

## 專家諮詢意見書

案號： 111 年憲民字第 900243 號

姓名： 蘇慧婕

### 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	111 年憲民字第 900243 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 12 月 11 日

具（撰）狀人：蘇慧婕

## 目次

壹、 刑法第 309 條：處罰以被侮辱者或第三人為受眾的貶抑性主觀評價..	3
一、 侮辱：貶抑性主觀評價.....	3
二、 以被侮辱者或第三人為言論受眾.....	3
貳、 限制侮辱言論的審查標準.....	3
一、 並非觀點、主題、表意人歧視.....	3
二、 公然侮辱言論與妨害名譽結果間的因果關係.....	4
(一) 以第三人為受眾：降低社會評價（妨害外部名譽）.....	4
(二) 以被侮辱者為受眾：否定主體地位（妨害內部名譽）.....	4
三、 言論結果限制的審查標準.....	5
(一) 外部名譽的保障：第三人受眾的理性預設.....	5
(二) 內部名譽的保障：被侮辱者主體地位的平等尊重請求權..	6
(三) 小結.....	7
參、 刑法第 309 條的合憲性審查.....	7
一、 立法目的：名譽權保障（憲法第 22 條）.....	7
(一) 作為一般人格權次類型的名譽權.....	7
(二) 名譽權的保障領域：內部名譽與外部名譽.....	8
二、 對公然侮辱言論科處刑罰的手段必要性與衡平性.....	9
肆、 刑法第 309 條的個案適用.....	9
一、 具體脈絡：言論內容、言論情境、表意人和被侮辱者的身分、通訊環境.....	9
二、 仇恨言論.....	11
三、 挑釁言論.....	12
四、 言論意涵的詮釋.....	12
伍、 刑法第 309 條的法律明確性.....	12
陸、 結論.....	13

## 壹、刑法第 309 條：處罰以被侮辱者或第三人為受眾的貶抑性主觀評價

### 一、侮辱：貶抑性主觀評價

在刑法妨害名譽及信用罪章的體系架構下，刑法第 309 條（公然侮辱罪）和第 310 條（誹謗罪）的處罰客體不同。刑法第 310 條所處罰的誹謗言論，必須是「客觀上可辨別真偽之事實性言論」<sup>1</sup>；而刑法第 309 條所處罰的侮辱言論，則是不涉及客觀事實的主觀意見，精確來說，是會妨害他人名譽的貶抑性評價（*ehrverletzende Missachtung*）<sup>2</sup>。再從規範架構來看，刑法第 309 條第 1 項僅處罰在不特定多數人得聽聞之「公然」場合中發表侮辱言論的行為<sup>3</sup>；如果行為人是以對他人身體施加物理力的「強暴」方式發表侮辱言論，刑法第 309 條第 2 項則設有加重處罰的規定<sup>4</sup>。

### 二、以被侮辱者或第三人為言論受眾

由此可知，刑法第 309 條公然侮辱罪所處罰的，是在公開場合中針對被侮辱者表達**貶抑性主觀評價**的行為。進一步細究侮辱言論和妨害名譽的因果關係，可以區分為兩種言論情境：一是**以被侮辱者為受眾**，發表侮辱言論；二是**以第三人為受眾**，發表侮辱言論<sup>5</sup>。

刑法第 309 條限制表意人表達貶抑他人的主觀意見言論，構成對表意人言論自由的干預或限制。

## 貳、限制侮辱言論的審查標準

### 一、並非觀點、主題、表意人歧視

有別於「禁止主張共產主義或分裂國土」的言論觀點歧視限制<sup>6</sup>、「要求商品

<sup>1</sup> 司法院憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決，理由第 67 段。

<sup>2</sup> Vgl. Krause/Himmelreich, *Strafrechtlicher Persönlichkeitsrechtsschutz*, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), *Handbuch Persönlichkeitsrecht: Presse- und Medienrecht*, München: C.H. Beck, (2019), 2. Auflage, §23, Rn. 45.

<sup>3</sup> 刑法第 309 條第 1 項：「公然侮辱人者，處拘役或九千元以下罰金。」

<sup>4</sup> 刑法第 309 條第 2 項：「以強暴犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或一萬五千元以下罰金。」

<sup>5</sup> 前者是當面斥罵被侮辱者「無恥」、「畜牲」，後者則是對第三人斥罵不在場的被侮辱者「無恥」、「畜牲」。

<sup>6</sup> 參見司法院釋字 445 號解釋。

廣告刊播須經事前許可」的言論主題歧視限制<sup>7</sup>和「禁止醫師發表醫療廣告」的表意人身分歧視限制<sup>8</sup>，對於公然侮辱言論——亦即妨害第三人名譽之貶抑性主觀評價——的限制，並未歧視特定的言論觀點、言論主題或表意人身分。不論侮辱言論是否涉及公共事務議題、對系爭議題採取贊成或反對觀點、表意人是否具備特定身分，只要言論產生妨害他人名譽的結果，都可能受到限制<sup>9</sup>。據此，刑法第 309 條（公然侮辱罪）和第 310 條（誹謗罪）這種指向於**言論結果**的限制規範，就無法憑藉系爭言論內容的價值（政治<sup>10</sup>、藝術<sup>11</sup>、商業<sup>12</sup>、猥褻<sup>13</sup>等）去連結審查標準的選擇。

## 二、公然侮辱言論與妨害名譽結果間的因果關係

刑法第 309 條處罰的是具有妨害名譽這種**特定結果**的公然侮辱言論。但是此時作為保護法益的名譽權，可能因為言論受眾的差異，而具有不同的概念內涵。

### （一）以第三人為受眾：降低社會評價（妨害外部名譽）

在以第三人為受眾的情況下，系爭公然侮辱言論可能會影響第三人受眾的信念評價，而讓第三人受眾不當降低對於被侮辱者的社會評價。刑法第 309 條所要防止的，是被侮辱者依其實際言行所應得(verdient)的事實性(faktisch)社會評價(Ruf, Ansehen)，亦即外部名譽(äußere Ehre)，因為表意人的公然侮辱言論而受到不適切、不應得的貶低<sup>14</sup>。

### （二）以被侮辱者為受眾：否定主體地位（妨害內部名譽）

在以被侮辱者為受眾的情況下，系爭公然侮辱言論可能會否定被侮辱者的主體地位(Subjektivität)。依據不同的理論基礎，此時受到否定和妨害的主體地位，

<sup>7</sup> 參見司法院釋字 414、744 號解釋。

<sup>8</sup> 參見憲法法庭 112 年憲判字第 17 號判決。

<sup>9</sup> 在德國法脈絡下，以名譽權保障為目的的言論限制，仍可能具有一般性法律(allgemeines Gesetz)的性質。Vgl. Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar (2023), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 199.

<sup>10</sup> 參見司法院釋字 445 號解釋。

<sup>11</sup> 參見司法院釋字 806 號解釋。

<sup>12</sup> 參見司法院釋字 414、744、794 號解釋；憲法法庭 112 年憲判字第 17 號判決。

<sup>13</sup> 參見司法院釋字 407、617 號解釋。

<sup>14</sup> Vgl. Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Kommentar-Strafgesetzbuch (2019), 30. Auflage, Vorbemerkungen zu den §§ 185 ff., Rn. 1; Regge/Pegel, in: Münchener Kommentar zum StGB (2021), 4. Auflage, Vorbemerkung zu § 185, Rn. 20.

可能是道德主體地位(sittliche Subjektivität)、社會主體地位(soziale Subjektivität)或是溝通主體地位(kommunikative Subjektivität)。而刑法第 309 條旨在防止，被侮辱者在道德、社會或溝通行動層次上的「平等人類」、「平等社會成員」或「平等溝通對象」主體地位，亦即內部名譽(innere Ehre)的規範(normative)主張，因為表意人的公然侮辱言論而無法有效主張平等的承認與尊重(Geltungsanspruch, Achtungsanspruch)<sup>15</sup>。

### 三、言論結果限制的審查標準

由此可知，公然侮辱言論妨害他人名譽的路徑有兩種：一是經由影響第三人受眾的信念評價，導致被侮辱者的社會評價受到不應得(unverdient)的降低。二是透過否定被侮辱者的平等主體地位，使得被侮辱者無法有效主張平等承認並尊重其主體地位的請求權。應該以何種標準去審查處罰這兩種公然侮辱言論的法律規範，取決於憲法言論自由保障體系對於**第三人受眾理性**，以及**被侮辱者主體地位保障**的概念和價值預設。

#### (一) 外部名譽的保障：第三人受眾的理性預設

依據受到歷來司法院大法官解釋肯認的雙軌理論，介入甚至扭曲理念市場的言論內容限制，會因為同時減損表意人發表特定言論的自主價值、經由言論交換程序尋求真理的真理價值，以及受眾接受言論資訊以涉入民主參與的民主價值，而應接受較高標準的審查。由此可知，認為自由競爭乃是理念市場最佳運作規則的雙軌理論，本身預設了對於理念市場消費者(亦即言論受眾)理性的高度信任，所以干擾理念市場自由競爭的言論內容限制，在憲法上就顯得更為可疑。但是從我國憲法實務向來容許立法者介入干預商業言論<sup>16</sup>和猥褻言論<sup>17</sup>理念市場的立場來看，司法院大法官和憲法法庭並不完全信任理念市場消費者的理性，至少並不相信言論受眾在身處自由競爭的商業和猥褻言論市場時，具有民主參與和尋求真理的完整理性判斷權能(rational capacity)。所以即便是扭曲理念市場自由競爭的

<sup>15</sup> Vgl. Regge/Pegel, in: Münchener Kommentar zum StGB (2021), 4. Auflage, Vorbemerkung zu § 185, Rn. 19; Krause/Himmelreich, Strafrechtlicher Persönlichkeitsrechtsschutz, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch Persönlichkeitsrecht: Presse- und Medienrecht, München: C.H. Beck, (2019), 2. Auflage, §23, Rn. 33. Siehe auch Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 2, Rn. 169.

<sup>16</sup> 參見司法院釋字第 414、577、623、794 號解釋；憲法法庭 112 年憲判決第 17 號判決。

<sup>17</sup> 參見司法院釋字第 407、617 號解釋。

商業、猥褻言論內容限制，也未必要以嚴格標準進行審查（雙階、三階理論）。值得注意的是，這種「言論消費者保護」的思維並不限於中、低價值言論的市場，在同樣涉及言論結果限制的 112 年憲判字第 8 號判決中，憲法法庭就出於單純事實陳述僅具低度公益論辯貢獻、網路言論環境具有強大傳播效果且不利於言論受眾查證等考量，提高了事實性言論的「產品合格性標準」（須經表意人合理查證），甚至自始否定「基於明知或重大輕率惡意而發表的（無害）不實陳述」的產品合格性（自始不受憲法言論自由保障）<sup>18</sup>。

由此可知，依據台灣的歷來憲法實務見解，至少在中、低價值言論以及事實陳述的理念市場中，大法官和憲法法庭並未給予消費者（言論受眾）理性百分之百的信任，針對言論內容和言論結果的限制，並不當然應以嚴格標準審查。從而以第三人為受眾，致使被侮辱者受到「不應得」社會評價降低的公然侮辱言論，可能涉及不同的主題、內容和觀點，其限制就無法連結至單一特定的審查標準；必須由一般法院的法官去斟酌系爭公然侮辱言論的意涵和價值、言論情境、表意人和被侮辱者身分，去決定裁判個案中的法律適用<sup>19</sup>。

## （二）內部名譽的保障：被侮辱者主體地位的平等尊重請求權

究其本質，表達意見或言論是表意人對特定或不特定的閱聽人受眾傳達意念的人際溝通行為，在此過程中表意人得以表現自我、促進真理尋求，而受眾得以涉入社會和民主參與。基於溝通行為的人際(intersubjectivity)預設，言論自由的真理和民主功能都必須以關係人（表意人、受眾、言論指涉者、潛在表意人）的平等主體地位為前提，而言論自由保障也會指向於自由、平等、開放、多元的言論交換和社會溝通程序。

據此，否定被侮辱者的平等主體地位，致使被侮辱者在現實言論環境、現實通訊條件下無法有效主張其平等主體地位的公然侮辱言論（噤聲言論；silencing speech），就違反了言論自由的基礎規則，而應被視為低價值言論，其限制受到合憲推定。舉例來說，如果表意人以強暴方式發表侮辱言論，而在具體情境下產生被侮辱者無法有效發表反駁言論的結果，就屬於妨害被侮辱者享有平等主體地位

<sup>18</sup> 參見憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決，理由第 73 段。該段論證可能蘊含寒蟬效應風險，此處暫且擱置不論。

<sup>19</sup> 參見後文第肆、一部分。

的低價值言論<sup>20</sup>。

### (三) 小結

和刑法第 310 條誹謗罪相同，處罰公然侮辱言論的刑法第 309 條也是針對特定言論結果（妨害名譽）的言論限制。除了否定被侮辱者平等主體地位的妨害內部名譽言論，會因為牴觸溝通程序以及言論自由的基礎規則而成為低價值言論，應以寬鬆標準進行審查；其餘公然侮辱言論類型的限制都無法對應到單一特定的審查標準，而必須在具體個案的法律適用層次上，根據言論情境進行憲法取向的刑法解釋。

## 參、刑法第 309 條的合憲性審查

### 一、立法目的：名譽權保障（憲法第 22 條）

#### (一) 作為一般人格權次類型的名譽權

司法院大法官和憲法法庭分別在釋字第 656 號解釋<sup>21</sup>和 112 年憲判字第 8 號判決<sup>22</sup>中，肯定憲法第 22 條保障以人性尊嚴、個人主體性、自我價值、人格完整性為概念基礎和核心的名譽權。

應予強調的是，名譽權並不等於人格發展自由或人格自由；名譽權毋寧是人格發展自由的次類型。一般人格權(*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*)或人格發展自由(*das Recht auf die Persönlichkeitsentfaltung*)旨在保障個人的自主性(*Autonomieschutz*)，但是並不限於「依其意志採取或不採取特定行為」的行為自由，而是在保障更為廣泛的人格整全性<sup>23</sup>(*Integrität der Persönlichkeit*)，亦即不受他人干預<sup>24</sup>，依其自主決定規劃人生藍圖，並且採取相應行動的，憑藉自我決定

<sup>20</sup> 此時的公然侮辱行為是否同時構成恐嚇、傷害、強制行為，則是不影響此處論證的獨立問題。

<sup>21</sup> 司法院釋字第 656 號解釋，理由書第 1 段：「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。」

<sup>22</sup> 憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決，理由第 51 段：「人民之名譽權，...乃以人性尊嚴為核心之人格權之一環，其旨在維護個人主體性、自我價值及人格之完整，並為實現人性尊嚴所必要，受憲法第 22 條所保障。」

<sup>23</sup> Vgl. Murswiek/Rixen, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar (2018), 8. Auflage, Art. 2, Rn. 59.

<sup>24</sup> Vgl. Starck, in: v. Maingoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar (2018), 7. Auflage, Art. 2 Abs. 1, Rn. 170 (Recht, von den Mitmenschen in Ruhe gelassen zu werden).

而開展的個人性(selbstbestimmt entwickelte Individualität)<sup>25</sup>。具體來說，一般人格權或人格發展自由包含（但不限於）以下幾種權利面向：空間和資訊隱私權<sup>26</sup>、祕密通訊自由<sup>27</sup>、性自主權<sup>28</sup>、獲知血統來源資訊的權利<sup>29</sup>、姓名權<sup>30</sup>、身分認同權<sup>31</sup>、傳統文化權<sup>32</sup>、成立具有親密性、排他性之永久結合關係的權利<sup>33</sup>、收養子女自由<sup>34</sup>，以及本案涉及的名譽權<sup>35</sup>。

## （二）名譽權的保障領域：內部名譽與外部名譽

在一般人格權的概念體系下，名譽權是在保障個人在共同體社群中發展個人人格所必須的社會承認<sup>36</sup>(soziale Anerkennung)以及社會尊重請求權<sup>37</sup> (sozialer Geltungsanspruch)；一般會受到錯誤事實陳述（誹謗言論）和貶抑主觀評價（侮辱言論）所侵害<sup>38</sup>。更進一步來說，受到憲法保障的「名譽權」具有雙重意涵，一是在事實(faktisch)層面上指涉社會評價(Ruf, Ansehen)的外部名譽(äußere Ehre)，二是在規範(normative)面向上指向主體地位的內部名譽(innere Ehre)<sup>39</sup>。從而名譽權的概念就同時具有規範和事實的成分(normativ-faktischer Ehrbegriff)<sup>40</sup>。

由此觀之，臺灣憲法實務對於憲法第 22 條名譽權的保障範圍容有商榷空間。司法院釋字第 656 號解釋援引釋字第 399、486、587、603 號解釋作為憲法第 22 條保障名譽權的依據，但是這些解釋分別涉及姓名權（釋字第 399、486 號解釋）、

<sup>25</sup> Vgl. Britz, Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I 1 GG) – Verfassungsversprechen zwischen Naivität und Hybris?, NVwZ 2019, 672 (673). Siehe auch BVerfGE 147, 1 (19) = NJW 2017, 3643 = NVwZ 2018, 877 Rn. 38; BVerfGE 141, 186 (201) = NJW 2016, 1939 Rn. 32.

<sup>26</sup> 參見司法院釋字第 603、689 號解釋；憲法法庭 111 年憲判字第 13、16 號判決。

<sup>27</sup> 參見司法院釋字第 631 號解釋。

<sup>28</sup> 參見司法院釋字第 791 號解釋。

<sup>29</sup> 參見司法院釋字第 587 號解釋。

<sup>30</sup> 參見司法院釋字第 399、486 號解釋。

<sup>31</sup> 參見憲法法庭 111 年憲判字第 4、17 號判決。

<sup>32</sup> 參見司法院釋字第 803 號解釋。

<sup>33</sup> 參見司法院釋字第 748 號解釋；憲法法庭 112 年憲判字第 4 號判決。

<sup>34</sup> 參見司法院釋字第 712 號解釋。

<sup>35</sup> 參見司法院釋字第 656 號解釋；憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決。

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE, 99, 185 (193); 114, 339 (346); 119, 1 (24).

<sup>37</sup> Vgl. Starck, in: v. Maingoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar (2018), 7. Auflage, Art. 2 Abs. 1, Rn. 171.

<sup>38</sup> Vgl. Starck, in: v. Maingoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar (2018), 7. Auflage, Art. 2 Abs. 1, Rn. 171; Murswiek/Rixen, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar (2018), 8. Auflage, Art. 2, Rn. 74; Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar (2023), Art. 1 Abs. 1, Rn. 117.

<sup>39</sup> Vgl. Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar (2023), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 197; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 2, Rn. 169.

<sup>40</sup> Vgl. Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Kommentar-Strafgesetzbuch (2019), 30. Auflage, Vorbemerkungen zu den §§ 185 ff., Rn. 1; Regge/Pegel, in: Münchener Kommentar zum StGB (2021), 4. Auflage, Vorbemerkung zu § 185, Rn. 20.

獲知血統來源資訊的權利(釋字第 587 號解釋)和隱私權(釋字第 603 號解釋),它們都是一般人格權或人格發展自由的次類型,但並不屬於名譽權的保障領域。比較精確的名譽權概念定義見於憲法法庭第 112 年憲判字第 8 號判決:名譽權是保障個人人格、品行在社會生活中的人格整體評價,不受惡意貶抑、減損的權利<sup>41</sup>。這個定義清楚指出名譽權的人際或社會關係本質、旨在保障個人作為受到平等承認及尊重之社會成員的事實評價,以及系爭評價可能受到客觀事實陳述或主觀意見評價所侵害的特徵。如果要更為精確,或可明確指出名譽權的保障範圍同時包含內部名譽,亦即個人作為道德、社會、溝通主體地位的平等承認和尊重。

最後必須強調的是,「內部名譽」並不包含被侮辱者純粹主觀的名譽意識(Ehrbewusstsein)或名譽感受(Ehrgefühl),而是涉及主體地位承認(recognition; Anerkennung),以主體間關係為內涵的規範性概念<sup>42</sup>。所以名譽權並不保障被侮辱者的「玻璃心」。

## 二、對公然侮辱言論科處刑罰的手段必要性與衡平性

綜上所述,刑法第 309 條的合憲性門檻,在於國家得否以刑罰(特別是自由刑)手段保障被侮辱者在溝通程序中的平等主體地位。如果認為這項法益只能藉由民事手段來加以保障,抑或刑事處罰並非適當的言論限制手段,刑法第 309 條就會違憲。反之,如果立法者擁有以刑罰手段保障被侮辱者平等主體地位的立法形成空間,刑法第 309 條的爭議,就會是在法律適用層次上,如何進行憲法取向限縮解釋的問題。

## 肆、刑法第 309 條的個案適用

如果不完全否定對妨害名譽言論科處刑罰的手段合憲性,接下來的問題就是刑法 309 條的個案適用,亦即如何對刑法第 309 條進行憲法取向的限縮解釋。

### 一、具體脈絡：言論內容、言論情境、表意人和被侮辱者的身分、通訊環境

有鑑於刑法第 309 條是針對妨害名譽之言論結果所施加的言論限制,而且名譽權具有人際或社會關係的性質,並非所有的公然侮辱言論都具有同一的言論價

<sup>41</sup> 參見憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決,理由第 51 段。

<sup>42</sup> Vgl. Regge/Pegel, in: Münchener Kommentar zum StGB (2021), 4. Auflage, Vorbemerkung zu § 185, Rn. 19.

值。不論是公然侮辱言論的內容價值，或是被侮辱者的社會評價降低是否不當、主體地位是否遭到否定，都取決於系爭言論的具體個案脈絡。

進而言之，公然侮辱言論的內容價值，取決於言論所涉及的議題；內容與公共事務相關的侮辱言論，會因為民主功能（公益論辯貢獻）和政府濫權、寒蟬效應的疑慮，而具有更高的價值<sup>43</sup>。而被侮辱者社會評價和主體地位的保障程度，則會受到公然侮辱言論的形式、表意人—被侮辱者間權力關係，以及言論的個案和整體環境脈絡所影響：首先，若表意人採取足以噤聲(silence)被侮辱者、使之無法有效參與溝通程序的心理或物理強制力作為言論形式，此時的公然侮辱言論就僅具有低度價值，應該推定名譽權（主體地位）的保障優先言論自由。另外，表意人和被侮辱者的身分，特別是在公共生活中所扮演的功能角色，以及表意人—被侮辱者間的相對權力地位，則不僅會影響具體情境下的言論價值和被侮辱者的名譽權保障程度，也會決定侮辱言論所蘊含的心理或物理強制力，是否足以妨害被侮辱者有效參與溝通程序，而構成對其平等主體地位的否定。具體來說，如果被侮辱者是公眾甚至政治人物，侮辱言論具有較高的公益論辯貢獻和寒蟬效應風險，所以在與名譽權衝突時會享有言論自由保障優先的推定<sup>44</sup>。反之，如果被侮辱者在整體社會脈絡或具體言論情境中，身處難以有效發聲的結構性弱勢權力地位，就更可能產生否定被侮辱者主體地位的妨害（內部）名譽結果。再者，如果公然侮辱言論是對被侮辱者的言行——例如挑釁言論<sup>45</sup>——的回應(Gegenschlag; counterspeech)<sup>46</sup>，此時被侮辱者應該承擔較高的忍受義務，名譽權的保障程度將會相應降低。而當代整體通訊環境的科技和文化條件<sup>47</sup>，特別是快速、廣泛、互動、匿名、不經事前內容審查的網路通訊條件，可能引發肉搜、霸凌的個案情境，從而更可能認定系爭侮辱言論在具體個案中的心理強制效果，已經達到否定被侮辱者主體地位的程度。然而，不論表意人、被侮辱者的身分及其

<sup>43</sup> Vgl. Höch, in: in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, §21, Rn. 5.

<sup>44</sup> 值得注意的是，德國聯邦憲法法院近年來針對「政治人物名譽權保障過低」的價值判斷進行反省，主張儘管限制（具有妨害名譽結果之）政治言論具有寒蟬效應的風險，但是不限制（具有妨害名譽結果之）政治言論也可能具有防止個人參與公共事務、強化公民政治冷漠等不利於民主論辯的負面影響。參見 BVerfG = NJW 2022, S. 680-684。所以涉及公眾（政治）人物私密領域的誹謗或侮辱言論，可能喪失言論自由保障優先的推定。參見 Christian Schertz, Persönlichkeitsrechte von Politikern, ZUM 2022, 857, S. 858 f.。

<sup>45</sup> 參見後文第肆、二部分。

<sup>46</sup> Vgl. Höch, in: in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, §21, Rn. 11; Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar (2023), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 203.

<sup>47</sup> Vgl. Höch, in: in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, §21, Rn. 3, 5.

相對權力關係，或者具體或整體言論環境為何，在被侮辱者的主體地位（內部名譽）未被否定的情況下，不涉及錯誤事實陳述（誹謗言論）的侮辱言論，理論上較難單純憑藉貶抑性主觀意見，去成功說服第三人受眾降低被侮辱者的社會評價（外部名譽）。所以公然侮辱言論和外部名譽妨害間的因果關係，一般來說不易成立<sup>48</sup>。

值得一提的是，德國聯邦憲法法院主張「偏離議題討論，以貶抑他人為主要目標」的辱罵(Schmähung)或辱罵式批評(Schmähkritik)不受言論自由保障的見解值得商榷<sup>49</sup>。如同前文所述，刑法第 309 條的立法目的是名譽權保障，該條文的適用必須以公然侮辱言論（足以）產生妨害他人名譽的結果為前提。而妨害名譽結果是否發生，取決於憲法對第三人受眾理性判斷的信任程度，以及對被侮辱者主體地位的保障程度。無論公然侮辱言論是多麼地「對人不對事」，只要被侮辱者的主體地位並未遭到否定、社會評價並未受到不當降低，就不應該以刑法第 309 條的刑罰相繩。

## 二、仇恨言論

依循前述論理，針對特定群體（或其特徵）表達貶抑評價的群體侮辱(Kollektivbeleidigung, group libel)或仇恨言論(Hassrede, hate speech)，會（但也只會）在妨害被侮辱群體成員的內部或外部名譽時，構成刑法第 309 條的公然侮辱罪。

由於身分、群體、文化認同屬於一般人格權／人格發展自由的必要成分，貶抑有關個人認同的群體，也可能構成對個人內、外部名譽權的妨害。由於此時受到保障的是——連結至特定群體認同的——名譽權，此時的名譽權主體並非侮辱言論指涉的「群體」，而是被侮辱群體的個別成員。系爭侮辱言論是否產生內、外部名譽的妨害結果，也應該從群體成員的身分、社會與溝通權力地位等具體和整體言論環境來加以判斷<sup>50</sup>。

<sup>48</sup> 例如 2023 年 5 月接連發生的中一中、台大經濟系、台大言論自由月歧視爭議事件，遭到第三人受眾降低社會評價的未必是被歧視者，而可能是表意人。

<sup>49</sup> Vgl. Krause/Himmelreich, Strafrechtlicher Persönlichkeitsrechtsschutz, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch Persönlichkeitsrecht: Presse- und Medienrecht, München: C.H. Beck, (2019), 2. Auflage, §23, Rn. 35.

<sup>50</sup> Vgl. BverfGE 93, 266, S. 299-303.

### 三、挑釁言論

如果「挑釁言論」意指美國聯邦最高法院在 1942 年 *Chaplinsky v. New Hampshire*<sup>51</sup> 判決中所提及的 *fighting words*，該判決對於挑釁言論的定義是：「一出口就會造成損害或可能煽動和平狀態的立即破壞<sup>52</sup>」，主要指涉的是不被受眾接受並會引發立即暴力衝突的言論。由於被侮辱者或第三人受眾以暴力衝突加以回應的情境多元，可能是因為內部名譽遭受妨害，也可能是因為玻璃心碎。為了避免賦予被侮辱者單方面限制言論自由保障的異議者否決權(*heckler's veto*)，直接針對個案，依據內容價值、表意人和被侮辱者身分（關係）、具體和整體言論環境，去判斷系爭公然侮辱言論是否（足以）造成妨害被侮辱者的內、外部名譽的結果，可能是相對單純的認定標準。

### 四、言論意涵的詮釋

值得一提的是，在刑法第 309 條的個案適用上，不僅是妨害名譽結果存在與否，必須觀察具體個案脈絡進行綜合判斷。言論內容意涵(*Bedeutung, meaning*)的詮釋也必須符合具體的言論情境，不得採取偏離脈絡而不利於言論自由的詮釋方式。

### 伍、刑法第 309 條的法律明確性

刑法第 309 條第 1 項規定：「公然侮辱人者，處拘役或九千元以下罰金。」同條第 2 項規定：「以強暴犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或一萬五千元以下罰金。」其中可能存在法律明確性疑慮的不確定法律概念有「公然」、「侮辱」和「強暴」。

依據歷來憲法實務的見解，法律明確性並不要求到法律文義上毫無歧義的程度。但凡從文義、目的、體系的角度來看，得理解法律文義中不確定概念的概念內涵、受規範者得預見其概念外延，且法院得認定並判斷者，就符合法律明確性的要求。而在涉及刑罰規範時，則須符合刑罰明確性要求，從而法律所定的犯罪

<sup>51</sup> 315 U.S. 568 (1942).

<sup>52</sup> 315 U.S. 568 (1942), at 572 (those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace).

構成要件，須使受規範者得以理解，並具預見可能性<sup>53</sup>。

以此標準來檢視妨害名譽與信用罪章中的公然、侮辱和強暴等概念：以「不特定人或多數人得共見共聞之狀況<sup>54</sup>」來定義「公然」、以「不涉及具體事實的貶抑性主觀評價<sup>55</sup>」來定義「侮辱」，以「直接或間接對他人身體施加物理暴力<sup>56</sup>」來定義「強暴」，應該符合法律明確性的要求。

## 陸、結論

1. 刑法第 309 條處罰表意人表達具有妨害他人名譽結果的貶抑性主觀意見，構成對表意人言論自由的干預和限制。
2. 刑法第 309 條是言論結果的限制。除了否定被侮辱者平等主體地位的妨害內部名譽言論，會因為牴觸溝通程序以及言論自由的基礎規則而成為低價值言論，應以寬鬆標準進行審查；其餘公然侮辱言論類型的限制都無法對應到單一特定的審查標準。
3. 刑法第 309 條的立法目的是個人內部及外部名譽權的保障，所處罰的公然侮辱言論也僅限於足以妨害個人內、外部名譽的範圍。
4. 刑法第 309 條的規範合憲性，取決於立法者得否以刑事處罰手段，保障個人的內部名譽免於來自他人貶抑性主觀意見的侵害。
5. 刑法第 309 條的個案適用，應該衡酌具體個案中的言論內容、表意人和被侮辱者的身分及其相對權力地位，以及具體和整體的言論環境脈絡，進行綜合判斷。系爭公然侮辱言論的意涵詮釋，亦同。
6. 足以妨害個人內部名譽的仇恨言論和挑釁言論，該當刑法第 309 條的公然侮辱言論。
7. 刑法第 309 條中「公然」、「侮辱」、「強暴」概念，符合法律明確性要求。

<sup>53</sup> 參見憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決，理由第 52 段。另參見司法院釋字第 432 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 690 號、第 794 號、第 799 號、第 803 號、第 804 號解釋；憲法法庭 112 年憲判字第 5 號判決。

<sup>54</sup> 參見司法院釋字第 145 號解釋，理由書第 1 段。

<sup>55</sup> 參見司法院院字第 2179 號解釋；臺灣高等法院 102 年上易字第 484 號判決。

<sup>56</sup> 參見臺灣高等法院 109 年上易字第 1376 號判決：「對於他人身體為物理力之行使，但並不以該物理力業已接觸該他人之身體為限，凡該物理力之行使，足以獲致貶損他人人格與社會評價。」臺灣高等法院 107 年上易字第 1191 號判決：「對於他人身體直接或間接所施之暴力手段。」