵害，其實是一條需要審慎拿捏且多方權衡的界限。誹謗行為的不法界限的界定，其實很類似於後來德國所發展出來的「客觀歸責理論」當中所要處理的「何為法所不容許的風險」的行為，亦即立法者以及司法者所要拿捏的，正是何為對於名譽法益製造法所不容許的風險的誹謗行為。

從上述立法理由觀之，有別於前現代階層社會（包括歐洲）中，對於貴族「榮譽」的保護大多不容許真實抗辯，刑法第310條第1、2項，以及其與第3項之間的權衡，已經呈現出近代刑法對於人人平等、社會生活評價體系以及個人名譽法益之間的重新平衡。本人曾指出刑法第310條所保護的法益性質：「人有保護名譽免於不實事實抹黑的權利，卻沒有『欺世盜名』的權利。」<sup>2</sup> 同時，這其中尚包含另外一層的法益衡量，亦即「隱私權」。儘管立法當時尚無「隱私權」的用語，然第310條第3項但書「涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」即納入了此等考量，換言之，儘管人沒有欺世盜名的權利，但在「私德/隱私」的範圍內，個人擁有不被侵擾的權利，不論言論真實與否。當然，光是釐清刑法第310條所保護的法益性質，尚不足以達致所需的平衡，以致於還有刑法第311條善意言論不罰的立法。刑法第311條四款善意言論不罰事由包括：「一、因自衛、自辯或保護合法之利益者。二、公務員因職務而報告者。三、對於可受公評之事，而為適當之評論者。四、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。」此四項不罰事由本來是要免除行為人使用第310條第3項「真實抗辯」的負擔，而構成獨立的阻卻不法事由。然而，此等事由是否且在多大的程度上，可以發揮此功能，在司法院釋字第509號解釋做成之前，就有很大的爭議空間與模糊之處。尤其是在解除戒嚴之前的時代，法院對於此等事由的運用相當限縮，尤其是在高度政治性案件中，更是不願為行為人創造阻卻不法的空間。1986年前總統陳水扁在蓬萊島週刊社長任內，因雜誌所刊登的文章批評時任總統蔣經國的英文秘書馮滄祥的論文《新馬克思主義批判》「以翻譯代替著作」，被訴以誹謗罪，而入獄八個月，即為著例。亦即，在大多數的案件中，誹謗罪被告最有機會成功抗辯者，仍然是使用「真實抗辯」，然而，「真實抗辯」的門檻頗高，即便在解嚴之後，政治言論市場開始自由化，法院對誹謗罪有罪被告也鮮少判決超過六個月有期徒刑者，然對於新聞工作者以及對於公共事務進行評論者，誹謗

<sup>2</sup> 許家馨，釋字第509號解釋應否適用於民事案件？為最高法院新新聞按判決翻案，月旦法學雜誌，第132期，2006年5月，頁117。

罪的存在仍然是重大訴訟風險的來源。

## 二、司法院釋字第 509 號解釋

### (一) 司法院釋字第 509 號解釋分析

2000 年大法官公布司法院釋字第 509 號解釋，這是我國言論自由發展上的里程碑。此號解釋的爭點與本案第一項爭點同，旨在處理「刑法第 310 條誹謗罪是否侵害憲法第 11 條保障之言論自由？」此號解釋針對刑法第 310 條第 3 項前段「對於所誹謗之事，能證明其為真實者不罰」進行合憲性解釋：「係以指摘或傳述足以毀損他人名譽事項之行為人，其言論內容與事實相符者為不罰之條件，並非謂行為人必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。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抵觸。」此號解釋除了此段核心要旨之外，尚有幾項廣受下級法院以及學者引用的重點。

第一，此號解釋是大法官第一次完整闡述「言論自由」的基礎理據：「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。」第二，雖然國家應以最大限度維護言論自由，「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。」第三，大法官當時針對誹謗罪應否除罪化，已有如下考量：「至於限制之手段究應採用民事賠償抑或兼採刑事處罰，則應就國民守法精神、對他人權利尊重之態度、現行民事賠償制度之功能、媒體工作者對本身職業規範遵守之程度及其違背時所受同業紀律制裁之效果等各項因素，綜合考量。以我國現況而言，基於上述各項因素，尚不能認為不實施誹謗除罪化，即屬違憲。況一旦妨害他人名譽均得以金錢賠償而了卻責任，豈非享有財富者即得任意誹謗他人名譽，自非憲法保障人民權利之本意。」第四，蘇俊雄大法官在其協同意見書中指出，「由誹謗行為所引起的社會爭議，基本上便是一種典型的基本權衝突問題；蓋此際表意人所得向國家主張之言論自由防禦權，會與人格名譽受侵害者所得要求國家履行的基本權保護義務，發生碰撞衝突。」而針對基本權衝突，蘇大法官指出，「立法者應有『優先權限』(Vorrang)採取適當之規範與手段，於衡量特定社會行為態樣中相衝突

權利的比重後，決定系爭情形中對立基本權利實現的先後。而釋憲者的職權，則在於透過比例原則等價值衡量方法，審查現行規範是否對於相衝突的基本權利，已依其在憲法價值上之重要性與因法律規定而可能有的限制程度做出適當的衡量，而不至於過份限制或忽略了某一項基本權。」

關於本號解釋的核心要旨「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。」，從比較法的觀點來看，比較接近日本最高法院著名的「和歌山時事晚報」事件判決。在此判決中，日本最高法院針對日本刑法第 230 條之 2（大略相當於我國刑法第 310 條第 3 項）指出該條「具有人格權地位的個人名譽保護，與憲法第 21 條正當言論的保障間，應該謀求調和。如果考慮到兩者間的調和及均衡，則刑法第 230 條之 2 第 1 項所規定的事實，即使無法證明為真實時，行為人誤信其為真實，而其誤信若是基於確實的資料與根據，而有相當理由時，行為人因不具有犯罪的故意，而不成立名譽毀損罪。與此不同的先前判例認為，即使行為人基於誤信，只要不能證明事實為真實時，就不能免除名譽毀損罪的刑責，此判決見解應該加以變更。」<sup>3</sup> 此見解在日本學界的主流見解當中，其法釋義學基礎，來自於將「言論為真」從「客觀處罰條件」，轉變為「客觀不法要件要素」，加上此罪的主觀不法要件乃是處罰「故意」，將行為人對於「言論是否為真」的主觀認識與意欲，納入主觀不法要件中。因而，在「錯誤論」的基礎上，言論不具真實性的情況下，行為人若基於相當理由而不可避免地誤認其為真（不可避免的錯誤），則可以阻卻責任；行為人若非基於相當理由而誤認其為真，則可以減輕責任（可避免的錯誤）。<sup>4</sup>

除了日本法的影響之外，美國法對此號解釋的影響也不可忽視。蘇俊雄大法官在協同意見書中，對於本號解釋要旨做了補充：「對於所謂『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，皆應將之排除於第三百十條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。」同時，吳庚大法官在其協同意見書中，除了指出刑法第 310 條與德國刑法第 186 條規定相當之外，也對於解釋要旨做了類似於蘇俊雄大法官見解的補充：「依本件解釋意旨，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

<sup>3</sup> 日本最高法院昭和 44 年 6 月 25 日大法庭判決，刑集 23 卷 7 號 957 頁。譯文轉引自謝庭晃，妨害名譽罪之研究，私立天主教輔仁大學法律學研究所博士論文，2004 年 6 月，頁 75（註 58）。

<sup>4</sup> 謝庭晃，妨害名譽罪之研究，私立天主教輔仁大學法律學研究所博士論文，2004 年 6 月，頁 214。

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。」蘇俊雄與吳庚二位大法官的協同意見書的影響力甚大，廣為各級法院在適用釋字第 509 號解釋時作為參照點，且被認為是採取美國聯邦最高法院在 *New York Times v. Sullivan* 案中「真正惡意」(actual malice)原則，意指在所言無法證明為真的情況下，行為人僅在「明知所言不實」(knowledge of falsity)或者出於「輕率疏忽不顧真偽」(reckless disregard of truth or falsity)時，始負名譽侵權責任。<sup>5</sup>

應注意者，此案的系爭法律乃是阿拉巴馬州的侵權行為普通法(common law tort)，而當時大多數州的誹謗侵權行為普通法僅提供真實抗辯，與我國釋字 509 號解釋公布前的法律狀態類似。*New York Times v. Sullivan* 案判決的重要性，在於將誹謗侵權普通法憲法化(constitutionalize)。在真實抗辯之外，創設「真正惡意」條件作為例外，此例外僅適用於關於政府官員的言論。而且同年美國聯邦最高法院將「真正惡意」原則一體適用於刑事誹謗，判決路易西安那州的刑事誹謗法罪責範圍必須受到「真正惡意原則」的限制。<sup>6</sup> 接下來，美國聯邦最高法院在 *Curtis Publishing v. Butts* 案中則擴張「真正惡意原則」的適用範圍到「公眾人物」(public figures)<sup>7</sup>。在此後的發展中，仍存有疑義者，亦即「真正惡意原則」是否適用於「非屬政府官員或公眾人物」之原告/被害人，但系爭言論有關乎公益者。該院則在 *Gertz v. Robert Welch* 案中，確認即便言論關乎公益，「真正惡意」原則仍不適用於私人。<sup>8</sup> 此一誹謗法的架構（同時適用於民事侵權與刑事誹謗）至今仍是美國法誹謗法的主軸。

## （二）司法院釋字第 509 號解釋後續發展

釋字第 509 號解釋本文以及理由書，對照於蘇俊雄與吳庚二位大法官的協同意見書，已經可以看出比較法對於該號解釋往不同方向解釋的拉扯。關鍵在於，所謂「相當理由確信所言真實」，雖然將行為人從「證明真實」的限制中解放出來，然其到底相當於何種「主觀不法（刑事犯罪判斷）/歸責條件（民事侵權判斷）」——「故意（直接故意/間接故意）」、「重大過失」或者「過失（主要指抽象輕過失）」，卻在實務上造成了檢察官、法官的寬廣的裁量空間，以及判決之間的

<sup>5</sup> *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

<sup>6</sup> *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964).

<sup>7</sup> *Curtis Publishing v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967).

<sup>8</sup> *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323 (1974).

不一致。雖然刑法此罪僅處罰故意，且我國刑法當中並無處罰「重大過失」。然而，由於「所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」，此條件的定位在我國法上尚未明確。若其屬於「客觀處罰條件」，則行為人主觀不需要加以認知，主觀不法要件僅要求行為人對於所言對於被害人的名譽造成損害即可。儘管有「真實抗辯」條款的犯罪階層判斷定位爭議，然而，不論其爭論為何，釋字第 509 號解釋已經將行為人主觀上對於所言是否為真的「知」的要素，納入不法要件當中。也因此，相關的複雜判斷，最好能跳脫既有的法制概念框架，而直指現象本身。事實上，對於「相當理由確信所言真實」這個高度不確定的概念，目前法律體系當中，最有幫助的概念工具，就是「故意過失」指涉的行為人針對「所言不實」所具備的主觀知與欲，或者其所違反的客觀行為規範。何況，蘇俊雄大法官引進了「重大的過失或輕率而致其所陳述與事實不符」，吳庚大法官則引入「輕率疏忽而不知其真偽」，這兩個語意上直接或間接指涉「過失」的概念，更顯示出，透過「故意過失」的概念光譜來掌握後續爭議的必要性。

該號解釋引發的另一爭論則是其是否適用於民事名譽侵權案件。雖然此議題並非本案爭點，然而，本案爭點一牽涉到民事侵權賠償是否足以達成國家保護名譽權的重要目的，因此，也必須一併說明。該號解釋公布至今已超過廿二年，觀察過去司法實務的發展，我們已經可以確定揮別當時的法釋義學爭論。可以說，該號解釋對於民事名譽侵權當然造成了影響。雖然該號解釋非針對名譽侵權，但是其影響力早在解釋公布後的十年之間，就已經清楚地為民事法院所採用，將被告從僅有「真實抗辯」可免責的困境中解放出來。<sup>9</sup>不過，解放出來之後，民事案件同樣面臨「相當理由確信所言真實」到底相當於「故意過失」當中的哪一種歸責條件的不確定性。

本人曾針對 2000 年到 2010 年間的台灣高等法院，包括高本院、台中、台南、高雄、花蓮分院，的民刑事誹謗判決進行實證研究。刑法 310 條誹謗罪共檢索得到 1163 則判決，民事名譽侵權檢索到 471 則判決，對之進行編碼，研究其「故意過失」程度發展。我的研究發現，民刑誹謗實務的發展，在 2000 年後，各自經過一些摸索曲折震盪，但在大約 2007 年後，較為明顯地朝向不同的方向發展。刑事誹謗罪實務，朝向對行為人比較寬鬆的方向（接近「故意」或「重大過失」責任），而民事侵權實務朝向對行為人相對較為嚴格的方向發展（接近抽象輕過失），這個發展大致上沒有按照原告身分而有太大的差異。<sup>10</sup>

<sup>9</sup> 參閱許家馨，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，頁 203-260 (2012)。

<sup>10</sup> 許家馨，民刑誹謗二元體系之形成與分析，收於張永健主編，2011 司法制度實證研究，中央



對於高等法院的實證研究結果，也大致符合我對於最高法院的觀察。在誹謗罪部分，雖然刑法第 310 條屬於不得上訴第三審案件，且基於刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書而得上訴第三審者，數量亦不多，然而，公職人員選舉罷免法第 104 條：「意圖使候選人當選或不當選，或意圖使被罷免人罷免案通過或否決者，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」屬於得上訴第三審案件，因此最高法院不乏機會對此表示見解。事實上，釋字第 509 號解釋也持續地被適用於「選舉誹謗」案件。比如，最高法院 94 年度台上字第 5247 號刑事判決明確援引該號解釋，並針對其在「刑法誹謗罪」中之適用做出進一步的詮釋，認為在刑法誹謗罪上「相當理由確信真實」意味著「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」，明顯受到蘇俊雄與吳庚二位大法官協同意見的影響。進一步，該院指出：「推其（筆者按：釋字第 509 號解釋）對於刑法第三百十條第三項解釋意旨，僅在減輕被告證明其言論（即指摘或傳述誹謗事項）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（即指摘或傳述誹謗事項）為真實，否則仍有可能構成誹謗罪刑責。而『證據資料』係言論（指摘或傳述誹謗事項）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……。同理，公職人員選舉罷免法第九十二條之罪，所謂『散布謠言或傳播不實』之事，均以散布、傳播虛構具體事實為構成要件，自亦有上開說明之適用。」

此外，最高法院 97 年度台上字第 998 號刑事判決也表達類似意旨：「言論自由為憲法所保障之人民基本權，法律固應予以最大限度之維護。惟惡意散布謠言，傳播不實之言論，反足以破壞憲法所保障之基本權，依憲法第二十三條規定，自應予合理之限制。而刑法第三百十條之誹謗罪及公職人員選舉罷免法第九十二條之處罰規定，即屬法律對於非法言論所加之限制。又司法院釋字第 509 號解釋明確揭示行為人縱不能證明其言論內容為真實，然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，即不得遽以誹謗罪相繩，亦即採取『真正惡意原則』。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。」類似見解持續地被最高法院重申。<sup>11</sup> 而且，此等關於「選舉誹謗」的見解，回過頭來「外溢」到刑法第 310 條誹謗案件判決中，時常被下級法院在刑法誹謗罪中引用。<sup>12</sup> 此等判決，大致皆朝著「真正惡意」的方向對釋字第 509 號進行適用。

民事名譽侵權案件，在最高法院的發展，大致上也與我的實證研究相符。我在另外一篇論文當中，曾經針對 2000 年到 2011 年最高法院名譽侵權判決，進行完整的收集以及內容的分析。<sup>13</sup> 在 2000 年，曾經有短暫的兩三年時間，最高法院仍猶豫是否要將釋字第 509 號解釋的要旨適用於民事案件，但大約 2004 後在重大政治案件當中（比如呂秀蓮訴新新聞案），最高法院向「真正惡意」靠攏，最後又在約 2007 年後，回歸「合理查證」。較有代表性的判決，比如論述相當詳實的最高法院 97 年度台上字第 970 號判決：「惟言論自由旨在實現自我、溝通意見、追求真理，及監督各種政治或社會活動；名譽則在維護人性尊嚴與人格自由發展，二者均為憲法所保障之基本權利，二者發生衝突時，對於行為人之刑事責任，現行法制之調和機制係建立在刑法第三百十條第三項『真實不罰』及第三百十一條『合理評論』之規定，及五〇九號解釋所創設合理查證義務的憲法基準之上，至於行為人之民事責任，民法並未規定如何調和名譽保護及言論自由，固仍應適用侵權行為一般原則及五〇九號解釋創設之合理查證義務外，上述刑法阻卻違法規定，亦應得類推適用。」又如最高法院 98 年度台上字第 1129 號民事判決：「惟事實陳述本身涉及真實與否之問題，倘行為人就事實陳述之相當真實性，未盡合理查證之義務，依其所提證據資料，在客觀上不足認其有相當理由確信為真實者，該不實之言論，即足以貶損他人之社會評價而侵害他人之名譽。於此情形，縱令所述事實係出於其疑慮或推論，亦難謂有阻卻違法之事由，並應就其因故意或過失，不法侵害他人之名譽，負侵權行為之損害賠償責任。又民法上名譽權侵害之

<sup>11</sup> 如最高法院 98 年度台上第 4331 號、98 年度台上字第 7672 號、99 年度台上字第 560 號、100 年度台上字第 898 號、100 年度台上字第 3376 號等刑事判決。

<sup>12</sup> 引用最高法院 94 年度台上字第 5247 號判決者，如臺灣高等法院 100 年度上易字第 2570 號、99 年度上易字第 2441 號、99 年度上易字第 1807 號、98 年度上易字第 2357 號、98 年度上易字第 2974 號、98 年度上易字第 275 號、97 年度上易字第 1745 號、97 年度上易字第 1110 號、97 年度上易字第 678 號等刑事判決；臺灣高等法院高雄分院 99 年度上易字第 891 號、97 年度上易字第 772 號、96 年度曠上訴字第 7 號刑事判決等等。引用最高法院 97 年度台上字第 998 號判決者，如臺灣高等法院 98 年度上易字第 2188 號、99 年度上訴字第 271 號、99 年度上易字第 1807 號刑事判決；臺灣高等法院臺中分院 98 年度上易字第 676 號、100 年度上易字第 1075 號刑事判決；臺灣高等法院臺南分院 99 年度上易字第 503 號刑事判決；臺灣高等法院高雄分院 99 年度上易字第 1323 號刑事判決；臺灣高等法院花蓮分院 100 年度上易字第 29 號刑事判決等。

<sup>13</sup> 參閱許家馨，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，頁 203-260 (2012)。

成立要件，被害人對行為人陳述事實為不實之消極事實，本不負舉證責任，上開攸關侵害他人名譽「阻卻違法性」之合理查證義務，自應由行為人依個別事實所涉之「行為人及被害人究係私人、媒體或公眾人物」「名譽侵害之程度」、「與公共利益之關係」「資料來源之可信度」「查證對象之人、事、物」「陳述事項之時效性」及「查證時間、費用成本」等因素，分別定其合理查證義務之高低，以善盡其舉證責任，始得解免其應負之侵權行為責任，俾調和言論自由之落實與個人名譽之保護。」

### 三、比較法

以下論述要旨，無法詳述各國誹謗法主要內容，僅說明刑事誹謗法的存在與否及其值得注意的實務運用狀況。

#### (一) 美國及英國

論者有以為美國已經沒有刑事誹謗罪，並以此作為主張誹謗應除罪化的理由。然而，這是不盡精確的理解。如上所述，美國聯邦最高法院曾於 1964 年，僅在公布 *New York Times v. Sullivan* 半年後，做出 *Garrison v. Louisiana* 判決，將真正惡意適用到路易西安那州的刑事誹謗法上，間接維持了路易西安那州刑事誹謗法的合憲性。兩年後，該院在 *Ashton v. Kentucky*<sup>14</sup> 案中，宣告肯塔基州的刑事誹謗普通法(common law criminal libel)因為其犯罪構成要件太過模糊（該案一審法院如此定義犯罪構成要件：「刑事誹謗的定義是，發表足以破壞公共秩序、敗壞公共道德、或導致犯罪行為的文字。」）一般認為，此案後美國的刑事誹謗普通法大多違憲，但如果符合以下條件，則屬合憲：（1）透過立法機關制訂成文法；（2）不得排除「真實抗辯」；（3）納入「真正惡意」原則，適用於關於政府官員的言論。<sup>15</sup> 約於同一個時期，1962 年美國法律協會(American Law Institute)把刑事誹謗排除於所頒佈的模範刑法典之外。儘管整體的發展趨勢，是將誹謗除罪化，而且實際執行的情況也相當稀少，然而依照美國著名人權團體「美國公民自由聯盟」(American Civil Liberties Union)的統計，仍然有 24 個州保有刑事誹謗法。

<sup>16</sup> 美國的刑事誹謗普通法源自英國，但英國已在 2010 年透過國會立法將刑事誹

<sup>14</sup> *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966).

<sup>15</sup> Eric P. Robinson, *Criminal Libel*, *The First Amendment Encyclopedia*, Middle Tennessee State University. <http://www.mtsu.edu/first-amendment/article/941/criminal-libel> (accessed Jan 22, 2023).

<sup>16</sup> 包括 Idaho, Nevada, Utah, Montana, North Dakota, South Dakota, Minnesota, Wisconsin, Michigan, Illinois, Kentucky, Virginia, Maine, Massachusetts, North Carolina, South Carolina, Florida, Alabama, Mississippi, Louisiana, Kansas, Oklahoma, Texas, New Mexico. 參閱 ACLU 網頁：

謗普通法於英格蘭、威爾斯、北愛爾蘭廢除。

同時，值得注意者，美國的誹謗侵權法允許懲罰性損害賠償，不過，美國聯邦最高法院在 *Gertz v. Robert Welch* 案中，基於言論自由保障，將懲罰性損害賠償限縮於被告具備「真正惡意」的情況。<sup>17</sup> 而懲罰性損害賠償的金額，大約從廿萬美元到數百萬美元不等。<sup>18</sup>

### (三) 歐陸

吳庚大法官曾在釋字第 509 號解釋協同意見書中提及，德國刑法第 186 條規定與我國刑法第 310 條相當，其內容如下：「宣稱或者散布足以使他人受到蔑視，或者足以使他人公眾輿論中受到貶低的事實者，若不能證明該事實為真，處一年以下有期徒刑，或科罰金。若行為人係在公眾場合，或者以散布文書的方式(11 條第 3 項)違犯該犯罪，處兩年以下有期徒刑，或科罰金。」此外，德國刑法尚有第 187 條：「明知內容不實，而反於其認知，宣稱或者散布足以使他人受到蔑視，或者足以使他人公眾輿論中受到貶低的事實者，或者足以危害其信用之事實者，處兩年以下有期徒刑，或科罰金。若行為人係在公眾場合，或者在集會中，或者以散布內容的方式(11 條第 3 項)違犯該犯罪，處五年以下有期徒刑，或科罰金。」此條與第 186 條的主要差異在於，納入所言不實為客觀不法要素，並且在主觀不法的層次，檢方必須證明行為人反於自己的明知而行動。<sup>19</sup> 除了德國之外，根據「歐洲媒體自由資源中心」(Resource Center on Media Freedom in Europe)的統計，總共有 23 個歐盟國家維持刑事誹謗法。在 2013 年所做的一項調查中 18 個被調查的歐盟國家僅有兩個沒有針對刑事誹謗或侮辱法進行訴追，其訴追數量以德國居冠，單單 2013 年就有接近兩萬兩千件刑事誹謗或侮辱法的起訴案件。<sup>20</sup>

值得注意者，耶魯大學法律史教授 James Whitman 曾指出，德國與法國對於仇恨言論的處罰以及誹謗、侮辱刑法有其文化根源，來自於貴族榮譽文化的對於階層社會的文化記憶，在近代歐洲平等主義(egalitarianism)與民主進展的過程中，轉

---

<https://www.aclu.org/issues/free-speech/map-states-criminal-laws-against-defamation> (accessed Jan 22, 2023).

<sup>17</sup> *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323, 349 (1974).

<sup>18</sup> Note, Punitive Damages and Libel Law, 98 Harv. L. Rev. 847 (1985).

<sup>19</sup> Rengier, BT II, 23. Aufl., 2022, § 29 Rn. 21.

<sup>20</sup> Resource Center on Media Freedom in Europe. <https://www.rcmediafreedom.eu/Publications/Reports/Criminal-Defamation-Laws-in-Europe> (accessed Jan 22, 2023).

化為對於文明(civility)社會規範的管制與處罰。歐陸平等主義與美國式平等主義差別在於前者是一個全體社會一起向上提升(level up)適用原本僅適用於貴族的特權與社會規範的過程，而美國社會由於其新教移民自始理想即在打破階級分別，加上移民與西部拓荒的文化因素，因此其平等主義是一個往下大眾化(level down)的過程。<sup>21</sup>我們可以從 Whitman 的角度理解美國與歐陸的言論自由管制差異的文化根源。儘管如此，在歐陸法律移植到東亞的過程中，是否法律在新的環境逐漸與其社會產生有機的關連，因而發展出新的功能，抑或水土不服，逐漸式微，是另外一個需要討論的問題。以本罪與名譽侵權案件在我國的案件數量相當可觀來看，恐怕不能夠遽然斷言，移植之後與本土社會沒有產生新的有機關連。一個可能的假設是，這或許與台灣在過去半個世紀，原本以農業為主的社會形態，經歷了迅速的現代化、工業化與都市化的社會結構變遷有關。以德國十九世紀到廿世紀之交的著名社會學家 Ferdinand Tönnies 乃至後來的 Max Weber 的用語來說，現代化包含了社會結構變遷，原本以個人互動關係為主，以小範圍農村與家族作為構成單位的 Gemeinschaft (社區) 轉變為大範圍的以社會系統分工為單元的 Gesellschaft (社會)。只要有人類社會存在，就會有人際社會評價的需求，以及確保評價正確性與個人社會生活完整性的社會規範，差別只在於，在 Gemeinschaft 可透過鄉里之間的口耳傳述與民間紛爭解決機制來解決，還是當社會結構轉變為 Gesellschaft 之後，主要透過國家法律來解決。

此外，歐洲人權公約第 10 條對於言論自由的保障<sup>22</sup>，在同條第 2 項中即明訂言論自由得基於對於他人名譽的保護而依法受到限制。更進一步，歐洲人權法院並在 Axel Springer AG v. Germany (Grand Chamber)一案中，強化名譽權的公約依據，指出名譽權的保護常常落在公約第 8 條<sup>23</sup>個人私人生活保障的範圍中，也因此，該院在民刑誹謗案件中，應求取第 10 條言論自由保障與第 8 條個人私生活

---

<sup>21</sup> James Whitman, *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, 109 *Yale L. J.* 1279, 1285 (2000)

<sup>22</sup> 歐洲人權公約第 10 條：

一、人人有言論自由的權利。此項權利應包括保持主張的自由，以及在不受公共機關干預和不分國界的情況下，接受並傳播消息和思想的自由。本條不應阻止各國對廣播、電視、電影等企業規定許可證制度。

二、上述自由的行使既然帶有責任和義務得受法律所規定的程式、條件、限制或懲罰的約束；並受在民主社會中為了國家安全、領土完整或公共安全的利益，為了防止混亂或犯罪，保護健康或道德，為了維護他人的名譽或權利，為了防止秘密收到的情報的洩漏，或者為了維護司法官的權威與公正性所需要的約束。

<sup>23</sup> 歐洲人權公約第 8 條

一、人人有權使他的私人和家庭生活，他的家庭和通信受到尊重。

二、公共機關不得干預上述權利的行使，但是依照法律的干預以及在民主社會中為了國家安全，公共安全或國家的經濟福利的利益，為了防止混亂或犯罪，為了保護健康或道德、或為了保護他人的權利與自由，有必要進行干預者，不在此限。

保障，二種權利之間的平衡。<sup>24</sup> 應注意者，比起美國，歐洲有更強的隱私權保護的傳統，也因此，針對政府官員與公眾人物的誹謗言論，美國一律使用「真正惡意」加以保障，不論其是否無涉公益關於私德（隱私權的範圍較為限縮，由特定的隱私侵權類型來處理）。但是在歐洲多數國家國內法，隱私的概念與誹謗法交織在一起，對於私人生活的保障，及於政府官員與公眾人物。由於言論真實的抗辯不適用於私生活名譽的範圍，也因此，真實抗辯的適用範圍較為限縮。歐洲人權法院第四庭在晚近的一個判決 *Ojala and Etukeno OY v. Finland*（69939/10, 14 January 2014），審查芬蘭刑法第 24 章第 8 條的誹謗罪刑法條文<sup>25</sup>，並宣告在該案中芬蘭法院適用該法並未違反公約第 10 條（該案事實乃是被告出版社出版芬蘭前總理的前女友的自傳，在自傳中述及其與前總理交往九個月之事）。在此案判決中，該庭整理之前的重要案件所宣示的原則，亦即求取言論自由與私人生活保障之間的平衡所要考量的因素，包括(1)系爭言論對於公共利益之辯論的貢獻；(2)被害人知名的程度以及言論的主題；(3) 被害人之前的行為；(4)取得資訊的手段以及照片的真假與情境；(5)系爭出版言論的內容、形式與後果；(6)法律效果的嚴重性。

### （三）日本及韓國

日本與韓國與我國法系相近，在近代刑法典制訂之時，皆有互相影響。上文已經提到日本刑法。至於相當於我國刑法第 310 條之罪，韓國刑法誹謗罪，主要訂於其刑法第 307 條。該條第 1 項約相當於我國刑法第 310 條第 1 項，惟其包含第 2 項，約相當於德國刑法第 187 條（明知不實的詆毀罪）。韓國刑法第 309 條分別針對 307 的兩項，納入加重構成要件，主要針對傳播方式為「報紙、雜誌、廣播、或其他出版傳播方式為之」，而有「加重誹謗罪」及「加重詆毀罪」。韓國刑法第 310 條，約相當於我國刑法第 310 條第 3 項，針對一般及加重誹謗行為人得為真實抗辯，且韓國最高法院對此條的解釋，類同於我國司法院釋字第 509 號解釋，

<sup>24</sup> *Axel Springer AG v. Germany*, judgment (Grand Chamber) of 7 February 2012, §§ 83-84.

<sup>25</sup> “A person who unlawfully

(1) through the use of the mass media, or

(2) otherwise by making available to many persons

disseminates information, an insinuation or an image of the private life of another person, so that the act is conducive to causing that person damage or suffering, or subjecting that person to contempt, shall be sentenced for dissemination of information violating personal privacy to a fine or to imprisonment for at most two years.

The spreading of information, an insinuation or an image of the private life of a person in politics, business, public office or public position, or in a comparable position, does not constitute dissemination of information violating personal privacy, if it may affect the evaluation of that person's activities in the position in question and if it is necessary for purposes of dealing with a matter with importance to society.”

若行為人依其證據資料有相當理由確信其為真實者，不罰。<sup>26</sup>

#### 四、公民與政治權利公約第 19 條

2009 年我國立法院通過兩公約，且制訂兩公約施行法。公民與政治權利公約第 19 條第十九條規定如下：

- 一、人人有保持意見不受干預之權利。
- 二、人人有發表自由之權利；此種權利包括以語言、文字或出版物、藝術或自己選擇之其他方式，不分國界，尋求、接受及傳播各種消息及思想之自由。
- 三、本條第二項所載權利之行使，附有特別責任及義務，故得予以某種限制，但此種限制以經法律規定，且為下列各項所必要者為限：
  - (一) 尊重他人權利或名譽；
  - (二) 保障國家安全或公共秩序，或公共衛生或風化。

針對此條當中意見自由與言論自由與名譽之間的權衡，聯合國人權委員會的第 34 號意見書第 47 段如此表示：

「應謹慎擬定誹謗法。以確保這些法律符合第三項，並且在實行中不會妨礙言論自由。所有此類法律，特別是誹謗相關刑法，應包括捍衛真理等抗辯措施，並且不得對性質未經核實的言論表達方式[筆者按：應譯為「就其性質而言缺乏可供查證之事實之言論類型」]適用此類法律。至少在關於公眾人物的評論方面，應考量避免處罰或者以其他方式對錯誤但卻無惡意情況下發表的非法虛假言論做出有罪判決。在任何情況下，均應將公眾對受批評事項的關注視作一種捍衛[筆者按：抗辯]。締約國應注意避免採取過度懲罰性的措施及處罰。又如，締約國應對勝訴方要求被告償還費用的申請予以適當限制。締約國應考量對誹謗行為免除刑事處罰，並且在任何情況下，只認可在最嚴重案件中適用刑法，監禁絕不是適當的處罰。不允許締約國對人提出誹謗控訴卻不立即進行審判。此做法令人恐懼，會不當地限制相關人員及其他人行使言論自由。」

其中針對「就其性質而言缺乏可供查證之事實之言論類型」，釋字第 509 號解釋

---

<sup>26</sup> 參見 Seoul Law Group, Defamation Laws in Korea. <https://seoulawgroup.com/defamation-laws-in-korea/> (accessed Jan 22, 2023).

吳庚大法官協同意見書中有提出精闢的闡述，並且廣被各級法院引用，因此目前司法實務上適用刑法第 310 條時，多有清楚意識到僅適用於包含可供查核之事實的言論。吳庚大法官如此論述道：「按陳述事實與發表意見不同，事實有能證明真實與否之問題，意見則為主觀之價值判斷，無所謂真實與否，在民主多元社會各種價值判斷皆應容許，不應有何者正確或何者錯誤而運用公權力加以鼓勵或禁制之現象，僅能經由言論之自由市場機制，使真理愈辯愈明而達去蕪存菁之效果。對於可受公評之事項，尤其對政府之施政措施，縱然以不留餘地或尖酸刻薄之語言文字予以批評，亦應認為仍受憲法之保障。蓋維護言論自由即所以促進政治民主及社會之健全發展，與個人名譽可能遭受之損失兩相衡量，顯然有較高之價值。惟事實陳述與意見發表在概念上本屬流動，有時難期其涇渭分明，若意見係以某項事實為基礎或發言過程中夾論夾敘，將事實敘述與評論混為一談時，始應考慮事實之真偽問題。據此，刑法第三百一十一條各款事由，既以善意發表言論為前提，乃指行為人言論涉及事實之部分，有本件解釋上開意旨之適用。」

## 五、本案爭點

### （一）基本權衝突與比例原則衡量

在審查刑法第 310 條誹謗罪是否侵害憲法第 11 條所保障之言論自由時，首應認識到刑法第 310 條誹謗罪乃是國家為保障另一基本權——名譽權——而對言論自由所為之限制。在釋字第 656 號解釋理由書中，大法官清楚肯認「名譽權」作為憲法上未列舉權利之地位：「名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第二十二條所保障。」李震山大法官在該號解釋協同意見書中亦指出：「名譽，指對他人品性、德行、名聲、信用等的社會評價；名譽權指享有名譽的權利，為人格權之一種，均已為學說及實務所公認。而私法上人格權與憲法上人格權具有一定關聯，情形猶如私法上財產權與憲法上財產權，本院已多次釋示憲法保障人格權，名譽權自亦同在保障之列（本院釋字第三九九號、第四八六號、第五八七號及第六〇三號解釋參照）。」同號解釋林子儀大法官部分不同意見書中亦同此見解：「按名譽乃係個人之人格德行於社會生活中所受之整體評價，此種社會評價與個人尊嚴之維護、人格之健全發展與自我價值之實現息息相關。是名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第二十二條所保障。名譽權受憲法保障之程度，與言論自由所受保障之程度，並無軒輊。二者如發生衝突，不能僅以何者之保護應優於另一者為由，而應儘可能兼顧二者，期使二者之保護能取得合理平衡。」



儘管 鈞院在 111 年憲判字第 2 號判決理由第 10 段有如此論述：「然由於名譽權遭侵害之個案情狀不一，亦有僅屬私人間爭議，且不致影響第三人或公共利益者，是填補或回復被害人名譽之立法目的是否均屬特別重要之公共利益，尚非無疑。」而此段論述遭致詹森林大法官在其部分不同意見書中質疑，為何受到憲法保障的權利，對其侵害加以填補或回復不屬特別重要之公共利益。<sup>27</sup> 本人以為，憲判字第 2 號判決理由此段文字，就其字面確實會產生疑義。不論是名譽侵權行為，或者刑法為保護「個人法益」，而處罰侵害個人法益的犯罪行為，尤其是各種直接牽涉人格權的犯罪，其侵害往往發生於私人之間。然而，發生於私人之間的法益侵害行為，不代表「僅屬私人間爭議」而無涉於重要公共利益。名譽權是立法者不只透過民法也透過刑法加以保障之權利，刑法對於法益侵害行為的非難性本身就是代表政治共同體整體對於該犯罪行為的公共譴責。不僅如此，如上述所引用釋字第 656 號解釋諸大法官的見解，名譽權也被肯定為憲法所保障之未列舉權利，對此等權利之保障本身就應被認為屬於特別重要之公共利益。該段文字應理解為針對「非透過強制道歉以填補或回覆名譽無法達成損害填補之目的」之質疑，而不應理解為對於「保障名譽權」本身（包括私人間的名譽侵害）作為立法目的具有特別重要公益地位的質疑。否則，如果「保障名譽權」本身沒有特別的公益重要性，鈞院在憲判字第 2 號判決中加以權衡時，就不需要強調仍有其他效果相當的填補被害人名譽的手段，比如公開刊載被害人勝訴啟事或判決書。

如同許宗力大法官在釋字第 656 號解釋部分協同意見書所言：「要解決基本權衝突，自然就須對相衝突之基本權作適切的利益衡量。利益衡量不脫價值判斷。一涉及價值判斷，利益衡量就難免披上一層神秘面紗，令外界不易窺其堂奧。然再怎樣神秘，權衡相衝突之基本權，總不得任憑衡量者自身之恣意與好惡，最基本的要求是不得偏袒任何一方基本權，致作出全有或全無之認定，而是必須在對雙方基本權盡可能兼顧，盡可能都傷害最小的前提下，作出適當之調和，以避免對任何一方基本權造成過度侵害，否則將構成錯誤、違憲的利益衡量。」而衡量的過程，首先在於精確掌握系爭法規範所限制之基本權的性質與範圍，以及法規範所要保障基本權的性質，進而運用適切的審查標準，盡可能達成「雙方基本權盡可能兼顧，盡可能都傷害最小」的審查結果。

刑法第 310 條誹謗罪所要保護的是名譽法益，同時也是受到憲法保障的名譽權，

<sup>27</sup> 憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決詹森林大法官部分不同意見書（黃瑞明大法官加入），頁 7。筆者於本文中的論點，一方面呼應詹森林大法官於意見書中所提出之質疑，一方面嘗試從憲判字第 2 號的整體精神，嘗試對此段文字作更合理的解釋。

更精確地說，是保障人不受不實言論抹黑的權利。同時，所限制的是「發表不實言論的權利」。誹謗罪對於言論自由的限制，屬於內容管制，然而屬於美國憲法增補條文第 1 條上所謂的「低價值言論」的言論管制，此類言論範疇屬於「其歷史與傳統上，長期為法律專業所熟習(historic and traditional categories long familiar to the bar)」的言論管制領域，因此對其之審查不一定要採用嚴格審查標準，美國聯邦最高法院僅基於憲法價值的考量，尤其是健全民主功能的考量，部分加以調整放寬對於言論的限制。對於「不實誹謗言論」的憲法地位，美國聯邦最高法院在 *New York Times v. Sullivan* 之後的一系列名譽侵權判決中，曾不只一次表達類似否定的意旨：「謊言與不實傳播都無助於達成憲法增補條文第一條的目的，而且無人認為其值得追求或加以散佈。」<sup>28</sup>，「虛假事實的陳述並無憲法價值」<sup>29</sup>，「不實的事實陳述特別缺乏價值，因為它妨礙言論市場的追求真理功能」<sup>30</sup>。儘管該院在晚近的 *United States v. Alvarez* 中似乎對於不實言論（配戴虛假勳章）轉而加以保障，然而，該院於判決中清楚區隔具誹謗性質的不實言論，以及非傳統「低價值言論」有限範疇以外的不實言論<sup>31</sup>，因而，誹謗案件中的不實言論之憲法價值仍不被該院所肯認。

儘管誹謗性質的不實言論缺乏憲法價值，然而對於誹謗性不實言論的管制，如果不審慎地設計，很容易波及並非不實的言論，並妨礙言論自由所欲達成的言論市場追求真理，政府與公共機能防弊以及公共政策與人事進行審議的功能。這是因為，在公共生活中，有很多事情，當其關係重大，但真相不明時，為了鼓勵公民以及新聞專業媒體探求真相，並加以關注，有時候必須在真相仍然混沌的狀態下，針對已有的片段事實進行討論，以追求更大的真相。而且，在追求真相的過程中，所傳述之事實內容或有些許不精確之處，但其言論大意與事實並未差距太遠，此時對於行為人課與過重的責任，將有礙真相的發掘以及公共的討論。處理基本權衝突，最困難之處乃是辨別所有相關的應考量的因素。某些基本權的疆界相對單純（比如生命權）。但言論自由是一種非常複雜，有多重理論基礎的權利（自我實現、追求真理、健全民主、社會安全閥、監督社會政治功能等等不一而足），也因此加以衡量時，也有諸多因素必須考量。

司法院釋字第 509 號解釋理由書第一段的論述，提供了很好的參照點：「憲法第

<sup>28</sup> “Neither lies nor false communications serve the ends of the First Amendment and no one suggests their desirability or further proliferation.” *Thompson v. St. Amant*, 390 U.S. 727, 732 (1968).

<sup>29</sup> “There is no constitutional value in false statements of facts” *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323, 340 (1974)

<sup>30</sup> “False statements of facts are particularly valueless because they interfere with the truth-seeking function of the marketplace of ideas.” *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 52 (1988).

<sup>31</sup> *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 718-9 (2012).

十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。惟為保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家對言論自由尚非不得依其傳播方式為適當限制。至於限制之手段究應採用民事賠償抑或兼採刑事處罰，則應就國民守法精神、對他人權利尊重之態度、現行民事賠償制度之功能、媒體工作者對本身職業規範遵守之程度及其違背時所受同業紀律制裁之效果等各項因素，綜合考量。以我國現況而言，基於上述各項因素，尚不能認為不實施誹謗除罪化，即屬違憲。況一旦妨害他人名譽均得以金錢賠償而了卻責任，豈非享有財富者即得任意誹謗他人名譽，自非憲法保障人民權利之本意。」

基本上，本人認為，釋字第 509 號解釋當時的考量因素，如今仍然適用，甚至考慮到網路與社群媒體興起之後，假訊息傳播甚至對國家安全造成威脅的狀況，釋字第 509 號解釋對於誹謗除罪化的顧慮，如今並未解消。

## （二）民刑誹謗二元體系

如上文所述，基於本人的實證研究，大致上在 2007 年以後，刑法誹謗罪在各級法院的發展朝向相當於「故意、重大過失」的「真正惡意原則」發展，而民事名譽侵權則朝向大約相當於抽象輕過失的「合理查證原則」。而上述大趨勢，我稱之為「民刑誹謗二元體系」，亦即原本在釋字第 509 號解釋公布前，刑事誹謗與名譽侵權，都受到刑法 310 條架構的限制，除了第 311 條的善意言論之外，僅有「真實抗辯」可供使用，因此民刑不法判斷標準是一元的。然而，釋字第 509 號解釋要旨的模糊性創造了民刑事誹謗案件朝不同方向發展的空間。而我認為，「民刑誹謗二元體系」對於我國公共言論市場可能有正面的意涵。

首先，面對不負責任的假訊息傳布、爆料文化與謠言政治，如果民刑誹謗法制同朝「真正惡意」發展，則品質日益惡化、新聞專業倫理逐漸淪喪的言論市場，將缺乏有力的法制加以規範，藉以發展客觀的行為標準。須知絕大部分的誹謗案件都不會是「故意虛構」。不負責任的發言者多半起碼會舉出一些道聽途說的素材，作為其發言的依據。雖然「真正惡意」在理論上也可以對「輕率疏忽不顧真偽」課責，可是根據筆者觀察，實務上採取「真正惡意」但判決被告有責者，目前仍未見法院針對真正惡意中的「重大輕率疏忽」之意義加以深入探討。以致於，在有些實務案件中，「真正惡意」幾乎就等同於「故意虛構」。因而對被告來說十

分容易逃脫。如果民事也採取這樣的標準，則不負責任的發言者將難以制裁，也很難重建公共言論市場的秩序。

再者，民刑誹謗法制在釋字第 509 號解釋「相當理由確信真實」原則底下，如果一起朝向「相當於」或「傾向於」「過失」的「合理查證」模式作為阻卻違法事由發展，在法律解釋上並不是完全不可行的。然而，除了面對不負責任的爆料文化以及水準低落的新聞媒體的問題外，臺灣社會同時所面臨的另一挑戰乃是政府的不受信任。在政治高度對立、甚至政府最高層級的濫權腐敗，有可能需要一個完全不受箝制的言論市場，透過自由即便有些過份的公共資訊傳播來監督政府。於是，我們的社會面臨兩難的局面。一方面，不成熟的媒體與不負責任的爆料文化需要對於言論比較嚴格的法制加以管制；另一方面，對於政府監督的需要以及高度對立的政治生態又要求對言論採取比較寬容的措施。民刑誹謗法制同時朝過失方向發展對公共言論來說，可能是太嚴格的管制。面對此兩難局面，民刑誹謗二元體系可能是最妥當的方案。社會非難程度較高，因而「寒蟬效應」危險較大的刑事誹謗罪部分，採取對言論者最寬鬆的「真正惡意」模式，而在非難程度較低，而著重合理分配損害及社會生活風險的名譽侵權行為法制，則採取比較著重客觀行為規範的「合理查證」模式。如此一來，一方面避免對於言論市場太過強烈的箝制，但另一方面，法院仍然負擔起引導社會規範形成的功能，並且給予名譽受侵害者妥當的救濟，甚至協助釐清事實。

換言之，民刑誹謗二元體系可以互補不足。當刑法誹謗罪著重於處罰惡性最為重大，高度不負責任的發言者時，民事侵權法制可以著重於建構這個社會所需要的關於公共領域言論的客觀發言標準。更進一步，刑事誹謗罪告訴人希望透過檢察官運用公權力為其找到加害人(在網路時代，加害人未必好找)並蒐集證據。因此，檢察官在刑事誹謗案件中的角色相當重要。然在一個政治高度對立，朝野政黨彼此高度不信任，而且政府濫權的疑慮嚴重的社會中，限縮刑法誹謗罪責任的範圍，並且讓檢察官僅僅針對內涵比較簡單的「真正惡意」做判斷，避免操作「合理查證」這種包含複雜價值判斷的概念，可以避免政府濫權透過檢察官打壓政敵或新聞媒體，是此二元體系的另外一個潛在的好處。<sup>32</sup>

### (三) 法律明確性

<sup>32</sup> 此段改寫自本人所著，許家馨，民刑誹謗二元體系之形成與分析，收於張永健主編，2011 司法制度實證研究，中央研究院法律學研究所專書，民國 102 年 12 月，頁 147，204-6。

儘管筆者觀察到「民刑誹謗二元體系」的形成，惟這是統計所呈現的大趨勢，個別法院在個案中所使用的法律標準，仍有可能相當地浮動。儘管法官在個案中可以依據相對明確的規則進行「個案取向衡量」，然而，當所依據的法律規則太過寬泛浮動時，將威脅到罪刑法定原則、平等原則、法律明確性原則。儘管釋字第509號解釋公布之後，本人已經辨識各級法院發展的大趨勢，然而，如上所述，由於「相當理由確信真實」所對應的不同「故意過失」程度，有相當寬廣的解釋空間，因此造成所依據的法律規則不一致的情況。正如許宗力大法官在釋字第687號解釋部分不同意見書中討論最高法院判例可否為大法官解釋對象時所指出：「法院體系面對人民時應是一個體，有義務維持法安定性、判決的預測可能性，以及相同個案之間的平等，判決彼此之間應具有延續性。」「司法安定性與延續性的需求，對所有司法體系來說都是極為核心的價值，也是審判權正當性的基礎之一。」此等考量，在刑法適用上特別重要，因為法律的強制性越高，對於「等者等之」的要求越強，刑法尤然。

本人認為，司法院釋字第509號解釋為刑法誹謗罪以及民事名譽侵權法的發展，打下了良好的基礎，而且時代的變遷，也沒有提供非加以變更不可的理由。然而，著眼於其在刑法第310條適用上所造成的不確定性，我認為可以確立實務上的發展趨勢，對釋字第509號解釋進行補充，宣告刑法第310條誹謗罪的行為人，應具備「真正惡意」始負擔刑責，亦即其對於其言論「明知所言不實（直接故意）」或者「無視真假高度輕率（未必故意）」。此處，筆者刻意修正過去對於「真正惡意」原則當中的reckless disregard of truth or falsity的中文翻譯「輕率疏忽」。這是因為「輕率疏忽」中的「疏忽」一詞，在中文當中容易與「過失」混淆。因此，我建議將「無視真假」置於前面，以強調行為人主觀不法對於名譽法益侵害的知與欲的程度，同時保留「輕率」，但加上「高度」，以強調其相當於未必故意的主觀上的知與欲。

而且，此標準應與相當於「抽象輕過失」的「合理查證」清楚區分，檢方或自訴人僅僅指出被告未為查證工作，或未為「合理查證」，並不足以證明「真正惡意」。參考美國法案例的標準，「無視真假高度輕率」意指被告高度意識到該言論可能不實，或者被告事實上對於所發表言論之真實性持有嚴重懷疑，仍然不顧一切加以指摘傳述。此心理狀態可由被告外在行為推知。比如，「被告蓄意捏造，全然基於被告的想像，或者完全仰賴一通未經證實的匿名電話」、「被告的指控其內容如此難以置信，以致於只有一個完全不在乎真偽的人才會加以發表傳述」，或

者被告有明顯的理由質疑消息來源的真實性，卻仍然加以傳述。<sup>33</sup> 至於民事名譽侵權，則應清楚採用「合理查證」原則。

此方案的特色在於，並不依照言論公益性或行為人或被害人的政府官員或公眾人物身份，而異其故意過失標準。在適用上，在刑事案件中法官仍可針對行為人及被害人究係私人、媒體或公眾人物、言論內容侵害名譽之程度，傳播範圍之廣狹、言論與公共利益之關係、資料來源的可信度、查證對象之人、事、物、陳述事項之時效性、查證時間費用成本等等因素，在上述「真正惡意」原則底下，對於行為人是否真的具有真正惡意，進行個案判斷。同理，這些因素也會在民事名譽侵權案件中，成為判斷被告是否「違反合理查證義務」的因素。然而，「真正惡意」與「合理查證」最大的差別是，「真正惡意」著重在探求行為人主觀上的直接故意或未必故意；「合理查證」著眼於行為人對於客觀上合理查證義務的違反。

## 六、結論

本人以為，刑法第 310 條誹謗罪，在釋字第 509 號解釋的合憲性解釋下，並未侵害憲法第 11 條言論自由，惟該號解釋在刑法適用上有太大的不確定性，有違反罪刑法定原則、平等原則、法律明確性原則之虞，因此建議 鈞院對之補充解釋，刑法誹謗罪採相當於直接故意與未必故意的「真正惡意」，意指行為人對於所指摘傳述之內容明知其不實或者無視其真假高度輕率。

到目前為止，本人討論的對象是刑法第 310 條的「行為規範」，但是尚未討論到「制裁規範」，亦即其法定刑第 1 項「處一年以下有期徒刑、拘役或一萬五千元以下罰金」，第 2 項散布文字、圖畫犯前項之罪者「處二年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。」可爭議之處在於超過六個月有期徒刑不得易科罰金的部分，是否違反比例原則。對此，筆者有注意到公政公約第 34 號意見書對於自由刑的疑慮。儘管實務上對誹謗罪被告判處六個月以上徒刑者極為少見，然而，法定刑的範圍仍然構成對於言論自由的可能威脅。然而，有鑒於目前網路時代言論市場傳媒結構的演變極為迅速，假訊息與資訊戰對於民主的威脅仍然很大，並且仍在迅速演進中，而且借鑒于歐洲人權法院，比如上文中提及的 *Ojala and Etukeno OY v. Finland* 一案中，芬蘭刑法對於誹謗罪的處罰，其法定刑上限也達到兩年，並未被歐洲人權法院宣告違反公約，我並不建議 鈞院直接宣告超過六個月的法

<sup>33</sup> 許家馨，美國誹謗侵權法歸責體系初探—以歸責內涵及查證義務為中心，月旦法學雜誌，第 154 期，2008 年 3 月，頁 120。

定刑部分違憲。拙見以為應提醒立法者要考量公約一般意見書的建議，由立法機關進行衡量加以調整降低法定刑中自由刑的上限。

敬啟

此致

憲法法庭

公鑒

中華民國 112 年 1 月 31 日

具狀人 許家禎  (簽名蓋章)


撰狀人 許家禎  (簽名蓋章)

本人 許家馨 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：許家馨  (簽章)  
2023 / 1 / 31 (日期)