

專家諮詢意見書

案號： 110 年度 憲二字 第 247 號

姓名： 蘇慧婕

身分證號：

住居所：

電話：

電子郵件：

揭露事項

1. 本人準備或提出的資料或專業意見，與當事人、關係人或其代理人並無分工或合作關係。
2. 本人準備或提出的資料或專業意見，未接受當事人、關係人或其代理人的金錢報酬或資助其金額或價值。
3. 本人準備或提出的資料或專業意見，未接受其他人的金錢報酬或資助其金額或價值。

附屬文件之名稱及其件數

文件編號	文件名稱或內容	備註
1	110 年憲二字 247 號聲請案專家諮詢意見書	

此致

憲法法庭 公鑒

中華民國 112 年 2 月 2 日

具（撰）狀人：

蘇慧婕

110 年憲二字 247 號聲請案

專家諮詢意見書

蘇慧婕

(國立臺灣大學法律學院副教授)

目次

壹、緒論	3
貳、誹謗罪的審查標準	3
一、大法官解釋和憲法法庭判決中的言論自由審查架構	4
(一) 雙軌理論：445、806 號解釋	5
(二) 雙階／三階理論	6
(三) 消極言論自由	8
二、誹謗罪的審查標準	8
(一) 表意人的表意責任	9
(二) 言論內容限制：嚴格審查？	9
(三) 小結：無法適用單一審查標準的言論內容限制	15
參、刑法第 310 條的構成要件：509 號解釋的補充或變更？	17
一、刑法第 310 條的限制客體：誹謗言論	17
二、刑法第 310 條的立法目的：名譽權	17
三、刑法第 310 條的限制手段：刑罰過當？	18
(一) 誹謗言論的限制體系	18
(二) 刑事處罰的必要性：立法形成自由	18
四、司法院大法官釋字第 509 號解釋的妥適性	19
(一) 509 號解釋：「真正惡意」作為刑罰門檻	19
(二) 真正惡意原則：從公職人員誹謗的民事賠償標準到所有誹謗言論的刑罰門檻	20
(三) 誹謗言論的不同策略價值	20
(四) 小結：509 號解釋應予補充變更	21
肆、結論	21

壹、緒論

110 年度憲二字第 247 號聲請案（下稱本件聲請案或本案）涉及刑法第 310 條（下稱刑§310）的合憲性，性質上屬於法規範違憲審查的案件。儘管刑§310 規範合憲性的問題，司法院大法官曾在 2000 年作成司法院大法官釋字第 509 號解釋（下稱 509 號解釋），但是大法官在之後的 22 年間，持續經由司法院大法官釋字第 577、617、623、634、644、656、678、734、744、756、794、806 號解釋和 111 年憲判字第 2 號判決，逐漸完善言論自由的合憲性審查架構。因此，要在時隔 23 年後再次審查刑§310 的規範合憲性，本案就必須釐清下列關鍵爭點：

1. 依據司法院大法官及憲法法庭迄今所建立的言論自由審查架構，應以何種標準審查刑§310 的合憲性？
2. 刑§310 能否通過前述的審查標準？更精確地說，509 號解釋對刑§310 的「合憲性限縮解釋」標準是否妥適？應否補充或變更？
3. 如果刑§310 可以經由「合憲性限縮解釋」的方法獲得合憲評價，此時的合憲性限縮解釋將會如何影響一般法院的個案法律適用？

基於前述的本案爭議理解，本意見書首先將會簡要分析大法官和憲法法庭建立的言論自由審查架構，藉以決定誹謗罪的審查標準（貳）。接下來則會運用前述的審查標準去審查刑§310 的合憲性，並且檢視 509 號解釋與言論自由審查架構的體系相容性、有無在特定範圍內進行補充變更的必要（參）。最後則會在結論中臚列本意見書的主要論點（肆）。

貳、誹謗罪的審查標準

雖然司法院大法官在 445 號解釋中提出了區分「時間、地點及方式等形式要件」和「言論內容實質審查」兩種言論限制類型，並異其審查標準的見解¹，509 號解釋的論證卻並未依循 445 號解釋的審查架構，而是基於言論限制手段實效性的「綜合考量」，肯定了刑§310 對誹謗言論科處刑罰的合憲性²。隨著大法官和憲法法庭在言論自由審查架構上的立場日趨穩定，此時就有必要回頭審視 509 號解

¹ 參見司法院釋字第 445 號解釋理由書第 8、10 段。

² 參見司法院釋字第 509 號解釋理由書第 1 段：「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。」

釋的言論自由體系相容性。

一、大法官解釋和憲法法庭判決中的言論自由審查架構

自 1994 年的釋字第 364 號解釋以降，司法院大法官和憲法法庭在廣義的言論自由領域³中已經累積了相當數量的實務見解；一方面逐漸形成了穩定的言論自由審查體系，一方面也確定了特定管制爭議的立場。詳言之，大法官和憲法法庭明白肯定言論自由具有積極和消極面向⁴，並認為不論是積極或消極言論自由的限制干預，原則上都是以「系爭國家行為是否指向言論內容」（雙軌理論）和「特定言論之個人自主、社會風化、消費決策、民主參與價值」（雙階或三階理論）的標準來決定審查標準。其中關於事前限制(prior restraint)是否構成雙軌雙階理論外之獨立干預類型、如何決定其審查標準的問題，大法官的立場曾經有所浮動⁵；但因為本案所涉及的誹謗罪屬於事後懲罰的限制手段，此處將擱置事前限制的審查標準爭議。

本意見書以下將對大法官解釋和憲法法庭判決迄今建立的言論自由審查架

³ 若採取最廣義的「意見表達」(expression, Meinungsäußerung)定義，表意自由（或表見自由、表現自由、言論自由）的保障範圍涵蓋各種意見內容（如政治、學術、宗教、商業、藝術、新聞）和不同表達方式（如平面印刷、廣播、電視、集會、遊行、結社、設立廣告看板）。從憲法規範體系來看，包含了憲法第 11 條的言論自由、講學自由、著作自由、出版自由以及第 14 條的集會自由、結社自由。連同憲法實務見解，則包含新聞自由（689 號解釋）和通訊傳播自由（364、613、678 號解釋）。

⁴ 參見司法院釋字第 577、656 號解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決。其中 577 號解釋和 111 年憲判字第 2 號判決更進一步指出，消極言論自由包含「不表達客觀事實陳述」的自由和「不表達主觀意見」的自由。

⁵ 在涉及憲法第 14 條集會遊行自由的 445 號解釋中，大法官認為「不涉及集會、遊行之目的或內容，著重於時間、地點、方式等形式要件」的事前審查並不當然違憲（參見 445 號解釋理由書第 8 段）；本質上屬於「事前禁止」的集遊禁制區，也毋須符合「明顯立即危險」的嚴格要求，而得在大法官「為維持社會秩序或增進公共利益所必要」的概括認定下合憲。與此相對，744 號解釋在面對商業廣告的事前審查時，則認為事前審查不僅是一種獨立的言論限制類型，而且是對言論自由造成重大干預、應該推定違憲的限制類型；所以言論的事前審查必須符合「為避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會」這項史上最嚴格審查標準才可能獲得合憲評價（參見 744 號解釋理由書第 3 段）。但是後續的 756 和 806 號解釋並未延續 744 號解釋的嚴格立場。756 號解釋可能是基於監獄紀律的特殊考量而降低受刑人言論自由事前限制的審查標準（參見 756 號解釋理由書第 13 段），然而 806 號解釋在面對對高價值藝術表現自由的事前時間、地點、方式限制時，卻未如 744 號解釋以「推定違憲」的標準加以審查，而是和 445 號解釋相似，並不考慮系爭規範的事前限制性質，一律都以雙軌理論決定審查標準，並認為「僅屬於時間、地點、方式等無涉表意內容」的政府言論管制，只要其目的是在「追求合法公共利益，且未來帶意圖壓抑表意內容的隱藏目的」，同時手段「僅對表意內容造成附帶的適度限制，且為表意人保留足以表意的其他替代途徑」即可合憲（參見 806 號解釋理由書第 3、12 段）。換言之，即便街頭藝文活動與室外集會遊行性質有別，806 號解釋也仍然將時間、地點、方式事前限制的合憲性要件降至中度審查標準。

構，特別是針對特定言論限制所提出的具體審查標準，進行簡要的分析整理⁶。

（一）雙軌理論：445、806 號解釋

雖然 445 號解釋所處理的是「室外集會遊行之事前許可制」的具體議題，但由於該號解釋首次提出言論自由保障的理論基礎，並且區分政府限制言論的手段類型及其審查標準，至今仍然是奠定臺灣言論自由論證基礎的指標性案例。大法官在 445 號解釋中指出，有鑑於言論自由在個人自主、民主參與和真理發現上的功能價值⁷，只有在系爭言論會造成「社會秩序、公共利益的明顯而立即危險」時，國家才能針對言論內容進行實質審查⁸；另一方面，如果是「為維護交通安全或社會安寧等重要公益所必要」，國家則可針對無關乎言論目的或內容、僅著重言論時間、地點、方式等形式要件施加限制⁹。

445 號解釋這種區分言論內容限制與言論形式限制，並認為前者應從嚴審查（明顯立即危險標準）的立場，在 806 號解釋中獲得確認與延伸。806 號解釋明確主張：「內容之管制，應適用嚴格審查標準。至涉及時間、地點、方式等無關藝文活動內容管制之部分，則適用...中度審查標準審查。¹⁰」而對於嚴格與中度審查標準的具體內涵，大法官也提出了進一步的闡述：「政府所採取之管制措施，僅屬對於演出活動之時間、地點、方式等無涉表意內容之管制者，其管制目的應為追求合法之公共利益，但不得夾帶意圖壓抑表意內容之隱藏目的；其手段至多僅得對表意內容造成附帶之適度限制，且應留給表意人有足以表意之其他替代途徑，始符比例原則之要求。又如相關管制措施涉及對演出內容（包括議題、觀點或品質）之直接干預，則應適用嚴格審查標準予以審查，其目的應為追求特別重要公共利益，手段應為別無其他更小侵害手段之最小干預，始得謂與目的之達成間有密切關聯，而無違比例原則。¹¹」

從上述引文可知，445 與 806 號解釋對於審查標準內涵的認定並非完全一致。首先，關於言論內容限制所應適用的嚴格審查標準，806 號解釋在立法目的層次上提出了比「社會秩序、公共利益」（445 號解釋）更為嚴格的「特別重要公共利

⁶ 下文為本意見書作者對於司法院大法官解釋和憲法法庭迄今實務的理解與分析，不能排除作者誤解大法官的可能性，也不代表作者贊同大法官的立場。

⁷ 參見司法院大法官釋字第 445 號解釋理由書第 7 段。

⁸ 參見司法院大法官釋字第 445 號解釋理由書第 10 段。

⁹ 參見司法院大法官釋字第 445 號解釋理由書第 8 段。

¹⁰ 參見司法院大法官釋字第 806 號解釋理由書第 13 段。

¹¹ 參見司法院大法官釋字第 806 號解釋理由書第 12 段。

益」標準，但在限制手段層次上則以「最小侵害手段」取代了 445 號解釋中的「明顯立即危險」標準。這是否意味著大法官放寬了意見表達行為與法益侵害結果間的因果關係要求，應予密切關注。其次，針對言論形式限制所應適用的中度審查標準，806 號解釋在立法目的層次上一方面明確禁止了表面以及隱藏的觀點歧視目的（不得夾帶意圖壓抑表意內容之隱藏目的）¹²，同時卻也對法律所追求的法益提出了低於 445 號解釋和一般中度審查標準要求¹³（重要公共利益）、已降至合理審查標準的「合法公共利益」標準。而在限制手段的層次上，806 號解釋為 445 號解釋「必要措施」的籠統要件增加了「保留充足替代途徑」的絕對要求和「對表意內容造成附帶性適度限制」的相對要求。其中後者的具體內涵無法一望即知。由於已經有「保留充足替代途徑」的絕對要求，這裡應該不是「言論形式限制不得完全阻絕、窒息言論交換」的意思，較為合理的解釋應該是順應著「禁止隱藏歧視」的立法目的要求，主張指向於言論形式的限制手段不得作為隱藏性內容歧視的包裝¹⁴，只能對言論內容造成附帶性質(incidental)的限制，且該項附帶限制在範圍上也必須適度而不得過當。如此一來，806 號解釋就明確認知到言論形式限制可能隱藏內容歧視的問題，並同時在立法目的和限制手段的層次上進行防堵。

綜上所述，在 806 號解釋的審查標準認定對 445 號解釋既有補充也有偏離的情況下，「雙軌理論」在我國憲法實務中會如何發展，值得持續觀察。

（二）雙階／三階理論

即便 445、806 號解釋對於審查標準的認知有所歧異，仍然確立了雙軌理論的審查模式。依據雙軌理論，所有的言論內容限制理應一律以嚴格標準加以審查，但是迄今的大法官解釋和憲法法庭判決卻顯示，言論的內容價值會決定不同的審查標準。

在 617 號解釋中，大法官肯定性言論受到憲法第 11 條言論與出版自由的保

¹² 關於（法制訂以及法適用層次上的）言論形式管制可能隱含內容觀點歧視的論述，參見蘇慧婕（2017），〈言論管制的中立性——美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析〉，李建良（編），《憲法解釋之理論與實務第九輯》，頁 231-237，新學林。

¹³ 參見司法院釋字第 477 號解釋理由書第 3 段、第 749 號解釋理由書第 8 段、第 803 號解釋理由書第 22 段、司法院憲法法庭 111 年憲判字第 9 號判決理由書第 48 段。

¹⁴ 例如實際上為了限制極右派、新納粹的集會遊行，而將尤太受難者紀念碑劃設為禁止所有集會遊行的禁制區，以符合「言論內容中立」要求的規範，就屬於「表面法律文義看似內容中立，實際上立法目的隱藏觀點歧視」、「用中立的言論形式限制去包裝歧視性內容限制」的典型案例。

障¹⁵，但同時認為立法者為了維護社會多數共通之性價值秩序，得在保障性少數文化族群之性言論的前提下，對——客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且會引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性道德感情、有礙社會風化¹⁶的——**猥褻言論**的製造、持有、散布科處刑罰¹⁷。換言之，大法官認為，儘管猥褻言論體現了表意人的自主決定、且未侵害或危害第三人的具體利益，猥褻言論的表達自由仍應退讓於（不知是否屬於實質重要公共利益的）「社會主流性價值秩序」。由此可知，猥褻言論內容限制的合憲要件極為寬鬆。

關於商業言論(commercial speech)限制的議題，大法官一方面明確肯定憲法第 11 條言論自由的保障範圍及於促進非法交易的商業言論¹⁸，對於是否及於「內容虛偽不實或會產生誤導作用」的商業言論立場曖昧¹⁹。另一方面，大法官在商業言論內容限制的審查標準選擇上，則似乎穩定朝向中度標準邁進。在 414 號解釋中，大法官認為商業言論「非關公意形成、真理發現和信仰表達，其保障不能與其他言論類型等量齊觀²⁰」，所以藥品廣告的事前內容限制只要符合「維護國民健康、增進公共利益所必要」的寬鬆要求即可合憲²¹。而在涉及不表達商業言論自由（強制標示菸品成份）的 577 號解釋、涉及商業言論表意人身份（僅具證券

¹⁵ 參見司法院釋字第 617 號解釋文第 1 段。

¹⁶ 參見司法院釋字第 617 號解釋文第 4 段。

¹⁷ 參見司法院釋字第 617 號解釋文第 2、3 段。

¹⁸ 司法院釋字第 623 號解釋文第 2 段「促使人為性交易之訊息，固為商業言論之一種，惟係促使非法交易活動，因此立法者基於維護公益之必要，自可對之為合理之限制。」意味著促使非法交易活動的商業言論仍然屬於憲法第 11 條言論自由的保障範圍，只是得受到合理限制。

¹⁹ 參見司法院釋字第 577 號解釋文第 1 段主張「商品標示為提供商品客觀資訊之方式，應受言論自由之保障」，但理由書第 1 段則似乎將「內容虛偽不實或會產生誤導作用」的商品標示排除於憲法第 11 條的保障範圍之外：「商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第十一條言論自由保障之範圍...」。相似陳述也出現在 623 號解釋文第 1 段、634 號解釋理由書第 1 段和 744 號解釋理由書第 2 段中。794 號解釋理由書第 11 段：「商品廣告所提供之訊息，其內容須非虛偽不實或不致產生誤導作用，並以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，始受憲法第 11 條言論自由之保障。」則似乎更為明確地主張憲法言論自由自始即不保障「內容虛偽不實或會產生誤導作用」的商業言論。值得注意的是，孫森焱大法官在 414 號解釋所提出的部分不同意見書中，主張憲法言論自由的保障範圍不應及於商業言論。

²⁰ 參見司法院釋字第 414 號解釋理由書第 1 段。

²¹ 參見司法院釋字第 414 號解釋文第 1 段。但是 794 號解釋則將 414 號解釋認為重要公益利益加上實質關聯手段的中度審查標準，參見司法院釋字第 794 號解釋理由書第 11 段：「國家...為增進其他重要公共利益目的...，自得立法採取與上述目的之達成間具有實質關聯之手段，限制商品廣告（本院釋字第 414 號、第 577 號及第 744 號解釋參照）。」

投顧事業資格者得舉辦證券投資講習)的 634 號解釋和涉及商業言論溝通效果(菸商顯名贊助之菸品促銷)的 794 號解釋中,大法官則把審查標準明確提升至中度:國家為增進實質重要的公共利益/重大公益目的,得採取與目的達成具有實質關聯的手段²²。但如果系爭商業言論所促銷推廣的是非法交易(如兒童少年性交易),623 號解釋則認為國家得「基於維護公益之必要,對系爭言論施加合理的限制」²³。

有別於此,大法官在 445 號解釋中主張,只有當系爭言論會對社會秩序、公共利益造成**明顯而立即的危害**,國家才能針對政治言論進行內容限制²⁴。而在 806 號解釋中,大法官將表演**品質**的審查視為言論內容限制,認為相關管制措施「應適用嚴格審查標準予以審查,其目的應為追求特別重要公共利益,手段應為別無其他更小侵害手段之最小干預²⁵」。與此相似,憲法法庭在 111 年憲判字第 2 號判決中也認為,強制道歉是國家強制人民表達**自我否定的主觀意見**,構成高價值言論的內容限制,應受到「立法目的須係為追求特別重要公共利益,其手段須係為達成其立法目的所不可或缺、且別無較小侵害之替代手段」的嚴格審查²⁶。應予注意的是,806 號解釋和 111 年憲判字 2 號判決都沒有明白要求最小侵害手段只限於避免特別重要公益遭受「明顯立即危險」的範圍。

(三) 消極言論自由

最後值得一提的是,依據前文所引述的 577、656 號解釋和 111 年憲判字第 2 號判決見解,消極言論自由(或稱不表意自由)限制的審查標準,也取決於被強制表意的言論內容價值。強制人民表達高價值言論的國家行為應受到嚴格審查(445 號解釋、111 年憲判字第 2 號判決),而強制人民表達商業言論的國家行為則應受到中度審查(577 號解釋)。

二、誹謗罪的審查標準

在分析迄今臺灣憲法實務的言論自由審查架構之後,接下來將要確定誹謗罪的言論限制類型,以及應該適用的審查標準。

²² 參見司法院釋字第 577 號解釋理由書第 1 段、第 634 號解釋理由書第 5 段、第 794 號解釋理由書第 11 段。

²³ 參見司法院釋字第 623 號解釋文第 2 段。

²⁴ 參見司法院釋字第 445 號解釋理由書第 10 段。

²⁵ 參見司法院釋字第 806 號解釋理由書第 12 段。

²⁶ 參見司法院憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決理由第 9 段。

（一） 表意人的表意責任

如果誹謗罪的概念是「對於表達毀損他人名譽之不實言論的表意人課以刑罰」，那麼誹謗罪就是針對表意人(speaker)發表不法言論的刑事責任。其他言論散布者——不論是具有內容編輯權能的(報社、出版社、電台、電視等)媒體業者，還是不具內容編輯權能或僅具內容策展(content curation)權能的傳播／中介業者——是否另外負有**出版者表意責任**或是阻擋(block)、刪除(delete)義務以及**中介者散布責任**²⁷，並不會影響**表意人表意責任**的合憲性判斷。

（二） 言論內容限制：嚴格審查？

在確認誹謗罪是針對表意人表意行為所課予的刑事責任之後，接下來就應該從雙軌理論和雙階理論的角度來定性誹謗罪的言論限制類型，並決定其審查標準。

1. 雙軌理論

有別於 577、617 號解釋中的**議題歧視**(菸品成份、刺激或滿足性慾之性言論)和 445 和 644 號解釋中的**觀點歧視**(主張共產主義、主張分裂國土)，誹謗罪的**限制客體**是「不實言論」，亦即不符合客觀事實的**錯誤陳述(false statement)**，而且是足以毀損第三人社會評價的**錯誤陳述**。考慮到大法官曾將強制表達**自我否定的主觀意見**(111 年憲判字第 2 號判決)和限制商業言論的**商品促銷效果**(414、794 號解釋)都視為言論內容的限制，處罰「不符合客觀事實」且會產生「毀損第三人社會評價效果」言論的誹謗罪，在臺灣憲法實務中應該會被定性為言論內容限制。

2. 雙階理論

如前文所述，言論內容限制並非一律皆應嚴格審查，而要視系爭言論的價值而定；所以誹謗罪應該適用何種審查標準，就取決於「不實言論／錯誤陳述」是否屬於中、低價值言論。但在討論這個議題之前，必須先行釐清「憲法第 11 條是否保障不實言論」的問題。

²⁷ 關於網路內容中介服務提供者(internet content intermediaries)如社群網站(social network sites)因為傳播第三人違法內容而負有獨立於表意人言論責任的、防止權利損害效果繼續擴大的妨害人(Störer)責任，參見蘇慧婕(2020)，〈正當平台程序作為網路中介者的免責要件：德國網路執行法的合憲性評析〉，《臺大法學論叢》，49 卷 4 期，頁 1950-1953。關於網路內容搜尋服務業者在傳播第三人言論時，會因為搜尋引擎本身的強大散布效果而單獨負有散布言論的人格權侵害責任，參見蘇慧婕(2022)，〈歐盟被遺忘權的內國保障——德國聯邦憲法法院第一、二次被遺忘權判決評析〉，《臺大法學論叢》，51 卷 1 期，頁 53-55。綜而言之，言論散布者是對「擴張」第三人人格權損害結果的「言論散布行為」負責，與表意人應該為「引發」第三人人格權損害結果的「言論表達行為」負責，是各自獨立的問題。表意人不會因為國家另外課予散布者責任而免責。

(1) 憲法第 11 條是否保障不實言論

如前文所述，大法官曾經多次暗示「不實商業言論」自始不在憲法第 11 條言論自由的保障範圍之內²⁸。這是否意味著大法官可能採取與德國基本法第 5 條第 1 項文義或是美國聯邦最高法院 *Chaplinsky v. New Hampshire* 判決²⁹相似的立場³⁰，將所有不實言論排除於憲法言論自由保障之外？考慮到大法官再三強調國家應給予言論自由「最大限度之保障」³¹，且 509 號解釋主張誹謗罪的處罰客體並不及於「客觀不實但表意人有相當理由確信真實」的言論，或許大法官會認為憲法第 11 條的保障範圍並未自始排除不實言論。果真如此，那麼接下來的問題就會是：內容不符合客觀事實的言論，是否具有較低的言論價值，從而僅須接受中度甚至合理標準的審查？

(2) 不實言論的言論價值：內在價值、外部價值、策略價值

關於不實言論的言論價值問題，大法官和憲法法庭至今尚未對此表達見解。此處或可參考德國聯邦憲法法院的否認納粹大屠殺判決³²和網路言論妨害政治人物名譽判決³³，以及美國聯邦最高法院在 *New York Times v. Sullivan*³⁴、*Gertz v. Welch*³⁵、*United States v. Alvarez* 判決³⁶中的相關討論。

²⁸ 參見前文第貳、一、(二) 部分，尤其是註 19 的論述。

²⁹ 315 U.S. 568, 571-72 (1942) (“There are certain well defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or ‘fighting’ words -- those which, by their very utterance, inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace.”)

³⁰ 由於德國基本法第 5 條第 1 項的文義為「所有人皆有以語言、文字及圖像自由表達並散布其意見之權利」，向來被認為是在保障個人表達主觀評價的意見表達自由。僅僅涉及「言論內容與外在現實間之客觀關聯」的事實陳述，嚴格來說並不屬於基本法第 5 條第 1 項所保障的意見表達。進階論述參見後文第貳、二、(二) 2. (2) (b) 部分。

³¹ 參見 509 號解釋理由書第 1 段、678 號解釋理由書第 1 段、734 號解釋理由書第 3 段、756 號解釋理由書第 4 段。另參見 414 號解釋吳庚、蘇俊雄、城仲模大法官部分不同意見書（主張言論自由保障範圍應採廣義說）。

³² BVerfGE 90, 241 - *Auschwitzlüge*. 關於德國聯邦憲法法院否認納粹大屠殺判決的介紹分析，參見蘇慧婕 (2016)，〈第三帝國陰影下的言論自由保障：論德國聯邦憲法法院在極右派言論案件中的立場演變〉，《臺大法學論叢》，45 卷 2 期，頁 420-422。

³³ BVerfG = NJW 2022, S. 680-684.

³⁴ 376 U.S. 254 (1964).

³⁵ 418 U.S. 323 (1974).

³⁶ 567 U.S. 709 (2012). 關於美國聯邦最高法院 *United States v. Alvarez* 判決的介紹分析，參見蘇慧婕，〈同溫層作為最佳的真理測試？理念市場理論與美國聯邦最高法院 *U.S. v. Alvarez* 判決析〉，發表於 2022 年 12 月 3 日司法院大法官 111 年度學術研討會《數位時代網路與憲法基本權保障》（未出版），頁 12-21。

**(a) 美國聯邦最高法院 New York Times v. Sullivan 判決 (376 U.S. 254)、
Gertz v. Welch 判決 (418 U.S. 323)**

在涉及刊登公職人員職務行為之不實言論而被判處懲罰性民事賠償金的 New York Times v. Sullivan 判決（下稱 Sullivan 判決）中，美國聯邦最高法院著眼於不受拘束、健全、開放之公共議題論爭的重要性³⁷，指出關於公職人員職務行為之誹謗言論的言論自由保障，具有保留言論自由「呼吸空間」(breathing space)³⁸、防止合法言論表意人自我審查，亦即防止寒蟬效應的功能。所以只有明知言論內容錯誤或出於輕率忽視而不知言論內容錯誤（with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not），亦即具有真正惡意（actual malice）的表意人，才應為其錯誤陳述所造成的公職人員名譽損害負擔民事賠償責任³⁹。

由此可知，Sullivan 判決乃是出於防止政府濫權之管制風險的**策略價值**考量，而賦予系爭——涉及公職人員職務行為之——誹謗言論原則上優先於公職人員名譽權的言論自由保障。出於相同的思維邏輯，Sullivan 判決就容許國家去限制不會引發寒蟬效應的，具有真正惡意的公職人員誹謗言論。

如果我們同時觀察美國聯邦最高法院在 Gertz v. Welch 判決中明確否定不實言論的內在和外部價值、僅僅基於策略價值而保障不實言論的見解⁴⁰，就可推導出下列結論：**正是因為不實言論的策略價值會隨著系爭言論所牽涉的領域、議題和情境而變動，誹謗言論的限制就無法適用單一的審查標準，而必須在具體的言論情境中進行細緻的利益衡量。**這樣也能合理解釋，美國聯邦最高法院主張真正惡意原則得擴張適用於誹謗非公職人員的公眾人物（public figure）⁴¹，但不適用於誹謗一般私人⁴²言論的立場。

(b) 德國聯邦憲法法院「否認納粹屠殺」判決 (BVerfGE 90, 241)

德國基本法第 5 條第 1 項明定：「所有人皆有以語言、文字及圖像自由表達並散布其**意見**之權利」。所以德國基本法第 5 條第 1 項向來被認為是在保障個人

³⁷ See 567 U.S. 709, at 270.

³⁸ See 567 U.S. 709, at 271-272.

³⁹ See 567 U.S. 709, at 279-280.

⁴⁰ See 418 U.S. 323, at 339-341.

⁴¹ See Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130 (1967); The Associated Press v. Walker, 389 U.S. 28 (1967).

⁴² See Gertz v. Welch, 418 U.S. 323 (1974).

表達「意見」(Meinung)，亦即個人表達其——對於事實、物體、人物、思想、行為、關係之一——主觀評價的意見自由(Meinungsfreiheit)或意見表達自由(Meinungsäußerungsfreiheit)。據此，僅僅涉及「言論內容與外在現實間的客觀關聯」、並不涉及「表意人與其言論內容間之主觀連結」的事實宣稱(Tatsachenbehauptung)，嚴格來說並不屬於基本法第 5 條第 1 項所保障的意見表達。

雖然事實宣稱欠缺「展現表意人主體性」的**內在價值**，但是德國聯邦憲法法院認為，有鑑於事實宣稱往往能憑藉其特殊的說服力而影響甚至左右公共意見的形塑⁴³，基本法第 5 條第 1 項就可以基於「有助於公意形成」的**外部價值**考量，將**事實宣稱**納入憲法言論自由的保障範圍⁴⁴。

而在審查德國刑法第 130 條第 3 項⁴⁵否認納粹屠殺罪，亦即審查德國得否對「發表悖離納粹屠殺史實言論」者科處刑罰的否認納粹大屠殺判決裡，德國聯邦憲法法院進一步指出，在基本法第 5 條第 1 項的規範邏輯之下，無助於公意形成，從而同時欠缺內在和外部言論價值的**錯誤事實宣稱**，理應不受憲法言論自由所保障⁴⁶。但因為事實宣稱經常和意見表達相互連結而共同融合為言論內容，在概念上無法輕易區分；所以在強行分割兩者可能造成言論意涵失真，並且過度限制其他受保障言論成分（如真實事實宣稱、主觀意見評價）、甚至引發寒蟬效應的情況下，就應該出於維護言論自由不受毀損、最大化言論自由保障的策略性考量，將錯誤事實宣稱一併納入言論自由的保障範圍⁴⁷。申言之，德國聯邦憲法法院認為，保障錯誤事實宣稱具有保全憲法言論自由保障不受減損的策略功能，所以即便是欠缺內在和外部價值的錯誤事實宣稱，也可以憑藉其**策略價值**而獲得憲法言論自由的保障。

⁴³ Vgl. BVerfGE 54, 208, 217 f.; 90, 241, 247.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 54, 208, 219; 61, 1, 8; 65, 1, 41; 66, 116, 149; 85, 1, 15; 90, 241, 247; 94, 1, 7; 97, 391, 398.

⁴⁵ 德國刑法第 130 條第 3 項：「以可破壞公共和平之方式，公然或在集會中贊成、否認或粉飾國家社會主義政權時期違反國際刑法典第 6 條第 1 項之犯罪行為者，處五年以下有期徒刑，且得併科罰金。」條文中所提及的國際刑法（(Völkerstrafgesetzbuch, VStGB)）第 6 條第 1 項規定：「出於滅絕某一民族、種族、宗教或人種族群之全部或一部的意圖，而為下列行為者：

1. 殺害該族群之成員，
2. 對該族群之成員施加嚴重的生理或心理傷害，特別是以刑法第 226 條所明定之方式，
3. 將該族群置於可能全部或局部摧毀其生理健全的生活條件之下，
4. 對該族群採取防止生育之措施，
5. 將該族群之兒童強制轉移到他族群，處以無期徒刑。」

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 90, 241, 247.

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 90, 241, 247 f.

儘管德國聯邦憲法法院肯定錯誤事實宣稱得基於策略價值而獲得基本法第 5 條第 1 項的保障，但也承認錯誤的事實宣稱可能會對第三人的人格權造成侵害。所以在人格權和言論自由的衡量上，除了涉及公共事務時應推定言論自由優先之外，言論自由原則上會因為錯誤事實的言論成分而退讓於人格權的保障⁴⁸。

(c) 德國聯邦憲法法院「網路言論妨害政治人物名譽」判決

雖然德國聯邦憲法法院從 1958 年的 Lüth 判決⁴⁹以來，基本上都遵循「涉及公共事務時推定言論自由優先」的利益衡量規則，這項與美國聯邦最高法院相近、有利於言論自由保障的立場，卻也一直遭受「對公眾人物名譽權保障不足」的質疑⁵⁰。德國聯邦憲法法院第 1 庭第 2 審查庭在 2021 年關於「在社群媒體上散布針對政治人物之侮辱及誹謗言論」的 1 BvR 1073/20 號判決⁵¹中，首次從**侮辱和誹謗言論的負面外部與策略價值**角度切入，去強化政治人物的人格權與名譽權保障。

德國聯邦憲法法院首先強調「權力批判言論」(Machtkritik)在言論自由保障上的特殊意義，以及防止寒蟬效應的高度需求，同時援引歐洲人權法院判決，主張政治人物的人格權保障低於一般私人⁵²。但在這樣的基礎之上，德國聯邦憲法法院也進一步指出，言論內容的權力批判和公共論辯性質，無法正當化所有針對公職人員或政治人物的人格攻擊。系爭言論的內容愈遠離公共事務的論辯、愈強調對公眾人物的貶抑、愈以煽動針對公眾人物的情緒反應為目標，其在言論自由保障上的價值就愈低⁵³。另外，特別是在資訊經由社群網路平台傳播的通訊條件下，有效保障公職人員和政治人物的人格權，也會同時具有**公共利益**層次的意義，而應該在基本權衝突時加以考量。詳言之，**只有在人格權獲得充分保障的前提下，個人才能考慮投身參與國家和社會事務**⁵⁴。

綜上所述，德國聯邦憲法法院在 1 BvR 1073/20 號判決明確提出了「**內容涉及公共事務的言論也可能具有負面的外部與策略價值**」，這種有別於歷來法院見解的主張。進一步來說，本判決認為，並非所有內容涉及公共事務的言論都具有

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 90, 241, 248 f.; BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats) Beschluss vom 11.11.2021 – 1 BvR 11/20, Rn. 22 f.

⁴⁹ BVerfGE 7, 198.

⁵⁰ Vgl. Martin Kriele, Ehreenschutz und Meinungsfreiheit, NJW 1994, S. 1897-1905.

⁵¹ BVerfG = NJW 2022, S. 680-684.

⁵² Vgl. a.a.O., Rn. 32 f.

⁵³ Vgl. a.a.O., Rn. 31, 34.

⁵⁴ Vgl. a.a.O., Rn. 35.

促進公共論辯的外部價值，「對人不對事」的言論可能會偏離主題，從而無助、甚至有害於公共議題的論辯⁵⁵。另一方面，有別於否認納粹大屠殺判決認為保障不實言論具有「防止寒蟬效應」的正面策略價值，本判決則強調，推定誹謗言論自由優先於公眾人物名譽權的利益衡量，蘊涵了「防止個人參與公共事務」、「強化公民政治冷漠」的負面策略價值⁵⁶。從本判決的見解繼續推論，針對公眾人物且涉及其私密、個人領域的誹謗言論，就可能喪失「推定言論自由優先」的地位⁵⁷。

(d) 美國聯邦最高法院 *United States v. Alvarez* 判決 (567 U.S. 709)

有別於前述德國聯邦憲法法院和美國聯邦最高法院判決著重於策略價值面向的不實言論保障論述，美國聯邦最高法院在涉及謊言限制的 *United States v. Alvarez* 判決中，則討論並肯定了不實言論的外部價值。

在 *Alvarez* 判決中，美國聯邦最高法院對於不實言論的價值認定產生嚴重分歧。由 Kennedy 大法官提出，Roberts 首席大法官、Ginsburg、Sotomayor 大法官加入，從而並未取得 5 人絕對多數支持的相對多數意見(plurality opinion)主張，言論不會因為單純的「內容不符合客觀事實」而減損價值，所以禁止不實言論的國家行為屬於蘊涵巨大政府濫權風險的言論內容限制，應該受到推定違憲的嚴格標準審查⁵⁸。如果我們接受相對多數意見的見解，認為事實陳述不會因為客觀錯誤的內容而減損其價值，那麼依據聯邦最高法院向來對於言論自由競爭的絕對信任⁵⁹，誹謗言論——亦即妨害他人名譽之錯誤陳述——的所有傷害都可以在理念市場中獲得治癒⁶⁰，並不會導致損害他人名譽的結果，所以誹謗言論的限制理應也是一種必須嚴格審查的內容限制。但是，*Alvarez* 判決的相對多數意見卻主張，誹謗言論的內容限制可以僅僅基於「實務傳統」的理由而豁免於嚴格審查⁶¹。由此可以看出，相對多數意見賦予不實言論高度保障的論證，與採取策略價值論證

⁵⁵ Vgl. Harro Otto, Der strafrechtliche Schutz vor ehrverletzenden Meinungsäußerungen, NJW 2006, 575, S. 575; Christian Schertz, Persönlichkeitsrechte von Politikern, ZUM 2022, 857, S. 858.

⁵⁶ Vgl. Anna Albert, Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht in der neueren Rechtsprechung des BVerfG, ZUM 2023, 8, S. 13 f.; Christian Schertz, Persönlichkeitsrechte von Politikern, ZUM 2022, 857, S. 858.

⁵⁷ Vgl. Christian Schertz, Persönlichkeitsrechte von Politikern, ZUM 2022, 857, S. 858 f.

⁵⁸ 參見蘇慧婕，前揭註 36 文，頁 12-15。

⁵⁹ See *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) ("...that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas...") (言論的自由競爭終將獲致真理。)

⁶⁰ See *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927).

⁶¹ See *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), at 5.

取徑的 Sullivan、Gertz 判決有所扞格。

由 Breyer 大法官提出，Kagan 大法官加入的協同意見書認為，限制容易證偽的不實言論不會引發寒蟬效應，所以毋須接受嚴格審查；但在衝突利益的衡量上，仍應考慮不實言論在具體情境下的外部價值（如避免尷尬、保護隱私、防止慌亂等），以及系爭言論限制的打擊範圍，以確定、限縮不實言論限制的構成要件⁶²。換言之，Breyer 大法官認為涉及公共事務但易於證偽的不實言論，其策略價值以及憲法保障程度會降低。與此同時，Breyer 大法官也正面肯定了不實言論在具體情境下的外部價值，並主張應該在個案利益權衡中加以考量。

由 Alito 大法官提出，Scalia、Thomas 兩名大法官加入的不同意見書則主張，不實言論不具有憲法保障的內在價值，所以不實言論的限制不會引發侵害言論自由的疑慮。只是為了讓受到憲法保障的言論享有充足的呼吸空間、避免對（表意人無法證明其真實確信的）真實言論造成寒蟬效應，憲法才會向不實言論提供策略性的言論自由保障。**正因為不實言論僅僅享有策略性的言論自由保障，針對不具外部價值的不實言論，或是（因言論內容得輕易證偽或表意人具真正惡意而不存在政府濫權風險的不實言論限制，就不會引發侵害言論自由的疑慮**⁶³。由此觀之，Alito 大法官的論證可說是承襲並延伸了 Sullivan 和 Gertz 等判決先例的思維邏輯。

從三份意見書的實體論證來看，在 Alvarez 判決中有過半（協同加不同意見共 5 名）大法官否定不實言論的內在價值，並因為系爭不實言論易於證偽、不致引發寒蟬效應，而否定了保障系爭言論的策略價值。

（三）小結：無法適用單一審查標準的言論內容限制

因為誹謗言論本質上是一種「毀損他人名譽的不實言論」，所以誹謗言論限制的審查標準，必須和決定不實言論限制之審查標準的邏輯一致。經由本節德國聯邦憲法法院「否認納粹大屠殺」判決、「網路言論妨害政治人物名譽」判決，以及美國聯邦最高法院 Sullivan、Gertz、Alvarez 判決的介紹分析，可以看出誹謗言論以及誹謗言論限制的共同特殊性。

首先，誹謗言論欠缺內在價值，所以在不具有外部價值的具體情境中，將只

⁶² 參見蘇慧婕，前揭註 36 文，頁 15-17。

⁶³ 參見蘇慧婕，前揭註 36 文，頁 18-20。

能憑藉**策略價值**而獲得憲法上的言論自由保障⁶⁴。又因為**誹謗言論的策略價值都會隨著政府的管制風險高低——亦即言論內容所涉及的領域、議題、指涉對象、驗證難度，以及表意人身分、言論傳播方式⁶⁵等——而變動**，所以我們就會看到誹謗言論的限制無法適用單一審查標準，必須高度仰賴個案具體衡量的結果（例如真正惡意原則僅適用於涉及公共事務之誹謗言論的民事賠償案件）。一言以蔽之，誹謗罪雖然在定性上屬於言論內容限制，但因為誹謗言論的（策略）價值會因言論情境而浮動，就無法根據雙階理論選擇單一特定的審查標準。必須強調的是，在誹謗言論依據具體情境而應適用不同審查標準時，仍然會受到前文所提及的⁶⁶，嚴格、中度、合理審查標準內涵不清的影響。

雖然本節所分析的 5 則判決都一致強調憲法保障不實或誹謗言論的策略價值，但是每個判決對於不實／誹謗言論的內在、外部、策略價值，都有各自不同的評估。除了 Alvarez 判決中的 4 名大法官使用（不明所以的）「反面傳統論證」得出不實言論限制應予嚴格審查的結論，德國聯邦憲法法院的兩則判決、美國聯邦最高法院的 Sullivan、Gertz 判決以及 Alvarez 判決中的協同和不同意見書，都明示或暗示地否定了不實／誹謗言論的**內在價值**。在這樣的共同基礎之上，「否認納粹大屠殺」判決和 Sullivan、Gertz 判決都進一步否定不實／誹謗言論在公共論辯上的**外部價值**，「網路言論妨害政治人物名譽」判決甚至認為不實／誹謗言論有害於公共議題的討論。與之相對，Alvarez 判決的協同和不同意見則指出，不實言論在具體情境中可能具有人格發展或公共安全上的非民主性外部價值（雖然在誹謗言論的案件中難以想像）。最後，有別於「否認納粹大屠殺」、Sullivan、Gertz 和 Alvarez 判決認為「保障涉及公共事務的不實／誹謗言論具有防止寒蟬效應、促進表意人參與民主」之正面**策略價值**，從而涉及公共事務之不實／誹謗言論應推定優先保障（僅得以「表意人具真正惡意」之證明推翻）的傳統見解，晚近的「網路言論妨害政治人物名譽」判決則從「推定優先保障不實／誹謗言論具有鼓勵公民迴避公共事務、嚇阻潛在被指涉者參與民主」的負面策略價值。由

⁶⁴ 相似見解參見司法院釋字第 656 號解釋林子儀大法官部分不同意見書，頁 6：「雖然虛偽不實之言論對於民主多元社會之健全發展並無助益，惟人民參與公共事務討論之過程，其言論不免有錯誤之時，如一概予以處罰，將產生寒蟬效應，使人民心生疑懼而喪失意願或勇氣參與公共事務之討論，而影響民主多元社會之健全發展。」

⁶⁵ Vgl. BVerfG = NJW 2020, S. 2622 Rn. 34; BVerfG = NJW 2022, 680, Rn. 37.

⁶⁶ 參見前文第貳、一、（一）與（二）部分關於雙軌與雙階理論的論述。

此可知，不同情境下的誹謗言論會具有不同的外部和策略價值，從而必須由一般法院透過憲法取向——亦即衡量誹謗言論自由和個人名譽權利何者在具體個案中享有保障優位——的刑法解釋，去決定系爭言論是否可罰。

最後將前述法院判決關於不實言論價值的立場，整理如下列表格⁶⁷：

不實言論的言論價值		內在價值	外部價值	策略價值	審查標準	
德國聯邦 憲法法院	否認納粹屠殺判決	X	X	O	個案衡量	
	網路言論妨害政治人物 名譽判決	X	△	△	個案衡量 (限縮言論自由優先推定)	
美國聯邦 最高法院	N.Y. Times v. Sullivan		?	?	O	個案衡量 (公職人員→真正惡意)
	Gertz v. Welch		X	X	O	個案衡量
	U.S. v. Alvarez	相對多數意見	?	?	O	嚴格審查
		協同意見	?	△	O	個案衡量
不同意見		X	△	O	個案衡量	

參、刑法第 310 條的構成要件：509 號解釋的補充或變更？

一、刑法第 310 條的限制客體：誹謗言論

合併觀察刑§310 各項文義，可知刑§310 的處罰對象是表達誹謗言論的行為，亦即表達客觀不實且足以毀損他人名譽的言論。換句話說，即是 1. 發表與他人有關的事實陳述，2. 且其事實陳述的內容不僅客觀錯誤，3. 並足以使言論受眾相信該言論的錯誤內容，4. 從而導致毀損言論指涉對象之社會評價結果。由此可知，誹謗言論的構成，不僅以言論內容的客觀錯誤為要件，也取決於系爭言論在具體情境中的受眾說服效果⁶⁸。

二、刑法第 310 條的立法目的：名譽權

刑§310 誹謗罪處罰的是「足以毀損他人名譽」的言論，目的係在保護言論指涉對象的名譽權。大法官曾在 656 號解釋中曾明確承認名譽權是一種旨在維護個人主體性與人格完整，為實現人性尊嚴所必要⁶⁹，且足以證成妨害名譽言論之民

⁶⁷ 符號說明：「X」表示否定，「O」表示肯定，「？」表示無法確定，「△」表示依具體情境而定。

⁶⁸ 特別在「網路平台化」的當代通訊條件中，亦即言論在平台經由內容編排(content curation)所形成的同溫層、回音室中向受眾主動推播的傳播方式，更應細緻分析言論在具體情境下的受眾說服效果。

⁶⁹ 參見司法院釋字第 656 號解釋理由書第 1 段。

事賠償責任（不包含強制道歉）⁷⁰的個人權利，所以名譽權在評價上至少會符合實質重要利益的要求⁷¹。

三、刑法第 310 條的限制手段：刑罰過當？

誹謗罪是對毀損他人名譽的不實陳述施加刑罰。所以在討論不同誹謗言論應適用何種審查標準之前，必須先回答一個先決問題：以刑罰手段限制誹謗言論，是否會對言論自由構成絕對的違憲侵害？換句話說，立法者是否在所有具體情境中（包含言論內容所涉及的領域、議題、指涉對象、驗證難度，以及表意人身分、言論傳播方式等考量），一旦動用刑事處罰（包含自由刑和罰金刑）去保障個人名譽權，就必然會對言論自由構成過當侵害⁷²？

（一） 誹謗言論的限制體系

這個問題，必須從我國現行法中的誹謗言論限制體系來加以分析。我國目前所採取的是受到 509 號解釋肯認的「民刑併行」制度⁷³。依據民法第 195 條第 1 項規定，發表誹謗言論者的損害賠償責任包含（但不限於）刪除誹謗言論⁷⁴、公開道歉⁷⁵以及金錢賠償⁷⁶。而刑法第 310 條則對發表誹謗言論者施加罰金刑和自由刑的處罰。

（二） 刑事處罰的必要性：立法形成自由

依據我國現行的誹謗言論限制體系，我們可以得到以下結論：如果現行法規所提供的非金錢性賠償手段已足以回復或填補受到毀損的個人名譽，且刑事處罰必然會對言論自由造成高於民事賠償的限制，那麼憲法就不應容許立法者以刑罰手段去限制誹謗言論。

⁷⁰ 參見司法院憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決理由書第 8 段。

⁷¹ 大法官解釋和憲法法庭裁判曾經使用「與人性尊嚴、個人主體性和人格發展完整性具有緊密關聯」來進行評價的憲法利益有（資訊）隱私權（585、603、631、756 號解釋、111 年憲判字第 13 號判決、111 年憲判字第 16 號判決）、（未成人之）人格權（664 號解釋、111 年憲判字第 8 號判決）、不表意自由（111 年憲判字第 2 號判決）。

⁷² 必須注意的是，這個問題的答案，會一併決定刑法第 27 章「妨害名譽及信用罪」中所有條文的合憲性。

⁷³ 參見 509 號解釋理由書第 1 段。

⁷⁴ 相關實務判決參見臺灣高等法院高雄分院 110 年度上字第 299 號判決；臺灣臺北地方法院 110 年度訴字第 2705 號判決。

⁷⁵ 參見 656 號解釋、111 年憲判字第 2 號判決。

⁷⁶ 其他如廣播電視法第 23、24 條有以回覆權（right to reply）、答辯權或更正權作為媒體免責條件的規定。關於回覆權、更正權等「接近使用媒體權利」作為衡平名譽權與言論自由機制的憲法層次論述，參見 364 號解釋理由書第 3、4 段。關於非金錢性損害賠償手段的必要性與比較法介紹，參見 DARIO MILO, DEFAMATION AND FREEDOM OF SPEECH 261-78 (1 ed. 2008)。

首先，因為民法第 184、195 條並未明確承認懲罰性賠償，我們應可認定刑罰是一種對言論自由干預更高的限制手段。接下來的問題就是，在民事責任已經包含金錢性和非金錢性損害賠償的情況下，509 號解釋「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」的論述就無法成立，那麼刑法中的罰金刑和自由刑還會是保護名譽權的必要手段嗎？

考慮到當代的通訊情境，特別是快速、廣泛、匿名、無法完全移除的網路傳播模式，似乎無法完全排除在無涉公益、表意人明知不實但受眾難以證偽的私人誹謗案例，例如以深偽（deepfake）技術製作非公眾人物的不實私密影像，並在網路上公開散布的案例中，存在著以罰金刑、甚至自由刑去保障個人名譽權的必要性。單純從比較法的觀點來看，以自由刑手段限制誹謗言論的國家也不在少數⁷⁷。

反過來說，憲法也可能容許在規範上忽略這些極端案例，將誹謗言論全面除罪化。無論採取何種實體立場，此處的重點都是，在這種情況下去**抽象分配**誹謗言論自由和個人名譽權利的保障優位，並決定刑罰手段的必要性，乃是具有直接民主正當性之**國會受到憲法委託並保障的權力和形成空間**，而非憲法法庭的權限⁷⁸。至於一般法院以違憲侵害言論自由的方式適用刑§310 時，憲法法庭得宣告系爭法院判決違憲，則屬當然⁷⁹。

四、司法院大法官釋字第 509 號解釋的妥適性

（一） 509 號解釋：「真正惡意」作為刑罰門檻

綜上所述，只要誹謗言論自由並非絕對優先於非公眾人物的名譽權利⁸⁰，且無法完全排除刑罰手段的必要性，立法者制訂誹謗罪就並非當然違憲。接下來要處理的問題是，509 號解釋透過憲法取向的限縮解釋，將刑§310 第 1、2 項的適

⁷⁷在歐盟 28 個成員國（含英國）中，有 23 國以刑法限制誹謗言論，其中 20 國設有自由刑，僅有保加利亞、克羅埃西亞和法國限定在罰金刑。參見 SCOTT GRIFFEN ET AL., OUT OF BALANCE: DEFAMATION LAW IN THE EUROPEAN UNION. A COMPARATIVE OVERVIEW FOR JOURNALISTS, CIVIL SOCIETY AND POLICYMAKERS 11 (2015). (報告全文網址：ogy.de/efx6) 而在歐洲安全與合作組織（Organization for Security and Co-operation in Europe, OSCE）的 57 個成員國中，則有 42 國訂有限制誹謗言論的刑法規定。參見 SCOTT GRIFFEN ET AL., DEFAMATION AND INSULT LAWS IN THE OSCE REGION: A COMPARATIVE STUDY 8 (2017). (報告全文網址：ogy.de/pacp)

⁷⁸ 相似見解參見 509 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書。

⁷⁹ Vgl. BVerfG = NJW 2022, 680, Rn. 38.

⁸⁰ 參見司法院釋字 656 號解釋林子儀大法官部分不同意見書，頁 5：「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。」

用門檻一律提高到「檢察官或自訴人得證明誹謗行為人具有真正惡意」，這項標準是否屬於誹謗言論自由和個人名譽權利的合憲利益權衡？

（二）真正惡意原則：從公職人員誹謗的民事賠償標準到所有誹謗言論的刑罰門檻

追本溯源，真正惡意 (actual malice) 原則乃是美國聯邦最高法院在 *New York Times Co. v. Sullivan* 判決⁸¹中，用以決定行為人何時應對其誹謗公職人員言論負民事賠償責任的標準。而在後續涉及非公眾人物誹謗的 *Gertz v. Welch* 判決⁸²中，美國聯邦最高法院拒絕以嚴格的真正惡意原則作為民事賠償責任判斷標準。在 *Garrison v. Louisiana* 判決⁸³中，美國聯邦最高法院則宣稱，亦應以真正惡意原則決定誹謗公職人員言論的刑罰責任。

與之相較，可以看出以真正惡意原則作為「所有誹謗言論」之刑罰門檻的 509 號解釋，實則採取了比美國聯邦最高法院更加優待言論自由的立場。而 509 號解釋的這項見解，也曾被質疑「對非公眾人物的名譽權有保障不足之嫌」⁸⁴。

（三）誹謗言論的不同策略價值

509 號解釋中的真正惡意原則，是否「矯枉過正⁸⁵」、對非公眾人物的名譽權保障不足，從而構成違憲的基本權衝突衡量？這個問題必須從誹謗罪的審查標準來回答。

如前文所述⁸⁶，誹謗言論限制的審查標準主要取決於系爭誹謗言論的策略價值。政府濫權的管制風險愈大、防止寒蟬效應的需求愈強，保障誹謗言論的策略價值就愈高。據此，針對公眾人物且涉及公共事務的誹謗言論，原則上會因為極大的政府濫權風險和強烈的「呼吸空間」需求，推導出保障系爭誹謗言論具有高度策略價值，名譽權保障的刑罰手段應該嚴格限縮在「行為人具有真正惡意」範圍的結論。反之，針對非公眾人物且涉及私人事務的誹謗言論，則會基於較小的政府濫權風險和輕微的「呼吸空間」需求，主張保障系爭誹謗言論的策略價值偏低、不必接受嚴格審查，從而保障名譽權的刑罰手段不必以「行為人具有真正惡

⁸¹ 376 U.S. 254 (1964).

⁸² 418 U.S. 323 (1974).

⁸³ 379 U.S. 64 (1964).

⁸⁴ 參見司法院釋字 656 號解釋林子儀大法官部分不同意見書，頁 7 中的註 1；法治斌（2000），〈保障言論自由的遲來正義—評司法院大法官釋字第五〇九號〉，《月旦法學雜誌》，65 期，頁 152。

⁸⁵ 法治斌，前揭註 84，頁 152。

⁸⁶ 參見前文第貳、二部分的論述。

意」作為合憲要件。最後，在針對公眾人物但涉及私人事務的誹謗言論類型中，有鑑於保障誹謗言論可能具有正面（防止寒蟬效應）和負面（防止公民參與公共事務）的策略價值，則應由一般法院依據具體情境決定刑§310 有否適用，而不是一律適用真正惡意原則。

（四）小結：509 號解釋應予補充變更

由於刑§310 的文義並未將適用範圍限制在特定的表意人身分（媒體、一般私人）或言論指涉對象（公眾人物、一般私人），具有不同（策略）價值的誹謗言論都可能該當刑§310 的客觀構成要件⁸⁷。所以從基本權衝突的憲法觀點來看，不應作出「個人名譽權一律向誹謗言論自由退讓」的價值判斷；真正惡意原則不應適用於涉及私人事務的誹謗言論。509 號解釋的見解應予補充變更。

肆、結論

有鑑於本案是憲法法庭在言論自由審查架構日趨穩定的當下，再次審查刑§310 的合憲性，為了促進本案論證與過去憲法實務見解和未來言論自由爭議的體系和諧性，本意見書選擇從大法官解釋和憲法法庭裁判所建構的言論自由審查架構出發，分析誹謗言論——亦即足以毀損他人名譽之不實言論——限制應以何種標準進行審查，並進而檢視 509 號解釋「真正惡意原則」的妥適性。

本意見書的主要論點如下：

1. 從歷來憲法實務建構言論自由審查架構（雙軌、雙階理論）的論證角度出發，可以看出誹謗言論及其限制的特殊性。亦即誹謗言論通常僅具有策略價值，而且誹謗言論的策略價值會隨言論情境而浮動，所以誹謗言論的限制無法適用單一特定的審查標準。
2. 在不同情境之下，誹謗言論指涉對象的名譽權保障需求，以及誹謗言論的策略價值都會有所不同。至少在針對一般私人且涉及私人事務的誹謗言論案件中，無法完全排除以刑罰手段保障個人名譽的必要性。故而誹謗罪立法並非

⁸⁷ 雖然 509 號解釋的原因案件涉及新聞媒體，509 號解釋也明文提及：「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。」（解釋文）「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。」（理由書第 1 段）但是刑§310 誹謗罪並非僅適用於媒體的誹謗言論。

當然違憲。以「足以毀損他人名譽之不實言論」為處罰客體的刑§310 合憲。

3. 同上，不同情境下的誹謗言論具有不同的策略價值。基於基本權衝突的「實踐調和」(praktische Konkordanz) 觀點，不得要求個人名譽權一律向言論自由退讓。在針對一般私人且涉及私人事務的誹謗言論案件中適用真正惡意原則，會導致個人名譽權保護不足的違憲結果。509 號解釋應予補充變更。
4. 一般法院在適用刑§310 時，應依據系爭誹謗言論在具體個案中的策略價值，去進行憲法取向——更精確地說是名譽權保障取向——的法律解釋。在誹謗言論針對公眾人物且涉及公共事務的案件中，應該對刑§310 進行嚴格限縮解釋；只有具備真正惡意的行為人才有刑事責任。而在誹謗言論涉及私人事務時，刑§310 的適用則未必要以檢察官或自訴人證明行為人具有真正惡意為前提。