



# 言論自由與名譽保護 ——從釋字第 509 號出發對誹謗 言論不罰之再思考

■ 第 59 期學習司法官 林育賢、段可芳

## 目 次

壹、前言	二、刑法第311條為誹謗罪與侮辱罪之共同阻卻違法事由
貳、大法官釋字第509號解釋及原因 案件概要	三、行為人有相當理由確信其為真實之舉證責任
一、原因案件概要	肆、言論自由與妨害名譽罪之折衝
二、解釋要旨	一、妨害名譽罪之合憲性爭議
參、實務見解對刑法第310條第3項 之詮釋與第311條之連動	二、基本權條款的適用問題
一、大法官釋字第509號解釋對於刑法 第310條第3項之詮釋	伍、結語
	參考文獻

## 壹、前言

在當代民主社會當中，得自由表達言論、意見，乃不可或缺的基本權利，無論是辨明事實，藉由意義溝通來達到人與人間的互動，分享信念並且討論、爭辯公共事務的內涵，對於個人人格開展，或者群體生活乃至於整體社會的運作，溝通表達自由，在在不可或缺。從規範面而言，憲法第 11 條保障

人民有言論、講學、著作及出版之自由，公民與政治權利國際公約第 19 條亦表達相同亦旨。儘管言論自由固然有其正面印象，但在若干情形下，不免會有言論即得為一切內容表達，而有會帶來負面不良影響，小則個人或群體，大則整個社會，都有可能因言論而帶來震撼，在這個意義下，限制言論自由似乎無可避免，至於得否限制、得限制範圍為何、如何限制，厥為問題。

在前述背景下，本文所關切的問題，在於當代社會個人人格開展，與言論之間的衝突。一方面，個人在當代憲政國家，享有人性尊嚴或人格尊嚴，即可以對外表示受人尊重而不受貶損規範地位，然而言論的自由行使，卻可能在個案當中，干擾個人外在評價，進而帶來地位、評價的下滑，作為公民也因為無法享有平等地位，不僅可能造成拘束個人外在行動的不良後果，同時在若干情形，將造成偏見或固有歧視的深化，例如對於特定種族、性別特徵，恣意謾罵，會危及平等甚至攻擊到個別人格的完整性<sup>1</sup>。另一方面，表達意見的後果可能是帶來虛假，可能是揭露真相，這當中會對特定人挪動固有評價，被揭露的對象或被評價、攻訐的對象，可能因而名譽或社會地位下滑<sup>2</sup>，也因為這種真相揭露過程，在意見表達的過程會促成公眾釐清潛在社會問題，例如揭露官員參與不法公共工程的弊端，進而使人們知悉，促進公眾知的利益與擔保真相得以展現。

為了思考這一問題，本文將以大

法官釋字第 509 號解釋及相關實務見解為題材，探究言論自由與名譽保護之間的緊張關係。

## 貳、大法官釋字第 509 號解釋及原因案件概要

### 一、原因案件概要

大法官釋字第 509 號解釋的原因案件，係涉及商業周刊之記者以寫文章方式報導公眾人物之特定事項，針對當時新任交通部長蔡兆陽，為文報導標題為「蔡兆陽搶走王志剛的公關愛將」一文，評論被害人氣量狹小、趕盡殺絕、刻薄寡恩，具體指摘被害人連發五份新聞稿，羞辱林崇一等內容，並將上開內容刊登在第 467 期商業週刊。由被害人即新聞報導內容所指涉時任的交通部長蔡兆陽自行提出自訴，將當時商業週刊總編輯黃鴻仁、真實姓名不詳（筆名為秦漢硯）的作者列為被告，提出自訴，同時也針對同一期的另一篇「蔡兆陽大肆裝潢引起非議」報導被害人花費公家預算 278 萬裝潢官舍之不實報導，對撰

<sup>1</sup> 本文以下討論的前提，係將名譽界定在外在、社會面向的名譽為適格保護對象，至於文獻當中所提到的內在名譽或主觀名譽，其正當性缺陷暫時不再討論範圍。相關討論僅參照 Vgl. NK-Zaczyk, Vor § 185, Rn. 1.; 佐伯仁志，プライバシーと名譽の保護(1)—主に刑法の観点から—，《法学協會雜誌》，1984 年，101 卷 7 号，頁 988-991；丸山雅夫，名譽として侮辱罪，《南山法学》，2018 年，41 卷 2 号，70-72 頁。

<sup>2</sup> 至於法人組織是否屬於妨害名譽罪章的適用對象，容須另文討論，既有討論，請參考許澤天，《刑法各論（一）》，2017 年 9 月，新學林，初版，253 頁。



文之記者林瑩秋及總編輯黃鴻仁，提出自訴。

經臺灣高等法院以 86 年度上易字第 2617 號刑事確定終局判決，確認前述行為構成誹謗罪，判決主要持四點理由認有刑法第 310 條之誹謗犯行：

1. 林瑩秋雖抗辯有善盡查證義務，並無不實，但經過法院為證據調查後，確無報載內容所強調的 278 萬之鉅額，不過僅 28 萬的裝修費用，同時報導所根據之立委質詢內容，並向該立委之國會助理探聽而得來的消息，該立委助理均無正面指出蔡兆陽即為質詢時所指部長，上開查證均無法在客觀上作為支持報載內容的依據。
2. 林瑩秋並未詳加查證，亦未向交通部或相關單位詢問，直接認定蔡兆陽即為花費 278 萬元裝修宿舍之部長，不構成刑法第 311 條第 4 款之善意言論。
3. 就秦漢硯撰寫報導部分，經法院調查證據結果認定既沒有自訴人並無如報導內容一連發布五份新聞稿，也僅就高鐵籌備部長可能有的疏失，在交通部例行會報告後發新聞稿，同時也缺乏其他事實佐證有上述報導所呈現的不良公眾形象，並非善意評論。
4. 黃鴻仁身為總編輯，雖然抗辯刊行

當時出國，由他人代為審核，但法院認為總編輯不可能毫無閱讀就加以刊載，因此也論列共同正犯。兩人皆有查證義務，但卻並未詳細查證下，而報導該刊物。

法院作出上述論斷，主要係出於對刑法第 310 條之詮釋，固然新聞記者應受到憲法第 11 條之保障，不過若涉其隱私權保護，報導內容應出於善意言論而與公共事務相關，如果所依據之資料，未詳盡查證登載，僅涉及私德或雖與公益相關，但不能證明其真實者，仍應負起刑事責任。

## 二、解釋要旨

針對上述案件，前述被告執該確定判決聲請釋憲，並作成大法官釋字第 509 號解釋，該解釋主要可區分成兩個區塊，首先在大法官確認刑法第 310 條之誹謗罪，顧及個人名譽、隱私及公共利益保護，仍得以據為限制言論自由之依據。解釋理由書第一段指出，兼顧考量「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，誹謗罪除罪化並非唯一一種合乎比例原則的方式，動用刑罰用以避免行為人透過民事責任即可卸責。

其次是合憲性解釋，就刑法第 310 條第 3 項前段規定：「對於所誹謗之

事，能證明其為真實者，不罰」的解釋，解釋文則說明，雖然行為人不能證明言論為真實，如依據所提證據資料，有相當理由確信其為真實，即可排除可罰性。這一見解將文義上所呈現的言論內容之客觀真實，解讀成行為人確信之主觀真實。

至於能證明為真實之舉證責任，大法官強調並不因第 3 項規定而有所差異，檢察官或自訴人仍應盡舉證責任，或屬於法院澄清義務的射程內，行為人並不負舉證為真實之責，亦即，檢察官與自訴人依法仍應先負有證明行為人所傳述事項為虛假或是僅涉私德而與公益無關之客觀事實，而具有毀損他人名譽之主觀故意的舉證責任，在大法官釋字第 509 號解釋後，舉證責任不變，只是行為人對所傳述之內容僅需證明至有相當理由信其為真即可例外不罰。

## 參、實務見解對刑法第 310 條第 3 項之詮釋與第 311 條之連動

### 一、大法官釋字第 509 號解釋對於刑法第 310 條第 3 項之詮釋

按我國對於新聞自由之保障，自大法官釋字第 364 號解釋以降，揭示言論自由為民主憲政之基礎。廣播電視係人民表達思想與言論之重要媒體，可藉

以反映公意強化民主，啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，其以廣播及電視方式表達言論之自由，為憲法第 11 條所保障之範圍。但是廣播及電視方式表達似不包括所有採訪的行為方式，至於學理上所謂「接近使用傳播媒體」之權利（the right of access to the media），指的是一般民眾得依一定條件，要求傳播媒體提供版面或時間，許其行使表達意見之權利而言，以促進媒體報導或評論之確實、公正。例如，媒體之報導或評論有錯誤而侵害他人之權利者，受害人即可要求媒體允許其更正或答辯，以資補救。而大法官釋字第 364 號解釋更認為廣播電視舉辦公職候選人之政見辯論，於民主政治品質之提昇，有所裨益，因此也是接近使用傳播媒體之權利，細譯該則解釋，所揭示的是「以廣播及電視方式表達言論」，因此是否就當然指的是新聞自由，學說上也有不同意見。不過從文義上來說，尚無法涵蓋於新聞採訪之行為，因為上開解釋主要係從一般人民的角度出發，而非從新聞記者的角度出發。大法官釋字第 509 號解釋也僅有在理由書中提及限制言論自由之手段究應採用民事賠償抑或兼採刑事處罰，應綜合考量國民守法精神、對他人權利尊重之態度、現行民事賠償制度之功能，並提及「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，本號解釋並未針對媒體之採訪行為進一步論述。

直到大法官釋字第 689 號解釋的出現，揭示：「為確保新聞媒體能提供具新聞價值之多元資訊，促進資訊充分流通，滿足人民知的權利，形成公共意見與達成公共監督，以維持民主多元社會正常發展，新聞自由乃不可或缺之機制，應受憲法第 11 條所保障。新聞採訪行為則為提供新聞報導內容所不可或缺之資訊蒐集、查證行為，自應為新聞自由所保障之範疇。又新聞自由所保障之新聞採訪自由並非僅保障隸屬於新聞機構之新聞記者之採訪行為，亦保障一般人為提供具新聞價值之資訊於眾，或為促進公共事務討論以監督政府，而從事之新聞採訪行為。惟新聞採訪自由亦非絕對，國家於不違反憲法第二十三條之範圍內，自得以法律或法律明確授權之命令予以適當之限制。」至本號解釋為止，才正式從新聞記者角度出發正面論述記者之採訪自由，首先為確保新聞媒體能提供多元資訊，為民主社會所不

可或缺之機制，確立為憲法第 11 條所保障，具體而言，並不需要限於是出版自由，而應該是一種廣義之言論自由，因此沒有必要硬是區分為第 11 條之言論自由或是出版自由。另外，言論自由為人民之基本權利，為使言論能經由自由市場機制，而使真理越辯越明，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。因此縱然是誹謗性言論皆應受憲法第 11 條所保障<sup>3</sup>。因此，新聞記者的採訪行為、編輯行為、報導行為，均受我國憲法所保障，應無疑義。

但是新聞記者的採訪、報導，內容上可能涉及個別人、事、物，有可能是具體指摘個別內容，也可能是對被報導人之概括評價，報導之結果可能涉及到被報導人之個別名譽權的保障，過程中為了新聞素材的採集，所進行的蒐集行為也會限制到被採訪人的一般行為自由<sup>4</sup>。刑法第 310 條第 3 項即是大法官釋字第 509 號解釋對於新聞自由與名譽權保障的權衡下，採取了真實惡意原

<sup>3</sup> 大法官釋字第 509 號解釋吳庚大法官協同意見書：「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。」對於誹謗性言論之言論自由干預界線有所說明，亦足供參考。

<sup>4</sup> 參見大法官解釋第 689 號解釋理由書第 5 段。

則的判斷，以求新聞自由與名譽權保障的平衡。這也是吳庚大法官於該號解釋之協同意見書所特別強調：「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」。也就是說，其實刑法第 310 條第 3 項正是在進行行為人之言論自由與第三人之名譽權之比較衡量，視哪一方的法益，較為值得保護<sup>5</sup>。因此在立法規定上，也就會特別強調言論自由必須帶有公益性色彩，純涉及私德事項無法阻卻侵害他人名譽之違法性<sup>6</sup>，白話一點來說，就是抱持著八卦心態傳述純粹涉及被害人的私德事項，縱然是事實，已經足以毀損他人名譽，也沒有保護之必要，此立法精神在於保障私生活、私人之德行事項，不被攤在陽光下遭受撻伐、檢視，縱然為真實，由於與公益無關，言論自由就應向名譽權與隱私權退讓。例如，某甲酗酒，但酗酒後每每呼呼大睡，對他人並無妨礙，只是每個月每天的休閒娛樂，某乙即不得登報公開傳述某甲酗酒。然而，是否與公共利益

有關，也須視被害人之身分、職業、社會地位綜合考量，如果某甲是總統或機關首長，酗酒無度即與公共利益有關<sup>7</sup>，行為人如能證明有相當理由信其為真，即可不罰。

在大法官釋字第 509 號解釋作成之前，實務對於刑法第 310 條第 3 項之詮釋，多以客觀真實來阻卻誹謗罪之成立。誹謗罪之構成要件包括須意圖散布於眾、須在指摘或傳述之行為、所指摘或傳述者，足以毀損他人名譽。性質上為抽象危險犯，實際上他人之社會及規範評價是否受損，並非所問<sup>8</sup>。而關於指摘或傳述的內容，不問是否為真實或虛偽之事實，只須足以毀損他人之社會評價，均包括在內<sup>9</sup>。而刑法第 310 條第 3 項規定對於所誹謗之事，規定：「能證明其為真實者，不罰」。若跟同條第 1 項相互參照，誹謗罪構成要件僅須以指摘或傳述足以毀損他人名譽之事實即該當，而不論真實與否，是一種例外不罰的規定。學說上，有認為基於憲法對於言論自由的保障，原則上所

<sup>5</sup> 張麗卿，刑法對誹謗言論的合理規制，《臺大法學論叢》，2016 年 12 月，45 卷 4 期，2005 頁。

<sup>6</sup> 值得比較的是，大法官釋字第 689 號解釋對於採訪行為造成他人隱私的侵害時，其判定是否屬於合理期待，訴諸抽象的「社會通念」，參見大法官釋字第 689 號解釋理由書第 7 段。學說認為，刑法解釋論上，這仍無法妥適解決採訪行為干涉隱私的合法界限。參見許恆達，新聞自由與記者的侵犯隱私行為：以業務上正當行為的解釋為中心，《臺大法學論叢》，2017 年 6 月，46 卷 2 期，592 頁。

<sup>7</sup> 甘添貴，《刑法分則（上）》，三民，2016 年 1 月，四版，171 頁。

<sup>8</sup> vgl. Rengier, Strafrecht BT II, 14 Aufl., 2013, § 29, Rn. 11. 許澤天，同前註 2，271 頁。

<sup>9</sup> 甘添貴，同前註 7，168 頁。



傳述之事若為真實、或是僅涉私德但與公益相關之事實，即不具有違法性，所以是阻卻違法事由，欠缺實質違法性。但也有認為本條項規定是一個客觀可罰性條件，主要理由在於刑法第 310 條第 3 項是在限縮誹謗罪之可罰性範圍，也就是以言論事實陳述的「真實性」以及「公共利益關連性」作為可罰的兩項標準，如果行為人所為的事實陳述係真實且與公共利益相關時，基於此際言論自由之保護應優先於人格名譽權益維護之價值權衡，則排除於誹謗罪之處罰範圍外<sup>10</sup>。

對此，本文認為，客觀可罰性條件指的是在構成要件、違法性、有責性之外，另外之條件成就行為始具有需刑罰性 (Strafbedürftigkeit)，而行為人的主觀認識此條件存在與否並不重要，在大法官釋字第 509 號解釋作成前，刑法第 310 條規定之立法理由表示：「…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，可為極矣，

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。…」由此來看，本條規定係參考在民國 24 年 1 月 1 日修訂刑法時之日本與德國法以外之他國法<sup>11</sup>，認為：「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…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…」而為本條規定，可見從立法理由來解釋，本條項規定純粹以客觀真實與否的認定為準，以限縮刑罰權之範圍，因此，若依照當時立法理由，解釋為客觀可罰性條件，似乎無太大窒礙。惟於大法官釋字第 509 號解釋作成後，將本條項解為：「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」，藉由美國法上的真實惡意原則<sup>12</sup>，判定是否不能證明為真實，取

<sup>10</sup> 參見大法官釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官之協同意見書；林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明—兼評大法官釋字第 509 號解釋，《臺大法學論叢》，2003 年 3 月，第 32 卷第 2 期，81-82 頁。

<sup>11</sup> 至今為止，德國通說仍認為不能證明真實條款，屬於客觀可罰性條件，vgl. Rengier, (Fn. 8), § 29, Rn. 10. 相較於此日本學說的發展則較多變貌，就此學說概況，僅參見松宮孝明，《刑法各論講義》，2016 年，成文堂，4 版，160-165 頁。

<sup>12</sup> 真實惡意原則源自於 New York Times, Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964) 的見解，涉及與公務員相關的侵害名譽之侵權訴訟事件，美國最高法院在判決強調，原告必須證明原告被訴報導出版者有真實惡意 (actual malice)，必須要明知其陳述為不實 (with knowledge of its falsity) 或輕率漠視其陳述是否真實 (with reckless disregard of whether it was true or false)。關於美國刑事事實務援引真實惡意原則之情形，參見佐伯仁志，プライヴァシーと名譽の保護—主に刑法的観点から(4)-4 完—，《法學協會雜誌》，1984 年，101 卷 11 号，1714-1715 頁。

決於行為人主觀上，依照其所掌握或可得掌握之資料判斷是否有相當理由信其為真，如果沒有盡查證義務，而實際上確實也是虛偽之事實（無法證明為客觀真實之事），不管是一般人或是新聞記者、文字工作者，均會該當主觀誹謗之真實惡意，也就不能適用不罰之規定，逸脫原立法理由明示的判斷方法，這時低價值的誹謗性言論相較於被害人之名譽權保障並不值得保護，結果上雖然同樣也是限縮刑罰之可罰性範圍，但是立論基點混雜了行為人之主觀認識，並非單純的客觀可罰性條件，既然大法官顧慮到第 3 項用以處理、權衡法益衝突，則定位為客觀可罰性條件不免宣示真實與否與名譽保護無關，真實於否僅存在政策性考量，不甚合理，固然可能擴大名譽權之保護，但難以解決與責任原則間的緊張關係<sup>13</sup>，因此，本文認為，若慎重釐清大法官的意旨，將第 3 項解釋為阻卻違法事由較為合理<sup>14</sup>。

那麼，大法官見解所強調的真實

惡意應當如何理解？實務見解對於主觀真實之確信，認為係阻卻故意。如果是阻卻故意，在思考上有兩種可能，第一種可能是阻卻構成要件故意，但這種說法必須以構成要件僅規範非真實事實指摘為前提<sup>15</sup>，顯然與第 3 項但書將涉及私德或無關公益事項維持可罰性的態度不符；第二種可能則是阻卻故意責任，既然證明為真實的效果，是阻卻違法，行為人主觀上誤信為真實，並非誤解傳述指摘不實屬於法所容許，而是強調確信自己所掌握的資料係屬真實，即便客觀上行為人所指摘之事實不真實，如果行為人有此誤信也會欠缺故意，這一欠缺故意係阻卻違法事由之錯誤，即容許構成要件錯誤，其法律效果依照目前主流看法，應係阻卻故意責任<sup>16</sup>。

## 二、刑法第 311 條為誹謗罪與侮辱罪之共同阻卻違法事由

刑法第 310 條第 1 項規定，意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪。體例上，誹謗

<sup>13</sup> 亦參見松原芳博，名譽毀損罪（刑法各論の考え方 9）（ロー・クラス），《法学セミナー》，2012 年 7 月，125 頁。在這個意義下，值得思考的是客觀可罰性條件是否能夠進一步分析出與不法相關（unrechtsrelevante）或不法中性（unrechtsneutrale）的可罰條件？相關討論與分析，Vgl. Beckemper, Die Funktion der objektiven Bedingung der Strafbarkeit: Einschränkung auf strafbedürftige Fälle oder Verstoß gegen das Schuldprinzip?, ZIS, 10/2018, S. 394-402.

<sup>14</sup> 張麗卿，同前註 5，2006 頁。

<sup>15</sup> 如此主張者，如許家馨，釋字五 0 九號解釋應否適用於民事案件？——為最高法院新新聞案判決翻案》，《月旦法學雜誌》，2006 年 5 月，第 132 期，頁 116。

<sup>16</sup> 相同看法：松宮孝明，同前註 10，頁 166。





罪是置於刑法分則第 27 章妨害名譽及信用罪章，本章犯罪類型有第 309 條之公然侮辱罪、第 310 條之誹謗罪、第 312 條之妨害死者名譽罪及第 313 條妨害信用罪。其中公然侮辱罪與誹謗罪時常併同在案例事實中出現，尤其是新聞記者之報導，蓋新聞媒體之功能即在監督各種社會及政治活動，時常於報導中對於特定事實夾敘夾議，例如揭發某弊案、公眾人物之婚外情，通常伴隨報章作者的主觀評論。因此誹謗罪與侮辱罪常見於同一案例事實。惟實務上，對於該二罪之適用範圍，以具體事實指摘或是意見表達作為區別刑法第 309 條公然侮辱罪、第 310 條誹謗罪之標準，然而個案上事實與意見往往時相牽連<sup>17</sup>。

學說上則有從「名譽」內涵加以區分，認為名譽有事實名譽、規範名譽、主觀名譽，誹謗罪是以社會名譽、規範名譽為其保護法益，空泛地謾罵他人「瘋子、神經病、智障」等，並不會影響他人社會評價，也不足以影響他人社會上一般人正當認識與尊重之社會地位或狀態，至多使他人感到不快或難堪，影響他人之主觀感受或反應，因此侮辱罪保護的是主觀名譽<sup>18</sup>。故吳庚大

法官在大法官釋字第 509 號解釋之協同意見書中即指出「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 311 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」，進而認為只有事實陳述的部分始有大法官釋字第 509 號解釋相當理由信其為真實的意旨的適用，且刑法第 311 條一般認為僅只是誹謗罪之特別阻卻違法事由，不包括侮辱罪。

惟本文認為，事實及評論既屬整體言論，要強為分割哪個部分為事實、哪個部分為評論，事實部分始有刑法第 311 條適用，似乎並不符合第 311 條之立法精神，從文義上來看，刑法第 311 條第 3 款規定「可受公評之事，而為適當之評論」，對於前段「可受公評之事」指的是具體事實，後段「而為適當之評論」指的是對於這個事實，依照一般經驗，評論是指個人對於某人、或是發生之事、物所為的個人意見表達，帶有個人評價，從實務上的分類，涉及

<sup>17</sup> 質疑第 309 條與第 310 條的區分是事實指摘，進而認為第 309 條亦有真實性判斷的問題者，徐育安，公然侮辱與事實指摘，《月旦法學教室》，2015 年 7 月，153 期，28-29 頁。

<sup>18</sup> 甘添貴，同前註 7，160 頁。

到的應是侮辱罪的問題。因此，刑法第 311 條所規定的阻卻違法事由，應是廣義的妨害名譽罪均可適用的阻卻違法事由<sup>19</sup>。因為妨害名譽罪正是應該進行第三人間憲法上言論自由、表現自由與名譽權間之利益衡量所設，從立法目的來看「…本條酌採多數國立法例，規定本條，庶於保護名譽及言論自由兩者折衷，以求適當。」，並依照用語之文義及通常使用方式，參酌立法精神是保障名譽權與言論自由之折衝、現今社會對言論自由愈發重視<sup>20</sup>，在現代新聞報導往往不單就事實描述，而伴隨意見評論之表達，縱然用語尖酸刻薄，仍得以更高價值之監督社會言論自由功能的考量下阻卻違法，因此意見評論既為上開條文文義所涵括，僅依文義解釋即可獲致，無須以目的性擴張之解釋方法。

學說上亦有採取此見解者<sup>21</sup>，認為刑法第 311 條規定在第 310 誹謗罪、309 條侮辱罪之後，並未限定於誹謗罪，行為人基於善意所發表之言論，可能有抽象之言語或具體之動作。例如，大法官釋字第 509 號解釋之原因案件撰文記者報導某行政首長的某件

「事情」，並評論其「氣量狹小、趕盡殺絕、刻薄寡恩」<sup>22</sup>。如果該不實之事情得以刑法第 310 條第 3 項被認為具有相當理由信其為真實而不成立犯罪，則涉及到意見表達之「氣量狹小、趕盡殺絕、刻薄寡恩」等語，按照被害人之身分地位為公眾人物，以及用語上係針對被害人之行為所為評論，尚屬適當時，應得適用刑法第 311 條第 3 款規定阻卻公然侮辱罪之違法性，體系上始不致矛盾。

實務見解亦有認為刑法第 311 條得作為侮辱罪及誹謗罪之共同阻卻違法事由，如臺灣高等法院 102 年度上易字第 484 號刑事判決【道口燒雞案】，案例事實為行為人因友人甲與甲之胞兄乙爆發遺產糾紛涉訟，行為人竟基於公然侮辱之犯意，於民國 100 年 3 月 13 日 12 時 34 分許及同年月 14 日 15 時 59 分許，分別甲所有之電腦設備及門號手機連結網際網路，連線至痞客邦部落格網站，針對標題為：「賈家道口燒雞爆爭產，兄妹反目成仇」之新聞報導內容，報導內容為：「臺中名產之一，賈霸賈家道口燒雞爆出子女爭遺產風波，

<sup>19</sup> 盧映潔，《刑法分則新論》，新學林，2018 年 9 月，十四版，頁 616-617。

<sup>20</sup> 楊仁壽，《法學方法論》，三民，2016 年 5 月，190 頁。

<sup>21</sup> 許澤天，同前註 2，252 頁。

<sup>22</sup> 臺灣高等法院 86 年度上易字第 2617 號判決。



根據自由時報報導，第二代三兄妹中的二弟，懷疑大哥趁母親生病盜領母親千萬存款，還將老店占為己有，於是連同妹妹控告大哥竊盜。大哥乙則解釋，為支付母親醫藥費才領出母親存款，包括母親 97 年在上海就醫，後來搭醫療專機返台，共花了 197 萬元，都是由他先支付，乙表示，遺憾手足之情搞到如此難堪，但如果他獲法院不起訴處分，會考慮反控弟妹誣告」之新聞報導內容，行為人署名「金融界」及「Amy」之暱稱，發表乙係「金融界之恥」、「不要臉」等足以貶損乙名譽之文字。在此案例之中，涉及的是公然侮辱，承審法院在本案就公然侮辱罪之部分認為仍有刑法第 311 條第 3 款之適用。

承審法院首先針對刑法第 310 條第 3 項作以論述，並表示由於事實與意見表達是流動的，如果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，即應考慮事實的真偽問題。換言之，此時不能將評論自事實抽離，而不論事實之真實與否，逕以「評論」粗俗不堪，論以公然侮辱。否則屬於事實陳述之言論因符合刑法第 310 條第 3 項之要件而不罰，基於該事實陳述而為之意見表達，反因所為用語損及名譽而受處罰，似乎有違平等，如果事實陳述言論因符合刑法第 310 條第 3 項要件而不罰時，但是基於

該事實而為的意見陳述，反因採用的詞彙損及被害人名譽，而受刑法第 309 條之處罰，理論上有違事理之平。由於刑法第 311 條第 3 款與公然侮辱罪規定在同一章，同屬妨害名譽言論類型，亦應適用於公然侮辱罪。而所謂「可受公評之事」，係指依該事實之性質，在客觀上係可接受公眾評論者，如國家或地方之政事、政治人物之言行、公務員執行職務之行為、與公共安全、社會秩序、公眾利益有關之事件等。又所謂「適當之評論」，指個人基於其價值判斷，提出其主觀之評論意見，至於評論所用之語言、文字是否適當，並非一概而論，而應斟酌被告為此言論之心態、當時客觀之情狀、該語言、文字與評論之對象間是否有合理連結為斷。又本條免罰事由之前提，須「以善意發表言論」，然對人主觀之評論意見，除了正面之評價外，負面的評價亦所在多有，對被評論人而言，如認為該負面的評價使其名譽受損，自難認為評論之人係善意發表言論，故所謂「善意」與否自非以被評論人名譽是否受損、評論人是否意在使被評論人名譽受損為判斷之依據，而仍應以其評論客觀上是否適當為判斷之依據。如評論人係對被評論人之言行為適當合理之評論，縱其意在使被評論人接受此負面評價，亦難認係非善意發表言論；反之，評論人之評論並非合理適

當，超過社會一般大眾可接受之程度，足認其非善意發表言論，如該言論又係公然為之，自成立公然侮辱罪<sup>23</sup>。也就是認為刑法第 311 條第 3 款之判斷標準是以客觀上是否適當為判斷之依據，以是否為社會一般大眾可接受之程度為斷，來認定是否構成公然侮辱罪，並認同刑法第 311 條於公然侮辱罪有適用。

### 三、行為人有相當理由確信其為真實之舉證責任

#### (一) 大法官釋字第 509 號解釋原因案件之舉證責任

實務上，以往多採取由被告自己證明所指摘或傳述內容是否為真實，無異是舉證責任倒置在被告身上，有違刑事法上被告不自證己罪之基本原則，如大法官釋字第 509 號解釋之原因案件，即原判決為臺灣高等法院 86 年度上易字 2617 號，就採取由被告證明所報導內容是否為真之論述方式，法院先是詳細為證據調查。查明自訴人裝潢宿舍費用花費 28 萬 6993 元，以證人證述、裝潢公司出具統一發票、估價單及交通部支出憑證粘存單、零星修繕請修單為據，並再查自訴人並未添置任何其他家具而積極認定報導所指摘自訴人花費公帑 278 萬元裝潢宿舍為虛偽事實。由於被告無法提出事證說明所報導內容為

客觀真實，則不得免責。甚至對於被告舉證說明其查證過程，亦無法推斷出報導內容之客觀真實性而認為不符合刑法第 310 條第 3 項規定，等於是要求被告須積極舉證報導內容為客觀真實。在大法官釋字第 509 號解釋作成前，對於行為人是否有誹謗罪之真實惡意，並未放在刑法第 310 條第 3 項之層次論述，反而常見於刑法第 311 條之「善意」言論的架構下討論，例如原因案件即認為因為消息來源之立委助理明確告知不予公開質詢內容所指首長之姓名，被告未向自訴人或交通部總務司查詢，未詳實查證，即自行懸揣認定該新任首長必為自訴人，而由被告撰文，刊登關於自訴人大手筆花費 278 萬公帑整修宿舍之文字，因而認定報導內容已逸出原質詢記事範圍，並無實據而隨意增捏 278 萬公帑裝潢宿舍情事，而為出於惡意之言論，不得阻卻其行為責任。而在大法官釋字第 509 號解釋作成後，原因案件之更一審判決仍將證明報導內容為真之舉證責任歸於被告，因此被最高法院指摘而撤銷，主要理由則是認為更一審並未遵守大法官釋字第 509 號解釋之意旨，將舉證責任歸於被告，已違反了大法官釋字第 509 號解釋之意旨，依該解釋意旨，行為人之舉證責任將有相當程度

<sup>23</sup> 臺灣高等法院 102 年度上易字第 484 號刑事判決。



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杜撰外，檢察官、自訴人應負證明行為人之言論係屬虛妄而故意毀損他人名譽之舉證責任，法院亦應負行為人有無相當理由確信其言論為真實之發現義務，始屬相當。最高法院認為原確定判決所採用之事證僅能說明被告撰文刊載之內容，與原審求證結果不能證明為真實，卻未對於被告有向消息來源求證之外，也進一步至被害人所住之大樓向主委求證經過，這些證據資料是否已經達於相當理由確信報導內容為真作交代，也就是沒有進一步針對大法官釋字第 509 號解釋所提出之「真實惡意」原則，為進一步調查審認，並且將刑法第 310 條證明真實之舉證責任，依然推由被告等負擔，因為原判決仍出現以「並無實據…虛指自訴人花費 278 萬公帑整修宿舍」認定被告為惡意誹謗自訴人名譽，置自訴人之舉證責任（此指積極證明被告明知所述事項不實仍惡意傳播之誹謗故意、與公益無關之不實事實而足以毀損他人名譽）於不顧，是適用法令違誤，而撤銷原判決發回高等法院。

## （二）大法官釋字第 509 號解釋之後的實務動向

大法官釋字第 509 號解釋之所以重要，除了如上述改變以往實務對於刑

法第 310 條第 3 項的判斷標準外，並進一步釐清控方之舉證責任。大法官釋字第 509 號解釋之前，實務見解多將「能證明其為真實者」的舉證責任歸由行為人負擔，不免有違反不自證己罪原則的疑慮。因此，大法官釋字第 509 號解釋認為，行為人只要舉證證明至有相當理由信其為真，則可以證明不具有故意毀損他人名譽之真實惡意，從而不會以誹謗罪處罰。但是這並不表示檢察官或自訴人不需負行為人構成誹謗罪犯罪事實之舉證責任。蓋依刑事訴訟法第 161 條第 1 項規定，檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，此為檢察官所負之實質舉證責任，為貫徹無罪推定原則，檢察官應負實質之舉證責任，而在提出證明之方法部分，為使法官形成確信犯罪事實存在之心證，包括指出調查之途徑、與待證事實之關聯性、證據之證明力等事項，除提出證據使法院對於被告是否成立犯罪事實有合理之可疑的形式舉證責任外，要更積極地舉證，負有說服法院形成確信之心證。又自訴人原則上除了刑事訴訟法上關於自訴的特別規定外，亦有適用關於公訴人舉證責任之規定，體例上，刑事訴訟法第 161 條、第 163 條規定在總則篇之證據章，於自訴程序原則上應有適用，此可參見 100 年第 4 次刑事庭會議決議，及公民與政治權利國際公約第

14 條揭櫫之無罪推定原則、被告不自證己罪原則<sup>24</sup>。

故大法官釋字第 509 號解釋於解釋文中明示：「至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」並且進一步認為：「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。」基此，檢察官與自訴人之實質舉證責任並未因刑法第 310 條第 3 項規定而免除，檢察官、自訴人負有證明行為人犯誹謗罪之構成要件該當之舉證責任，包括須意圖散布於眾、須在指摘或傳述之行為、所指摘或傳述者，足以毀損他人名譽等構成要件。由於誹謗罪在性質上為抽象危險犯，實際上他人之社會及規範評價是否受損，並非所問。而關於指摘或傳述的內容，不問是否為真實或虛偽之事實，只須足以毀損他人之

社會評價，均包括在內<sup>25</sup>。

實務見解對於相當理由信其為真之操作，除了被害人本身是否為公眾人物外，也會區分被告之身分，例如是記者或是一般人民而區別不同之查證義務，例如最高法院 106 年度台上字第 212 號判決，指出行為人就其所指摘或傳述之事，應盡何種程度之查證義務，始能認其有相當理由確信其為真實，而屬善意發表言論，應參酌行為人之動機、目的及所發表言論之散布力、影響力而為觀察，如僅為茶餘飯後閒談聊天者，如三五好友閒聊，難因此就課予較高之查證義務，但是如果利用記者會、出版品、網路傳播等方式，而具有相當影響力者，因為所利用之傳播方式，散布力較為強大，依一般社會經驗，其在發表言論之前，即應經過善意篩選，賦予較高之查證義務，始能謂其於發表言論之時並非惡意。因此上開判決認為透過媒體、出版業發表言論，查證義務就會加重，因為此時行為人已經屬於有較高能力可以為查證之人，所以查證義務，會隨著影響範圍、所使用媒介而有不同要求。在現代網路發達的社會透過社群網路發表言論，查證義務是

<sup>24</sup> 公民與政治權利國際公約第 14 條「二、受刑事控告之人，未經依法確定有罪以前，應假定其無罪。三、審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：…（七）不得強迫被告自供或認罪。」

<sup>25</sup> 甘添貴，同前註 7，168 頁。



否會如上開判決所揭示課予行為人較高的查證義務，似有疑義，因為一般人透過網路社群發表言論已屬常態，在並非透過網路媒體平台或是部落格發表之情形下，僅在自己的網路平台，例如私人 facebook，而只限於朋友有權限閱覽，仍應視同一般人的查證義務，而無提高之必要，因為事實上為此言論者多為一般民眾，當然如果發表言論之人是媒體工作者，而有一定能力做進一步查證，縱然在自己的私人網路中發表言論，也應該認為查證義務較一般人為高。

然而要強調的是，不論被告身分為媒體工作者或是一般人民，舉證責任均由檢察官或自訴人負擔。以大法官釋字第 509 號解釋原因案件來說，更二審即以被告報導之來源源於立法院院會議之理委質詢時提出的內容、以立法院會議紀錄、決定追查質詢內容所指涉當時的交通部長、並 3 次電詢該質詢立委助理、以記者採訪方式常用之「剔除法」、詢問自訴人當時所住的大樓住戶求證，認定被告因立法委員之質詢而決定追查報導，並以剔除法向立委助理求證，證人即該立委助理於被告唸至自訴人時，確有哈哈大笑之行為，以及向自訴人當時居住之大樓住戶查證時，指出應該是指自訴人，從而認為縱然被告雖不能證明言論內容為真實，但依其所提之前開證據資料，足認被告當時有相當

理由確信其為真實者，尚不能以誹謗罪之刑責相繩，應為不罰，而決定刊登之共同被告（周刊總編輯）亦應為不罰。

媒體報導除刑法第 310 條誹謗罪也時常伴隨公然侮辱罪，已如前述，既然刑法第 311 條之阻卻違法事由同屬侮辱罪之共同阻卻違法事由，處理涉及妨害名譽性質之言論，除需考量前述「真實惡意原則」外，尚須審酌「合理評論原則」，相當於我國刑法第 311 條第 3 款所規定之以善意發表言論，對可受公評之事為適當之評論者得以免除刑責。因為該原則所保護者為「意見或評論的陳述」，也是涉及憲法上言論自由與名譽權之基本權利衡量，因此對於妨害名譽罪章之刑法第 309 條公然侮辱罪、第 311 條誹謗罪均有適用餘地。

### （三）將隱私權與妨害名譽脫鉤？

刑法第 310 條第 1 項與第 3 項前段合起來觀察，可以得出如果所傳述之事是以往司法院大法官釋字第 509 號解釋作成前可以反證為客觀真實之事時，則並未侵害名譽權。另有想法更進一步認為，由於刑法第 310 條第 1 項明文規定行為需以「足以毀損他人名譽之事」為要件，那麼，確認「該他人名譽」的原始狀態、亦即「該他人依照其客觀所作所為理應享有的社會評價」的原始狀態究竟為何，毋寧是判斷是否「足以被行為人的行為所毀損（是降低或只是維



持原狀)」的關鍵前提。從此想法出發的話，將會導出誹謗罪需以「行為人所指摘傳述者與客觀真實不符」為構成要件的結論<sup>26</sup>。

本文認為這個想法隱含既然是被害人自己做的行為，因行為人指摘而傳述於眾，也是自己所應承受的結果，這個時候言論自由相較起「傳述真的發生的事情」就沒有名譽權的侵害問題。但是，若將第 3 項但書對照來看，即「涉於私德而與公共利益無關者」，則不適用本文的阻卻違法事由，似乎可以推出誹謗罪的保護法益，會質變為保護「隱私權」<sup>27</sup>。理由在於，行為人所傳述事項雖為客觀真實，但是僅涉私德而與公眾利益無關，亦屬於足以毀損他人名譽之事，仍會構成誹謗罪。倘若立法者無意保護隱私，為何所傳出的事項為真，仍可能構成妨礙名譽<sup>28</sup>？

再者，在構成要件的文義範圍中，似乎不一定能區分出法所允許傳述的隱私事項跟不能傳述的隱私事項。例

如，大肆散布某人是提供性招待服務的酒店小姐，且事實上亦為真的，由於這種情形在現行法下，尚未設置性交易專區，僅因屬於違法進行性交易職業，如何跟公益有關呢？甚且，只要是與公益相關，就應該允許被公審嗎？本文認為，從刑法架構來看，適足以妨害他人隱私利益的事實指摘，仍在構成要件射程範圍內。儘管對於傳述涉及他人私德而造成他人因私生活被攤在陽光下而感到精神痛苦與折磨，可能可以藉由民事損害賠償來填補達成慰撫效果或者回復名譽（或進一步擴大隱私的干擾）之方法來加以填補<sup>29</sup>，但是相較於有無合理隱私期待被他人傳述的私事，是否值得以刑法保護，這又是另外一個問題<sup>30</sup>。至於名譽權的保護範圍涉及是否與隱私權有重疊，或者是完全可以切開，並非本文主要探討。如採上述見解，在大法官釋字第 509 號解釋後，如果行為人有相當理由確信所傳述之私德事項為真<sup>31</sup>，而與公益無關，且經第 311 條的衡量

<sup>26</sup> 感謝黃沛文法官給予本文之寶貴意見。

<sup>27</sup> 類似解釋，可參考佐伯仁志，同前註 12，1751-1752 頁。

<sup>28</sup> 佐伯仁志，同前註 12，1753 頁。

<sup>29</sup> 至於說具體救濟方式，民法第 195 條所列的登報道歉，並不是一種適當的方式，應該考慮是否透過刪除原傳述訊息的方式，來達到人格權的維護，概念上類似於被遺忘權這一隱私權的內涵，在比較法上的實踐。

<sup>30</sup> 此一問題，請參考下文肆、一、(二)。

<sup>31</sup> 例如傳述上司與下屬在職場交往的情事，見臺灣高等法院 107 年度上易字第 199 號刑事判決。





後，仍不阻卻違法，亦會成罪<sup>32</sup>。

## 肆、言論自由與妨害名譽罪之折衝

### 一、妨害名譽罪之合憲性爭議

#### (一) 妨害名譽罪之合憲性審查

依照前揭大法官解釋見解，對於妨害名譽罪之違憲審查，雖然干預言論自由，但依照比例原則審查後，仍可取得正當性，雖然可以從大法官解釋中窺見主要是強調必要性層次的替代手段問題，但實際上如何進行刑法規範的操作，無法從解釋理由書當中推出。就此，在大法官釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官的協同意見書有進一步強調，當刑法規範在言論自由與名譽權益保護產生衝突時，如何在國家基本權保護義務與言論自由間取得平衡，對此立法者在手段採取上有優先權限判斷如何採取基本權調和。從誹謗罪所保護的法益以及干預基本權相互比較，民事損害賠償制度，雖然干預較為輕微，但是否達到相同保護強度，仍應尊重立法者判斷，換言之，是否屬於同等有效的手段，仍值得進一步考究，此外，阻卻違法事由在

個案中的除罪功能，也同樣作為考量機制。蘇俊雄大法官的意見書將問題層次放在手段正當性（適當性原則與必要性原則）的操作，同時意識到刑法規範在成罪要件與阻卻違法事由的納入，對於違憲審查評價的影響。

即便如此，大法官解釋審查的層次，尚未具體涉及到審查步驟或層次的建構。學說對此提出較為具體的觀察方向。依照學理見解，刑法規範之違憲審查，可以區分成行為條款 (Verhaltensvorschrift) 與制裁條款 (Sanktionsvorschrift)<sup>33</sup>，前者著重於法定犯行以及犯行所致的外在事態，包含實害結果及危險狀態；如果行為條款層次能通過合憲性要求，才能確定是否能對於該行為得以非難且以刑罰來達成此一非難。後者制裁條款的違憲審查則著重於法律效果層次，亦即該行為是否必須課以刑罰，還是僅須採取警察法上的措施、行政罰或是訴諸民事損害賠償解決。

基本上，前述二元分流的審查模式，著重於兩階段干預的基本權效果不同<sup>34</sup>，行為條款所牽涉到的是一般行為自由或其他特定自由權<sup>35</sup>，拘束特定行

<sup>32</sup> 即便如此，私生活利益損害極小的情形，仍不排斥法官在個案中透過基本權衝突或者法益衡量等諸多實質論理方式，排除可罰性，就此，請參考下文肆、二。

<sup>33</sup> Vgl. Lagondy, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen 1996, S. 77f.

<sup>34</sup> Jasper, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, Baden-Baden 2014, S. 364.

<sup>35</sup> Lagondy, a. a. O. (Fn. 33), S. 89ff.

徑或者要求採取特定行徑，以誹謗罪而言，即是要求行為人不能採取特定言行舉止，繼而造成他人名譽貶損效果；後者則是著重於，法律效果課予所帶來的干預效果，例如施加自由刑、財產刑，以及確立刑罰之前，授權國家機關透過刑事程序來偵查、審判被告，亦可能帶來行為人的人身自由、財產權的剝奪<sup>36</sup>。這種分流審查模式，最主要的優點在於，同時考量不同階段所要考慮的基本權干預內容、目的與手段，以及兩者間的關聯性。前者從憲法學角度，便是考慮國家基本權保護義務的踐履，是否能直接對應成刑法學中的法益概念，對於學說而言，反而並非重點所在<sup>37</sup>。後者則從法治國家的刑罰目的設定考量，來審查特定制度，姑且不論應報思想是否絕不容許，至少不少文獻仍認為，立法者必須同時考慮應報以及預防角度，對於犯罪行為採取合乎責任原則以及比例原則的懲罰與調控。

## （二）本文見解

上述見解，隱約建立在行為規範

與制裁規範二元分流的不法構想，姑且不論這一出發點是否合理<sup>38</sup>，這一區分審查模式不盡然是充分反映在憲法釋義學審查框架中的必然出發點，理由在於，立法者對於是否要處罰特定行為，在邏輯上已經蘊含了特定制裁條款，審查制裁條款合憲性時，其命題係以得否以刑罰處罰特定行為 A，對於 A 行為如果要採取刑罰，違憲審查機關至多僅需考量，採取這一手段的目的正當性、手段正當性與狹義比例原則下的衡量，這一審查構想自然並非理所當然，刑罰目的跟基本權保護義務，實際上恐怕僅為整體國家規範目的的層次，不必然有先、後審查的必然性。大法官解釋在後續的論證結構，也不以這種二元區分為主要思考方向，如大法官釋字第 651 號解釋認為：「立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，並認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，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲

<sup>36</sup> Lagondy, a. a. O. (Fn. 33), S. 109f.

<sup>37</sup> 如許澤天，刑法規範的基本權審查—作為刑事立法界限的比例原則，收錄於：黃舒芄主編，《憲法解釋之理論與實務》，2010 年，臺北，中央研究院法律學研究所籌備處，頁 270。

<sup>38</sup> 在此尚涉及到法益作為立法批判的定位，與憲法基本權理論的審查之間，何者較具理論上的妥適性與優越性，或者能相互結合，是一個值得繼續深入討論的問題。近期討論，Vgl. Carl-Friedrich Stuckenberg, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?, ZSTW 2017, 129(2), S. 349–362. Jasper, a. a. O. (Fn. 34), S. 218f, 241ff.



維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第二十三條比例原則無違」，前述審查方式，姑且稱為一元審查模式。

二元審查模式，與一元審查模式相較，實是涉及到節制立法者的目的設定問題。原則上，比例原則審查下，禁止立法者追求違憲的目的，然而，透過干預面向的區分，使得對於刑事立法的檢驗，採取前階段管制目的，與後階段管制手段施用的兩階段審查，前階段的審查，由於已經會造成一般行動自由的干預效果，因此足以構成違憲審查的標的，後階段適用比例原則的審查，自不待言。這種模式的特徵，相較於大法官解釋所建立的審查標的，較為精確的在立法者管制目的中，解析出前階段行為條款的干預效果。

另一方面，比例原則在大法官釋字第 509 條解釋的論證結構中，無法顯著觀察出大法官解釋具體軸線，也因此，僅能籠統看出僅存在民事責任將保護不足，以及立法者享有充分判斷餘地，然而立法者如何形成、如何判斷，尚有有相當不明確之處。大法官解釋後續解釋中，亦無明確交代刑法規範違憲

審查的具體指標，例如大法官釋字第 554 號解釋認為：「婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為應為如何之限制，以及違反此項限制，應否以罪刑相加，因各國國情不同，立法機關於衡酌如何維護婚姻與家庭制度而制定之行為規範」，然而，國情不同顯然是一種空洞的說法，實則擴張立法者形成空間的範疇。在大法官釋字第 646 號解釋亦有類似的情形：「違法行為是否採取刑罰制裁，涉及特定時空下之社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等諸多因素綜合之考量，而在功能、組織與決定程序之設計上，立法者較有能力體察該等背景因素，將其反映於法律制度中，並因應其變化而適時調整立法方向，是立法者對相關立法事實之判斷與預測如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重」。由此可以看出，大法官對於這類規範的干預選擇，縱使涉及到財產權的干預，仍然偏重立法者判斷特權<sup>39</sup>。

理論上，我們若深入考慮檢討方案，無可避免的要決定，哪一種審查模式較為清晰。就前述兩者來說，本文傾向於認為二元審查模式較能精確釐清問題重點，二元審查模式切割出前階段的審查，用意在於將若干處罰規定創設後

<sup>39</sup> 認為仍應審查立法者手段選擇的說理內容，許澤天，同前註 37，頁 288-289。

的干預效果，整合放入不同階段的基本權審查，不容忘記的是，行為相應於刑罰效果選擇，也存有內在連動關係，例如對於殺人行為，若立法上對其處以自由刑，所考量的重點除了在於避免特定行為帶來公益的不良後果，例如造成被害的規模與程度、治安或秩序動盪的程度，尚有是否能夠達到處遇效果等因素，除此之外，此考慮殺人罪的法定刑劃定國家可能依照特定行為所牽涉到的事實面向，授權不同層次跟事務面向的干預行動，例如牽動到程序法上，會影響到重罪原則或犯罪嫌疑的程序門檻因素，影響強制處分發動要件之寬嚴，與被告在程序上忍受義務強度。即便如此，於此情形，我們必須具體對個別干預所帶來的基本權干預效果進行論證，至於附帶促進的公共利益或者間接帶來的基本權制約，不必然納入基本權干預的審查框架當中<sup>40</sup>。因此，必須確認在這一審查結構中，二元審查模式的具體標的內容，法官選擇干預時所造成的限制面向。

既然誹謗罪所欲追求的是避免個別市民遭受名譽毀損與隱私揭露所造成的社會貶低效果，則干預基本權的目

的，勢必同時考慮刑罰手段的施用所帶來的不利後果，即惡害效果。誹謗構成要件授權法官、檢察官可以在個案中發動程序法上的干預措施，並且確認是否科以刑罰效果，由此說來，限制在事實指摘或傳述，是失之過寬的要素內涵，不過，立法者繼而透過真實性條款與善意言論條款，作為節制處罰的要素，阻卻違法事由依照前述說明，仍可以放置在前階段審查的觀察，用意在於採取必要干預措施的認定，與具體影響言論自由的效果。準此，大法官釋字第 509 號解釋，實際上強調的重點，在於強調前階段行為條款是否應該納入處罰的問題，後階段具體衡量的過程，在一元審查模式下，無法明確區隔出行為動用刑事制裁的干預層面，與干預必要性的說理。不過，立法者採取這些措施，基本上容有幾處可疑之處：

認為有為事實指摘就足以破壞名譽，其中連結因素在於事實傳播可能導致被害人的名譽貶損效果，確實過於寬泛，但著眼於真實消息的傳遞，仍有可能帶來名譽具體的危害效果，透過法律帶來防衛名譽與社會地位，確實有其合理性<sup>41</sup>。另一方面，亦在名譽權的保護

<sup>40</sup> 間接干預的效果，可能考慮的狀態是，以大法官釋字第 509 號解釋為例，倘若只要客觀上並不真實即構成犯罪，不僅是言論自由或新聞自由會受到直接影響，會進一步間接干擾到記者工作權或相關業者的營業自由，但這種附隨效果並非衡量的關鍵所在，至多成為輔助因子。

<sup>41</sup> 徐偉群，《論妨害名譽罪之除罪化》，臺大法律研究所博士論文，2004 年，頁 145。



範疇內，考慮隱私利益的保護<sup>42</sup>，理由在於刑法第 310 條藉由私德跟無關公共利益作為界定方式，限制言論揭露真實的範圍，由隱私侵入的角度，將私人領域的事情公開倘若僅涉及個人品行或者公共利益，不僅造成人格隱私的干預效果，甚至會帶來名譽評價的劣化<sup>43</sup>。

一旦認為名譽必須透過刑罰加以保護，牽涉到的是言論自由的寒蟬效應與萎縮效果的考量，因為言論自由的行使與一般人身自由未盡相同，前者在不受拘束時理所當然便會行使，但後者只要有特定規範存在，始終會對於是否行使言論產生威攝效果，繼而促使特定言論不再產生，毋寧妨礙言論自由市場的辯證溝通過程。

真實性條款無論採取何種解釋方向，大法官似乎有義務進一步釐清立法者應該採取何種方向行使裁量權限，最能避免牴觸權力分立的作法，應該是宣告系爭規定有違憲疑義，促成立法者重新檢討，若單純透過扭轉系爭規定的解釋，而強硬加諸無關的不成文要件，不免會有干涉立法者判斷特權的疑慮。

在制裁條款的層次，這類名譽妨

害若非構成短期自由刑，便是要透過罰金刑加以回應，然而短期自由刑在刑事政策上的弊害乃眾所皆知，無助於回應刑罰目的所要求的預防效果，同時刑罰不僅不具明確的威嚇效果，同時在個案當中也成為私人相互復仇指摘，打擊名譽的工具。至於大法官認為，所謂國民守法精神也在考量範圍當中，姑且不論這種說法過於抽象，亦暫且不論可能與哪一種刑罰功能相互結合，守法與否，不必然能有效區隔民事責任與刑事責任的選用之因素，不免會形成一種只要多數人散漫不遵守規範，就可以變相加重的印象。如果大法官亦不如此作想，合理的說法，應該是強調社會對於言論自由本身的認知程度著手，來作為確認是否維持入罪化的一項重要因素，正因為言論自由對於個人的重要性，透過民事手段，無論是懲罰性賠償金，或者登報道歉等諸多手段，似乎不難達到回復名譽的效果<sup>44</sup>。結論上來看，制裁條款層次的審查，無論是適當性還是必要性，都容有再度斟酌之必要。

由上述簡要的盤點，可知大法官解釋或者部分學說僅以民事責任不足以

<sup>42</sup> 佐伯仁志，同前註 12，1753 頁。

<sup>43</sup> 就此，德國妨害名譽的設計與保護模式，與我國略有不同，相關比較宜另外為文深入討論。

<sup>44</sup> 參考徐偉群，同前註 41，152-153 頁；其他類似質疑，亦參考許家馨，同前註 15，頁 113-114。

因應，恐怕是過於速斷的看法。

## 二、基本權條款的適用問題

### (一) 直接適用或間接適用？

前文提及合憲性審查的疑問，雖然質疑大法官解釋是否應該採取合憲性解釋來直接限制可罰性。但不容否認的是，法律解釋的有權機關，仍有必要依照憲法的意旨，進行合憲導向的解釋，合憲導向的解釋不同於違憲審查時的合憲性解釋，用意在於盡可能促成國家保護基本權、減少不當基本權干預的目的，由於基本權不僅是主體所享有的主觀權利，更是必須積極實現的客觀法規範。學說不乏認為，基本權條款對於具體刑法條款的解釋，具有重大的影響。理由在於，基本權具有防衛功能（Abwehrfunktion），刑法條款的制定、適用自然不能過度干預基本權；再者，基於憲法的優位性，刑法自應考量如何遵循憲法規範及基本權保護，個案當中，如何將基本權作為最佳化誡命加以實現，無論從文義、目的、體系來考察，似乎都不能否認這種認定的優越性，準此以言，論者認為，刑法作為民

主憲政國家的功能性道具，則藉由立法者之手，以憲法形構犯罪行為在刑法規範的可罰性，自不在話下<sup>45</sup>。

究竟要如何適用基本權條款，可能有幾種方向。第一種可能是直接適用基本權條款於個案當中。這種看法主要藉由基本權審查模式，在個案當中求取基本權衝突的動態平衡，例如當某人用漫畫影射或者諷刺某人或某事件，如何確定個案當中的言論自由、藝術自由可以受到充分的保障下，確保另外一方的隱私不受影響。藉由個案式運用基本權條款，審查法院認定構成要件該當後，在具體個案不法層次的認定，是否會因為個案過度干預基本權，而產生阻卻違法的效果。類似的考量方案也有日本學說當中的可罰違法性理論，依照彼邦學說見解，可罰違法性是在違法性層次外，進一步考量是否可罰，即便行為帶來的法益極度輕微，或者相比衡量下相對輕微，都有可能在個案中得出不該處罰之結論<sup>46</sup>。可以想像的例子是在工運過程中，集會場合大聲斥責雇主們的不是，即便其中不免夾帶情緒之詞，如果

<sup>45</sup> Vgl. Gärditz, *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, *Der Staat*, Bd. 49 (2010), Heft 3: S. 341ff. 不過這邊是否妥適，是否完全無其他外於憲法，或者在憲法學理上可以進一步深究的可罰性形構論述，有必要進一步深究。對此一見解的批判，Vgl. Zaczyk *Demokratieprinzip und Strafbegründung. Eine Erwiderung auf Klaus Ferdinand Gärditz*, *Der Staat*, Bd. 50 (2011), Heft 2: S. 295-301.

<sup>46</sup> 近期討論，謝焯偉，社會抗爭運動與實質違法性判斷《全國律師》2014年11月，18卷11期，頁7-14。



依照前述觀點，集會自由與言論自由在個案中的考量下，若動用刑罰可能過度干預基本權，縱然無法符合法定阻卻違法事由，仍有可能透過基本權條款阻卻違法，或者個案中認定無可罰違法定性，在違法定性階層即認定缺乏認定責任層次的基礎。

第二種可能是，間接適用基本權條款，除了既有基本權干預架構之外，還必須考慮到是否既有的可罰性排除機制，已經是立法者預先安排，並規劃的預定干預事項，假設立法者已經充分考慮類似個案情形，可以透過若干阻卻違法、責任或刑罰事由，達到個案的基本權衝突的調節時，確實沒有必要進一步訴諸基本權條款。

例如用漫畫來表現對特定政治議題、宗教議題、種族議題的不滿，即便這可能會進一步攻擊到特定政治人物、特定族群的利益，或者揭發特定私人事實，但可能會左右群眾觀感。實際上，法官是否應該直接運用基本權，應該考慮已經預設的阻卻違法事由的操作，例如新聞記者報導公眾人物，刺探隱私或者報導內容，一定程度上侵害其隱私或者名譽，個案中可能藉由業務正當行為的詮釋，釐清記者的業務正當目的、業

務行為的正當行使兩個層次的意義，考慮是否符合行為準則與追求新聞自由，且報導行為是否有助於實現目的、屬於較溫和的干預，且最終與新聞自由與受侵害的隱私相互衡量，可以加以正當化。基本權容有可能在業務上正當行為的規範解釋中，取得立足點。另一方面，依照刑法第 311 條，同樣也能做相同的考慮，考量可受公評之事的規範意涵，可能用以劃定言論干預私領域生活的界線單純由上述功能性考量來看，並無完全在所有刑法構成要件、違法定性、有責性層次適用基本權條款。

更深層的理由則有三個面向。其一，直接援用憲法基本權到個案的結果，固然會在個案中實現、調節基本權，然而直接援用基本權條款的操作難度，顯然不足以產生個案穩定適用的空間，從明確性角度來說，優先適用既有規範，進行合憲導向的調整，自有其必要<sup>47</sup>。同時，基本權衝突的價值決定，勢必要回歸、訴諸憲法規範意旨，然而法官在個案中操作基本權條款之後果，雖然可能是極大實現人權的決定，卻會因法官個案中的基本權詮釋方向，而產生極大的歧異<sup>48</sup>。其二，援用基本權條款的意涵，自然是要求合比例的刑法

<sup>47</sup> 薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，《中研院法學期刊》，2015 年 9 月，17 期，180-182 頁。

<sup>48</sup> 許恒達，同前註 6，頁 607。

／刑罰科予<sup>49</sup>，特別是法院裁判作為一種國家刑罰權干預的展現，沒有道理不受基本權保護的誠命拘束，沒有疑問的是，刑法構成要件解釋適用，不能在個案中逾越比例原則，但是否意味著合乎比例原則，即可認定在個案中即為較妥適的方案，取決於刑法解釋上縱使肯認合比例的法益保護與衝突調整，是否已經足以支撐刑事不法<sup>50</sup>，仍有必要進一步討論。

## （二）對現行法之下的另一種基本權導向解釋

基於上述，現行法之下，藉由基本權條款來釐清反映於誹謗罪當中言論自由與名譽間的衝突有其必要，只不過並非直接繞過既有的阻卻違法事由，而是作為輔助操作優越利益衡量的具體因素<sup>51</sup>。在現行法的解釋徑路下，事實上倒也不必然要創設相信其為真實作為解決方向。應該分別從名譽概念、妨害名譽的行為模式、阻卻違法事由等處，實質考慮契合外在、社會評價為重心的名譽保護與隱私。例如刑法第 311 條的善

意評論條款，在具體解釋論上，仍可參照比例原則的結構，適當性、必要性與狹義比例原則，來論證為了保護名譽所造成的言論自由干預。

迄今為止，實務見解尚未有深入採取類似的作法，部分實務見解有強調善意評論條款反映維護公共利益的目的，並且要考慮評論內容應具有客觀真實與主觀真實性及可受公評性等因素來判斷<sup>52</sup>，或者是透過所評論的事項是否關乎公共利益來判斷<sup>53</sup>。然而無論從行為人目的或者評論事項的公益性著眼，判準上尚非明確，從一般優越利益衡量的判斷標準來看，是以行為人所追求的利益，是否具有適當性、必要性且衡量上屬於優越利益，始能排除其違法性。以誹謗罪為例，必須要是所表達的言論，有助於追求新聞自由、言論自由行使的目的，且所表達之言論屬於必要，且從所侵害的對他人社會評價地位的尊重利益與言論自由的行使間<sup>54</sup>，後者具優越利益而言。

基此，刑法第 311 條的善意發表

<sup>49</sup> Jasper, a. a. O. (Fn. 34), S, 218f, 241ff.

<sup>50</sup> 如周漾沂教授認為，採取以比例原則作為正當性或解釋方向的根據，可能淪入效益主義的窠臼當中，Vgl. Chou, Zur Legitimität von Vorbereitungsdelikten, Baden-Baden 2011, S. 80-81.

<sup>51</sup> 許恆達，同前註 6，頁 626。

<sup>52</sup> 臺灣高等法院 104 年度上易字第 840 號刑事判決、106 年度上易字第 1873 號刑事判決、107 年度上易字第 789 號刑事判決。

<sup>53</sup> 臺灣高等法院 105 年度上易字第 1164 號刑事判決、106 年度上易字第 2698 號刑事判決。

<sup>54</sup> vgl. Rengier, (Fn. 8), § 29, Rn. 41.





言論，無論是自衛、自辯或保護合法利益、公務員因職務而報告者，或可受公評之事為適當評論，或者，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，這些情形皆屬於立法者考慮公共利益之後所進行的具體安排，但當中的合法利益、可受公評之事與適當評論，或適當載述，在具體操作上，仍要回歸到前述利益衡量基準來認定。以原因案件的情況來說，被告對於蔡兆陽在撤換高鐵籌備處長林崇一的事件，用「『居然可以連發五份新趕盡殺絕』，已經讓媒體記者大開眼界。不過，更讓媒體受不了的，還在於常常喜歡凸顯原告的夠力，『透過機要人員放話表示隨時有辦法讓不友善的記者調整路線』」等文字來呈現的報導內容。被告就自訴人公務事件所為評論，固然是針對交通部撤換處長進行報導，有無必要特別強調原告人格特質，強調人格特質對於報導內容所要傳遞的使公眾獲悉之目的，不僅並非必要，亦並非能有效實現新聞目的的意見表達。

## 伍、結語

以下總結本文研究成果：

1. 言論自由與名譽保護的衝突，並未因大法官解釋而弭平，可以確定在合憲性層次仍有更多細節值得申論，究竟是否名譽與隱私的保護，不足以透過民事損害賠償法填補，是否有充足的實證基礎，可以支持大法官在規範上認為具必要性的認定。
2. 其次，大法官解釋的合憲性解釋手法，至少就以下幾點特徵：第一，重新確認舉證責任不應由被告即行為人負擔，從刑事訴訟的無罪推定原則，不能證明其為真實條款，不當然排除檢察官與自訴人在訴訟中仍負起實質舉證責任；第二，對於第 310 條第 3 項的解釋，行為人如依其所查證資料，有相當理由確信為真實，能取得排除可罰性的法律效果。
3. 從原因案件的發展來看，原告確實因為不能證明真實條款而承擔舉證責任，故而第一點在解釋論上值得贊同；至於第二點的詮釋並非必然，從基本權衝突的解決方案來看，澄清第 311 條在解釋論上的作用，包含如何進行具體基本權衝突的衡量，足以合理限定可罰性。既然大法官解釋採取真實惡意原則來詮釋現行法，即認不能證明真實條款的基本內涵乃指涉主觀真實，依本文之見，係將該條款重新詮釋為阻卻違法事由，適用上，行為人如確信其事實陳述為真實，且盡到合理查證義務，此際屬於容許構成

要件的錯誤，其法律效果依通說之見，阻卻故意責任，由於誹謗罪不罰過失犯，故結果上亦免除行為人之刑事責任。

綜上可知，名譽保護與言論自由的衝突，並未因大法官解釋而止息，在當前社會中，妨害名譽罪固然是回應主體間產生不尊重情形，而有名譽、地位

上的貶損，然迭入法院而行意氣之爭並不在少數，且是否產生惡劣評價也隨著訴訟日長而更繫諸於不穩定的因素，刑事司法是否屬於能合適解決這一問題的解答，抑或是應該思考要限定在特定類型的名譽妨害，例如種族或者性別、性傾向等關乎平等尊嚴的言論類屬，是值得我們進一步思考的問題。

## 參考文獻

### 中文文獻

#### 專書

甘添貴，《刑法分則（上）》，三民，2016年1月，四版。

徐偉群，《論妨害名譽罪之除罪化》，臺大法律研究所博士論文，2004年。

許澤天，《刑法各論（一）》，2017年9月，新學林，初版。

楊仁壽，《法學方法論》，三民，2016年5月。

盧映潔，《刑法分則新論》，新學林，2018年9月，十四版。

#### 期刊

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，《臺大法學論叢》，2003年3月，第32卷第2期，81-82頁。

徐育安，公然侮辱與事實指摘，《月旦法學教室》，2015年7月，153期，27-29頁。

張麗卿，刑法對誹謗言論的合理規制，《臺大法學論叢》，2016年12月，45卷4期，1999-2029頁。

許家馨，釋字五〇九號解釋應否適用於民事案件？—為最高法院新新聞案判決翻案，《月旦法學雜誌》，2006年5月，第132期，頁102-127。

許恒達，新聞自由與記者的侵犯隱私行為：以業務上正當行為的解釋為中心，《臺大法學論叢》，2017年6月，46卷2期，589-664頁。

許澤天（2010），刑法規範的基本權審查—作為刑事立法界限的比例原則，收錄於：《憲法解釋之理論與實務》，黃舒芃主編，臺北，中央研究院法律學研究所籌備處，頁270。

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，收錄於：黃舒芃



主編《憲法解釋之理論與實務》，2010年，臺北，中央研究院法律學研究所籌備處，259-323。

薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，《中研院法學期刊》，2015年9月，17期，131-204頁。

謝煜偉，社會抗爭運動與實質違法性判斷，《全國律師》，2014年11月，18卷11期，頁4-16。

## 外文文獻

丸山雅夫，名誉として侮辱罪，《南山法学》，2018年，41卷2号，53-76頁。

佐伯仁志，プライバシーと名誉の保護—主に刑法的観点から（1），《法学協会雑誌》，1984年，101卷7号，981-1046頁。

佐伯仁志，プライバシーと名誉の保護—主に刑法的観点から（4）-4完-，《法学協会雑誌》，1984年，101卷11号，1675-1757頁。

松宮孝明，《刑法各論講義》，2016年，成文堂，4版。

松原芳博，名誉毀損罪（刑法各論の考え方 9）（ロー・クラス），《法学セミナー》，2012年7月，120-127頁。

Beckemper, K. Die Funktion der objektiven Bedingung der Strafbarkeit: Einschränkung auf strafbedürftige Fälle oder Verstoß gegen das Schuldprinzip?, ZIS, 10/2018, S. 394-402.

Chou, Yang-Yi. Zur Legitimität von Vorbereitungsdelikten, 2011, Nomos: Baden-Baden.

Gärditz, K-F. Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat, Bd. 49 (2010), Heft 3: S. 331-367.

Jasper, J. Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, Nomos: Baden-Baden 2014.

Kindhäuser, U./ Neumann, U./ Paeffgen, H.-U. (Hrsg.) (2017). Strafgesetzbuch (5. Aufl.). Baden-Baden: Nomos.

Lagondy, O. Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Mohr Siebeck: Tübingen

Rengier, R. Strafrecht Besonderer Teil II, 14 Aufl., 2013.

Stuckenberg, C-F. Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?, ZSTW 2017, 129(2), S. 349-362.

Zaczyk, R. Demokratieprinzip und Strafbegründung. Eine Erwiderung auf Klaus Ferdinand Gärditz, Der Staat, Bd. 50 (2011), Heft 2: S. 295-301.