

第二章 實體法誹謗罪之分析

第一節 憲法言論自由保障與誹謗罪之關係

言論自由是人民在現代民主中一個不可或缺的基本人權，然而在現代如此強調言論自由的民主社會中，當某人的言論對他人名譽權造成影響或損害時，是否仍然受到憲法言論自由之保障，此時權利的衡量，究竟應側重言論自由或者應著重他人名譽權之保障？而在刑法誹謗罪之規範中，何種情形下言論自由權利具有法所保障的正當性，又何種情形下言論有侵害他人名譽危險時，落入誹謗罪之規範中？亦即憲法言論自由與刑法誹謗罪之規定兩者之關係為何？界限為何？應如何就兩者之間取得平衡？乃是以下本文所欲探討之核心，並一併檢視言論自由與名譽權保護的相關問題。

第一項 保障言論自由之理論基礎

「言論自由」係憲法上所保障之重要基本權利之一，也是民主憲政所不可或缺之基本自由，每個人均享有表示意見與不表示意見之自由，鑑於言論自由之重要性，我國憲法對之有明文保障之規定，即憲法第 11 條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」此等規定代表言論自由乃為自由民主社會所不可或缺的基本人權，故國

家極為重視它，並將之提昇至憲法層次予以保障。

所謂的「言論」，其範圍相當廣泛，凡是透過言語、寫作、行動、或是其他具有表達或溝通功能的方式，展現或表達個人心中的想法，或是藉以作為溝通工具達成說服他人的目的，都可能作為言論自由所保護之對象¹。例如演講、授課、出版著作等單純表達個人主觀想法，甚至是街頭集會遊行抗議、撰寫電腦程式或其他科學技術的研究發展，因同樣具有表達自我或將之作為溝通工具以說服他人之意涵在內，故亦受憲法上言論自由之保障。

至於憲法為什麼要保護言論自由呢？此一問題的回答，也就是憲法保障言論自由的理論基礎，大致上可以區分成三種理論作為答案²。

第一種理論—追求真理說(言論自由市場說): 該說極重視「真理」，而以之為言論自由之目的，主張吾人所以要保障言論自由，乃因言論自由可以幫助吾人發現真理，增長知識。此外，個人之言論自由只為他人追求真理之「工具」，凡是言論有助於社會大眾追求真理者，即應予以保障。因此，個人是否有言論自由，端視其言論是否有助於大眾追求真理；至於言論自由對表意人(speaker)本身是

¹ 參照劉靜怡，「言論自由」導論，月旦法學教室，第二十六期，2004年12月，頁72。

² 詳細內容請參照林子儀，言論自由與新聞自由，台灣大學法學叢書編輯委員會編輯，月旦出版，1993年4月，頁16以下；以及劉靜怡，同前註1文，頁74以下。

否認和特殊利益，則非所問。換言之，此一意義下的言論自由保障，本質是屬於手段，而非目的，亦即透過保護言論自由此一手段，協助言論市場的健全運作，以達成追求真理的目的。

第二種理論—健全民主程序說：此說源於「人民自治」³的民主政治理論，亦即統治者統治的合法權利基礎，來自於被統治者的同意；因此，該說主張言論自由之價值即在其有助於吾人健全民主政治程序的運作。保障言論自由可提供社會大眾在依照民主政治程序參與政治決定時所需之資訊，資訊愈豐富，大眾所做的政治決定就愈能比較正確，民主政治之運因此可更健全。

第三種理論—表現自我說（追求自我實現或維護個人自主理論）：不同於前兩說將言論自由的保障視為達成某種特定目的的工具或手段，此說的基本假設乃是將個人的存在本身當作終極目的。從這樣的前提出發，此說主張憲法保障言論自由之目的，即在保證個人之自主存在之尊嚴及發展自我的機會。而言論自由的價值即在保障個人獨立自主地自我表現，藉之肯定個人自主存在之尊嚴，並進而實現自我，成就自我。因此，某特定言論之所以應該受到保護，其理由不在於該言論對他人甚或對整體社會或國家有工具或手段層面的意義，而是因為對表意人本身具有價值，且可以滿足其獨立自主決定或自我實現的個人需求。

³ A.MEIKLEJOHN, FREE SPEECH AND ITS RELATION TO Self-Government 13-15(1948).轉引自林子儀，同前註 2 書，頁 25。

就以上所述之各種理論，雖然彼此均有其個別之基本假設及理論主張，惟本文認為在處理有關言論自由的案件時，應綜合審酌之，以較能全面性的觀察言論自由之全貌，而非僅僅單獨採用其中一種理論。大法官釋字第 509 號解釋意旨亦採此見解，認為「言論自由為人民之基本權利，憲法第 11 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。」似乎是兼採了上述各種言論自由保障理論，且為實務上諸多判決⁴所加以引用。

第二項 誹謗罪名譽權之保障

個人在社會生活中，因其身分、能力、學識、職業、家庭等因素，而博得他人之信賴與尊重，其個人人格價值之社會評價，為應保護之名譽⁵。名譽乃係個人之人格在社會生活上所受之尊重，乃為社會客觀上對於個人之肯定與尊崇，及個人主觀上榮譽感之複合概念⁶。名譽雖係為一抽象無形的權利，然而對於名譽權的保障卻是各個國家所從未忽視的，因人乃是群居性、社會性之動物，個人無法脫離人之團體而生存，若個人之名譽權受有損害，則其所有聲譽、

⁴ 例如 96 年度台上字第 3384 號、96 年度台上字第 949 號、94 年度台上字第 975 號、93 年度台非字第 162 號、89 年度台上字第 5358 號、等最高法院判決不勝枚舉。

⁵ 參照蔡墩銘，中國刑法精義，漢林出版社，1986 年四版，頁 478。

⁶ 參照林山田，刑法各罪論（上冊），2002 年 3 月，修訂三版一刷，頁 229。

事業、社會往來關係，均將蒙受不利之影響。因名譽對於個人人格之尊嚴、羞恥感與自我認同均具有重大意義，個人對於名譽之維護，有強烈之需求，故名譽亦有「第二生命」之稱，猶如身體或財產，應予保護。

對於名譽權之保護，在我國並未如同言論自由一般，於憲法中予以明文保障，言論自由之保障規定於憲法第十一條，而名譽權卻非在憲法第 7 條至第 18 條與第 21 條規定保障的基本權利，但由於名譽權對現代人生活之重要性，故不可否認其價值，其自係憲法第 22 條所稱之「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」，且誹謗罪既然是關係到言論自由與名譽權間之衝突與平衡，該兩項權利應具有相對等之地位，亦即名譽權在形式上與言論自由同，皆具有憲法位階之理論基礎⁷。

⁷ 學者陳志龍亦認為「名譽權亦為憲法的自由權利，並非於言論自由前即不保障。言論自由與名譽權保障，非只以前者為唯一絕對直，應認處衝突狀態之價值比較。」參照陳志龍，誹謗罪與言論自由之界線——二個憲法權利衝突：「言論自由權」與「名譽權」衝突，月旦法學教室，第二期，2002 年 12 月，頁 12；蘇俊雄大法官在釋字第 509 號解釋協同意見書中，認為「言論自由與名譽權間之衝突係所謂的基本權衝突」，可見亦採取名譽權即係憲法所保障的基本權見解，僅係其未表明保障名譽權的理論基礎是憲法第 22 條；學者李仁森：「我國憲法中雖然沒有名譽權之明文，卻有類似日本憲法第十三條，有關人權之一般性規定的憲法第 22 條之概括條款，名譽權為受憲法第 22 條保障之人權，應為妥當之解釋。」亦採此見解，參照李仁森，表現自由與名譽毀損—評台灣高等法院九十一年度上訴自第一 0 八三號刑事判決，月旦法學雜誌，第 113 期，2004 年 10 月，頁 239；學者法治斌：「就釋字第五 0 九號解釋中涉及之言論自由與名譽權而論，

鑑於名譽權在今日社會中具有極重要之地位，我國刑法第 310 條對於妨害他人名譽的誹謗行為設有誹謗罪之規定，第一項「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，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」第二項「散布文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」固然在某種程度上限制了言論自由，但係建立在有效名譽保護的基礎之上。從法益觀點來看，名譽作為值得刑法保護的法益，幾為刑法學界所共同肯認，迄今為止，刑法學界對於妨害名譽各罪的質疑，多半集中在各該具體的立法保護手段是否過當（比例原則）的層次，而不在於根本上否定名譽保護的必要性⁸。

但名譽的概念為何，學者有不同的見解。有學者⁹以為名譽可以區分為三類：（1）內在名譽：此為人格價值的本質，人性尊嚴之核心，為一個人真實之人格價值，獨立於自己或他人評價之外，而為客觀存在之內部價值。這種價值屬於絕對價值，完全不受到外界褒

前者本為憲法所明定，後者則全未規定。縱使認定其亦得歸入第 22 條涵蓋範圍之內，」似乎亦採此看法，參照法治斌，保障言論自由的遲來正義—評司法院大法官釋字第 509 號，月旦法學雜誌，第 65 期，2000 年 10 月，頁 149。

⁸ 參照林鈺雄，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，國立台灣大學法學論叢，2003 年三月，頁 68。

⁹ 參照高金桂，論刑法對個人名譽保護之必要性及其界限，收錄於甘添貴六秩祝壽論文集—刑法學之理想與探索第二卷，2002 年，頁 182-183；甘添貴，體系刑法各論第一卷，1999 年，頁 326-327。

貶之影響，也不因為個人主觀感受之左右，在性質上既然無從自外部予以侵害，也就無法成為刑法保護的客體。(2) 外在名譽：係指社會對於個人人格價值所為之評價，屬於相對價值，不論真實之人格價值為何，都會受到外界的褒貶而有所影響，這種名譽可以自外部加以侵害，而且影響到社會生活關係，應為刑法法益保護之範圍。(3) 感情名譽：係指個人對於社會就其人格價值所為評價之主觀感受或影響，這種價值屬於相對價值，不論真實的人格價值為何，也會受到外部評價與主觀感受之影響，因此也是刑法法益所保護之範圍。但另有學者¹⁰主張應將名譽區分成二：其一為內部名譽：係指個人內在之價值，也就是人格價值本身，而內部名譽無法接受他人之侵害，因此並不屬於法律保護範圍內。其二為外部名譽：係指個人外在之價值，也就是對於人格價值的社會評價，其可能受到他人之侵害，故應該受到法律的保障，而誹謗罪所保護的法益即為此。

就刑法誹謗罪而言，其存在的結構，乃在於行為人因特定的意見表達，表現出對他人的輕蔑或不尊重，足以表示貶低損害他人之評價，而有侵害他人名譽危險的節制作用。惟名譽權之保護並非絕對的，法律並不保護主觀、虛妄之名譽，蓋過度的保護名譽權不但可能損及公益，且亦壓縮了言論自由的存在空間。

另一方面，有關名譽毀損之民事責任，除在我國民法第 18 條有人格權保護之規定，以及第 184 條中有一般侵權行為之規定外，

¹⁰ 參照蔡墩銘，刑法各論，三民書局，2001 年，頁 127-128。

在第 195 條第一項規定「不法侵害他人之 名譽 ，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之侵害，亦得請求賠償相當之金額。」亦即關於名譽權之保障，除有刑事上之保護外，民事上亦提供了相當程度之保護，被害人可以請求行為人賠償財產和非財產的損害，並得請求回復名譽的適當處分。

第三項 言論自由與誹謗罪兩者之關係與界線

言論自由為現代民主社會之表徵，如沒有充分的言論自由，就不可能實現真正的民主政治。但是，近年來部分個人或團體之間，因理念不同、立場相異而產生彼此攻擊、謾罵、抹黑，甚至是傳播媒體的不實報導，使得當事人受到名譽上的侵害。「名譽」，乃為人在社會上聲望與地位之評價，隨著人類文明的進步及工商業發達，個人之名譽更受到重視，如果無故受到傷害，個人之聲譽、事業、甚至周遭親友，均將受到不利之影響，故對於個人之名譽，法律自應予以保護，以防範其遭受不法之侵害，而損及社會對其合理之評價，致影響其所享有之聲譽地位。

我國憲法第 11 條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」係為保障言論及表現自由權之明文規定，為民主法治國家之最重要的指標，人民享有該權利，方有活潑、創新及實現自我之可能，而國家社會才有可能多元化、文明與進步。若人民之言論自由受到不

當的限制，國家及社會之創造力及生產力勢必相對萎縮，而阻礙文明之發展。另一方面，名譽權係個人在社會生活中獲得尊重的請求權，他對個人精神生活的安全感有重大意義。雖然憲法條文未明文規定，然作為人格價值之本質要素的名譽權，亦當是受憲法保障之基本人權無庸置疑。就概括規定之憲法第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」內容觀之，自應將名譽權解釋在內。

言論自由為憲法所明文保障，而言論自由核心範圍在於自由表達評價的判斷，其所保障之言論雖不限於有價值的、正確的評價意見，但如言論發表非但不具社會價值性，反而卻有社會危害性者，乃違反憲法保障言論自由之目的，自非為憲法所保障。司法院大法官釋字第 509 號解釋中，首先雖肯定言論自由之重要，要求「國家應給予最大限度之維護」，惟並非謂一切言論均受憲法之保障，不得加以限制，且該號解釋繼則即承認為維護個人之名譽，國家得依法律對其傳播方式為合理或適當之限制。例如誹謗性言論，足以貶損或詆毀他人名譽或人格，有反社會性，不具社會價值利益，自不在憲法保障範圍，故我國刑法直接以明文規定加以禁止，刑法第 310 條第一項規定：「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，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」誹謗性言論本身具有損害他人名譽之惡害性，故不屬憲法保障之言論。質言之，言論自由之真義乃是「意見自由」，而非蓄意言論攻訐、

辱罵之自由。亦即如果係以自己之觀點或見解而作言論表達，則屬憲法保護領域範圍內。憲法所保障之「言論自由」，必須以事實的基礎為其成立要件，「事實的內涵」係成立「意見評價」之基礎。但如「事實」係居於決定性關鍵時，惟仍逕行指摘他人、減損他人名譽者，則言論自由保障應限縮，不容言論自由僅為空泛抽象保障¹¹。由此可見，「言論自由」與「個人名譽權」此兩種基本權常常發生衝突¹²，當言論自由涉及侵害到個人名譽法益時，必須就言論自由保障與名譽權，予以價值比較與法益衡量。

我國憲法對於人民之言論自由並無加以明白且特別之限制，而係依對所有人皆適用的憲法第 23 條，作為其限制之法理依據。亦即人民言論自由之限制不外乎以防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序及增進公共利益等作為限制之主要理由。詳言之，既然大法官於釋字第 509 號解釋中，並未真正刻意突顯言論自由之優先地位，則為兼顧對個人名譽之保護，國家自得依憲法第 23 條之規

¹¹ 參照陳志龍，誹謗罪與言論自由之界線——二個憲法權利衝突：「言論自由權」與「名譽權」衝突，月旦法學教室，第二期，2002 年 12 月，頁 12。

¹² 言論自由與名譽權之間的衝突，學理上將此種基本權利行使時發生碰撞的情形稱之為基本權的衝突。蘇俊雄大法官在釋字第 509 號解釋協同意見書中，對基本權衝突的定義是：「憲法保障的不同基本權之間，有時在具體事件中會發生基本權衝突——亦即，一個基本權主體在行使其權利時，會影響到另一個基本權主體的基本權利實現。基本權利之間發生衝突時，也就是有兩種看起來對立的憲法要求（對不同基本權的實現要求）同時存在；此時，必然有一方之權利主張必須退讓，方能維持憲法價值秩序的內部和諧。」

定，制定法律對言論自由為合理適當之限制¹³。至於限制之方法，上開解釋基本上採取較為消極之態度，民事賠償或刑事處罰均無不可，而「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。」因此，刑法第 310 條之規定亦分別對於以言詞或文字、圖畫而誹謗他人者，科以不同之刑罰，此係為防止妨礙他人自由權益所必要，就國家限制人民基本權利（即言論自由）時所要求之目的正當性尚無違背，符合憲法第 23 條規定之意旨，且上開解釋亦揭示刑法第 310 條誹謗罪之規範，並無牴觸憲法保障言論自由之意旨，對其做了合憲性之解釋。

刑法為尊重個人之名譽權，設有誹謗罪之規定，釋字第 509 號解釋又肯認其合憲性，如此一來，固然對於名譽權之保障有正面作用，但若不予以適當節制，刑罰制裁有可能直接限制人身自由，從而於一定期間內全盤封殺個人言論之空間¹⁴，不免侵蝕人民之言論自由，將減損人民對於各種事務辯論活動之進行或表達自己言論之勇氣，而造成「寒蟬效應」(chilling effect)，此並非國家社會之福。除此之外，憲法是刑法的上位規範，既是人民權利之保障書，則規範國家刑罰權如何發動的刑法，自然需受到憲法的牽制¹⁵。故在論處

¹³ 參照法治斌，保障言論自由的遲來正義—評司法院大法官釋字第五 0 九號，月旦法學雜誌，第 65 期，2000 年 10 月，頁 151。

¹⁴ 參照法治斌，同前註 13 文，頁 153。

¹⁵ 參照溫祖明，我國現行誹謗罪規定之剖析與實務適用之檢討 - 以台灣高等法院

行為人誹謗罪時，仍應將言論自由的憲法意涵納入，在言論自由與名譽毀損所保護的法益之間予以衡量，找尋適當之平衡點。

第二節 誹謗罪之成立要件

我國誹謗罪是由保護個人名譽法益之立場切入，刑法第 310 條第一項規定：「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，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」第二項規定：「散布文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」公職人員選舉罷免法第 104 條規定：「意圖使候選人當選或不當選，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。」總統副總統選舉罷免法第 90 條規定：「意圖使候選人當選或不當選，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。」可知誹謗罪成立之基本要素為，散布於眾之意圖（行為意圖）指摘或傳述事之行為（行為態樣）和足以毀損他人名譽之虞（行為結果）。就上述誹謗罪三個之基本要素，本文係從主觀構成要件及客觀構成要件之角度，對於刑法、公職人員選舉罷免法與總

八十八年度上易字第一?九七號判決、八十七年度上易字第七?五號判決、九十一年度上訴字第一?八三號判決為評析對象，文化大學法律學系碩士論文，2002 年，頁 30。

統副總統選舉罷免法（以下就後兩者簡稱為「選罷法」）之規定加以論述，以期對於誹謗罪之成立要件有更深入之認識。

第一項 主觀構成要件

依學說上之見解，認為誹謗罪的主觀不法構成要件，為行為人主觀上具有誹謗之故意，同時須具有散布於眾之不法意圖。以下將從誹謗罪的構成要件故意及誹謗罪之意圖來加以討論。

第一款 誹謗罪之構成要件故意

現今所謂構成要件係指立法者就各種犯罪行為之構成犯罪事實，經過類型化、概念化、抽象化與條文化，而規定於刑法分則或其他具有刑罰法律效果之條款中，以作為可罰性之前提要件。而主觀構成要件則是描述行為人主觀上之心理狀態的內在構成要件要素，即引導行為導致客觀事實侵害的故意與過失，其內容通常係與客觀構成要件的內容相一致¹⁶。所謂構成要件故意，係指行為人對於實現客觀構成犯罪事實之認知，與實現不法構成要件之意欲。易言之，即行為人對於客觀不法構成要件之所有行為情狀有所認識，並進而決意實現不法構成要件之主觀心態¹⁷。也就是說，故意是一種對

¹⁶ 參照林山田，刑法通論（上冊），增訂七版一刷，2000年10月，頁158以下。

¹⁷ 參照林山田，同前註16書，頁212。

於構成犯罪的一切客觀行為構成事實，具有「認知」，且有實現該犯罪構成要件的「決意」，此二項基本犯罪心理要素的結合而言，而這兩項心素，必須於行為實行當時同時具備¹⁸。

依照上述說明，誹謗罪之主觀構成要件故意，應即是指對於誹謗罪客觀構成要件內容之「認知」與「意欲」。行為人必須認知其所指摘或傳述之事項將有毀損他人名譽之虞，且若行為人知其所指摘或傳述之事將有害於他人名譽，而仍決意為此指摘或傳述之意欲，即成立誹謗罪之構成要件故意。亦即行為人只要對其指摘或傳述之事足以損害他人名譽有所認識，並且進而決意加以指摘或傳述該事件之具體內容之主觀心態，即具有誹謗故意，此故意，不以直接故意為限，亦包括未必故意。所以誹謗之故意，其所要認識的範圍，僅限於行為人所指摘或傳述之事是否足以使他人名譽陷入受貶抑的危險，至於其目的何在，並非此所重視，亦即並不以具有毀損他人名譽之目的為必要，縱使行為人出於「善意」或對於刑法誹謗罪並無認識，亦不妨害此故意之成立¹⁹。若行為人對於具體事實提出其主觀之評論意見，則因屬評論自由之體現，受憲法言論自由之保障，而無誹謗故意可言。至於其所指摘或傳述之事是否為真實，或行為人是否確認該事為真實，均在所不問²⁰。本文以為，雖然行為人對於

¹⁸ 參照蘇俊雄，*刑法總論*，1986年12月，頁123。

¹⁹ 參照鄭逸哲，*解剖誹謗罪之構成要件—評析台灣高等法院八十七年度上易字第
六二二九號判決*，*月旦法學*，第83期，2002年4月，頁245。

²⁰ 參照林山田，同前註6書，頁236。學者甘添貴同此見解：「本罪之故意雖須

是否相信其所指摘之事實是否為真實非所問，然如果將刑法第 310 條第三項真實性條款之性質，解釋為阻卻構成要件之事由，則行為人若認為所指摘之事項為真實，且與公益相關者，則可阻卻本罪之故意。而關於刑法第 310 條第三項真實性條款之性質為何，本文擬於第四章後述。

第二款 誹謗罪之意圖

意圖，即為行為人心理活動有此意思之謂也，行為人只要在內心上具備希求達到主觀不法構成要件所明定之不法意圖，而著手實行客觀之構成犯罪事實者，即有意圖存在，至於行為人之動機如何，所圖者有否實現均非所問。故意之作為犯若屬意圖犯（或稱目的犯）者，則其主觀不法構成要件，除構成要件故意外，尚包括特定意圖，亦即行為人之故意行為尚須出於特定之不法意圖，始能成立故意犯²¹。

刑法第 310 條第一項條文中的「意圖散布於眾」與選罷法條文中的「意圖使候選人當選或不當選」，均說明了誹謗罪的行為係一種

認識，或容任自己的行為損毀他人之名譽，但不以特別具有毀損他人名譽之目的為必要，亦不問其是否相信所指摘的事實為真實，縱其確信其為真實而為指摘，亦無礙於本罪之成立。」參照甘添貴，體系刑法各論（一），1999 年，頁 342。

²¹ 參照林山田，同前註 16 書，頁 209。

意圖犯的類型，行為人散布於眾之意圖係指傳播於不特定多數人，使大眾週知不法意圖。而選罷法之保護法益係為維護選舉之公平，故其特殊之意圖多了「使候選人當選或不當選」之意欲。因此在誹謗罪的主觀不法構成要件要素，行為人除了誹謗故意外，更須具有散布於眾或意圖使人當選或不當選之意圖，始能成立誹謗罪。若行為人已具散布於眾之不法意圖，而指摘或傳述足以損害他人名譽之事，縱使其所傳述之事，尚未達眾所周知之程度，也不影響本罪之成立。有學說認為此一意圖，存在於行為人之內心，證明困難，故於行為時即應推定其為有此意圖，如行為人有反證足以證明其為無此意圖時，方不成立誹謗罪²²。惟本文認為，依據刑事訴訟法第 161 條之規定，檢察官除了就被告之犯罪事實負舉證責任外，並應指出證明之方法。若依上開見解，單以結果推定行為人有散布於眾之意圖，不僅與刑事訴訟法第 161 條之規定不符，亦違反了無罪推定原則，對行為人之權益極不保障，故上開見解並不妥當。關於檢察官舉證責任與無罪推定原則等相關問題，本文擬於第三章論述之。

又刑法第 310 條第一項與其他刑法分則上以意圖作為主觀不法構成要件要素的規定相比較，可以發現有其不同之處，例如竊盜罪、搶奪罪、詐欺罪、強盜罪等均以「意圖 不法」的形式出現，而本項之散布於眾的意圖在此並不考慮其不法性，且只要存在此種意

²² 參照廖正豪，妨害名譽罪之研究（下），刑事法雜誌，20 卷 5 期，1987 年，頁 37。

圖已足，至於是否在事實上散布於眾，在所不問。由是亦可得到本項目的在強烈保護個人名譽之輔證²³，而關於選罷法上誹謗罪之規定，亦可得到如此之結論。

第二項 客觀構成要件

由刑法第 310 條第一項、第二項與公職人員選舉罷免法第 104 條、總統副總統選舉罷免法第 90 條之條文規定可知，刑法與選罷法所規定之誹謗罪的客觀不法構成要件要素大同小異，均係指行為人有指摘或傳述事實之行為，其行為態樣有文字、圖畫、錄音、錄影、演講或其他方法以散布的行為。本文以下就誹謗罪之行為主體、行為客體、行為結果逐一討論，以更瞭解誹謗罪之構成要件，並試著去釐清相關問題。

第一款 誹謗罪之行為主體

誹謗罪並非身分犯，對於行為主體並無特別限制，為一般犯，由於刑法上適格之行為主體，僅限於自然人而不包括法人²⁴，故任何

²³ 參照鄭逸哲，同前註 19 文，頁 245。

²⁴ 法人之行為，雖由法人代表機關為之，但意思與行為之間，究為兩個階段。法人僅能決定意思，其行為仍須仰賴自然人為之，法人之代表，如明知此行為違法時，自應拒絕之。因其對法人決定之行為，尚有自由判斷之餘地，其明知為違法，而仍然為之，自與由其自己之決定而為之行為，無所軒輊，即其代表人應自負其

自然人具有意思能力及行動能力者，均得成立本罪。而民意代表，於會議外之不法言論，並無言論免責權之適用；其餘會議時所為無關會議事項之不法言論，亦得成立誹謗罪²⁵。

第二款 誹謗罪之行為客體

誹謗罪之行為客體為「他人」。因本罪保護法益為個人名譽權，故所謂「他人」，係指任何保有名譽之主體，解釋上除了自然人外，尚包括法人²⁶。因在現今法律領域上就法人之本質採「法人實在說」，所以法人在法律規定範圍內與自然人同，由法律賦予其法律上之人格，在此範圍內法人均得享受權利負擔義務，且法人具備社會評價之名譽，而此名譽並非限於經濟上之利益，即並非謂法人僅有經濟上地位，對其名譽之侵害僅損失信用，故應認為其可成為本罪規範之行為客體。至於非法人團體是否為誹謗罪之行為客體，在我國實

責任。而決定意思之法人，既無單獨處罰意思之規定，自非刑罰之對象，不能認為犯罪之主體。且刑罰之規定，除了罰金刑外，其他之刑罰對法人亦不能適用。即罰金無力繳納時應易服勞役，對法人亦無從執行。故犯罪之主體以自然人為限，而法人不得為之。參照褚劍鴻，刑法總則論，1995年12月，頁96-97。

²⁵ 院解字第三七三五號：「縣參議員在會議時所為無關會議事項之不法言論，仍應負責。」大法官釋字第一二二號解釋：「地方議會議員在會議時所為之言論，應如何保障，憲法未設有規定。本院院解字第三七三五號解釋，尚不發生違憲問題。」

²⁶ 院解字第五三四號：「刑法第324條、第325條、第330條所謂人與他人，應包括法人在內，如妨害普通傷害之名譽，自與該商號股東或經理人之名譽有關。」

務與學說間容有不同見解，實務上認為非法人團體乃為多數人之結合，並無法律上擬制之人格，故非誹謗罪之行為客體²⁷。惟學說上認為，非法人團體雖不具有人格，但既為合法之經濟活動團體，且非法人團體亦具有社會性的名譽，而其名譽理應獲得法律上同等之保護，此外，團體中的每一份子，亦有維護團體名譽之名譽感情在²⁸。亦有學說以有無獨立性來進一步區分，認為非法人團體如屬於社會生活上具有獨立性之團體，即為誹謗罪之保護客體，例如當今之許多演藝團體即屬之；惟如係非獨立存在之團體，行為人以團體為侵害對象，而無法認識係針對某特定人者，則不成立誹謗罪²⁹。所以，本文認為非法人團體亦得為誹謗罪之行為客體，若行為人有損害非法人團體之名譽亦構成誹謗罪，非僅稱必為團體之構成員即自然人始有可能受到侵害。

第三款 誹謗罪之行為方式

刑法第 310 條第一項規定：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足

²⁷ 學者褚劍鴻以院解字第五三四號（參閱註 24）之解釋為例，將其理解為非法人團體雖可成立妨害名譽罪，乃因其損及股東或經理之名譽之故，故我國實務上認為誹謗罪之行為客體並不包括非法人團體。參照褚劍鴻，刑法分則是論（下冊），2000 年，頁 1041。

²⁸ 參照廖正豪，妨害名譽罪之研究（上），刑事法雜誌，20 卷 4 期，1987 年，頁 19。

²⁹ 參照甘添貴，言論自由與妨害名譽，台灣本土法學雜誌，14 期，2000 年 9 月，頁 113。

以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，」選罷法則規定：「意圖使候選人當選或不當選，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，」因此可知誹謗罪的主要行為形式即是指摘、傳述或散布足以損害他人名譽之事，而選罷法另外指出了須為不實之事。而究竟「指摘、傳述或散布足以損害他人名譽之事」所指為何？是以下本文所欲探討之問題。

一、須有指摘或傳述之行為

誹謗罪之行為方式係行為人出於指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，所謂指摘，即為指示摘發之意，亦即對於某種事實予以揭發之行為。所謂傳述，則為宣傳轉述，亦即對於他人已揭發之某種事實予以宣傳轉述之行為。指摘或傳述並不以兼有為限，如有其中任一行為者，就足以成立誹謗之罪名，若指摘之後進而加以傳述，仍為誹謗罪之一個犯罪行為，為單純之一罪。指摘與傳述，就其內容而言，不以指摘或傳述者為他人之事為限，若行為人指摘或傳述自己之事而足以毀損他人之名譽者，仍成立本罪³⁰。就其狀態而言，不以當面為必要，且不以公然為必要，縱使是私相傳述，亦無礙本罪之成立。就其狀態方式而言，並無任何限制，不問言詞或行動，例如演說或開廣播車等，只要處於足以使第三人得以認識之即為已

³⁰ 參照廖正豪，同前註 22 文，頁 37。

足，第三人是否果真認識，在所不問。就其對象而言，行為人必須針對特定人或可推知之人，實行指摘或傳述之行為，方成立本罪³¹。

刑法所規定之誹謗罪依行為人指摘或傳述所使用手段方法之不同，進一步區分為普通誹謗罪與加重誹謗罪，行為人如以言詞或舉動為之者，則惟刑法第 310 條第一項所規範之普通誹謗罪；行為人如以文字或圖畫之方法犯之者，則係同條第二項之加重誹謗罪，須負擔較重之刑事責任。刑法之所以特設須加重誹謗罪之規範，係因為若以文字或圖畫之方法為之時，傳播極易且留存時間長，對於被害人造成之法益侵害亦大，其影響較諸語言更為久遠，故加重之³²。至於選罷法上對行為人指摘或傳述所使用之方法，則無如刑法作

³¹ 三七院解字第三八〇六號：競選人在報章發表意見，為法官審法官，貪污審貪污，記非對於特定人或可推知之人所發之言論，自不構成本刑法第 309 條及第 310 條之罪。

³² 惟學者林山田主張刑法第 310 條第二項應作適當修正，其認為：「行為人假電視或無線電廣播等大眾傳播工具之助而指摘或傳述，則其流傳可能遠較寫成文字或繪成圖畫之行為方法為廣，故解釋上，似應解為本條第二項之行為方法，而成立加重誹謗罪；惟就罪刑法定原則及刑法之解釋方法觀之，作如此解釋顯有牴觸類推禁止原則。因此，為解決此一問題之理想方法仍宜在刑法修正時，對於本條第二項作適當之修正規定。」參照林山田，同前註 6 書，頁 235。

學者廖正豪更指出應不須特設加重誹謗罪之規定，其認為：「以文字圖畫為誹謗之行為，為害固較容易，但非必較大，良以現代大眾傳播工具發達，如廣播、電視、無線電傳真，均屬無遠弗屆，苟利用該等大眾傳播工具為妨害他人名譽之行為，其害較諸散布數紙文書，或以作圖畫於某處牆壁，殆尤甚焉，故就其影響所及，危害大小而言，實無須加重以文字、圖畫之犯罪行為之處罰，此其理由之一；

區別之規範，僅以一個條項概括規定行為人以「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，均足以成立選罷法上之誹謗罪。

二、所指摘或傳述之事須為具體之事

行為人所指摘或傳述之事，必須具有足以毀損被害人名譽之具體事件內容或可得具體之事，始有誹謗行為可言，至該事實之時間、場所或手段等，是否具體描述或鉅細靡遺，則非所問。其具體事件內容須為真實，而非意見或評論，此乃因行為人如是對於某事抒發其個人意見，此一意見內容為憲法言論自由所保障，刑法不應加以干涉，否則有違憲之虞。故行為人對某特定事項，依其個人之價值判斷而提出其主觀之意見評論，而並未指摘或傳述具體之事，既均不足以對於他人社會評價之名譽有所貶損，則縱其批評內容足以令被批評者感到不快或影響其名譽，仍非屬本罪之誹謗行為。但是，若評論內容有流於情緒性或人身攻擊之批評，而有謾罵性之言詞或用語者，則有可能構成刑法第三〇九條公然侮辱罪。此殆以社會評

更以文字、圖畫之定義頗不一致，且為因應大眾傳播工具之迅速發展，而有將『可見於外界之非短暫存在映像』亦包括在內，為仍不足以包括廣播、電視在內，加以科學日新月異，欲以一成不變之列舉規定涵蓋日益進步之大眾傳播工具，殆為事所不能。故不若不限定任何方式之行為，均可成立妨害名譽罪，惟對於廣播較廣，危害較大之犯罪行為，法官予以從重科處之權，較可周全，此為不須另定『以文字圖畫犯之者』加重之規定理由之二。」參照廖正豪，同前註 20 文，頁 66。

價之名譽，係以個人之道德地位、政治地位、智識地位等為其標準，而該等地位，則莫不為具體或可得具體之表現累積而成。對其貶損，亦應以具體或可得具體之事為內容，始有可能，是以誹謗罪規定須為指摘或傳述之事為具體或可得具體，為事所必然³³。又指摘或傳述之事實，不問其為真實之事實抑或虛偽之事實，亦不論其為過去之事實、現在之事實或將來之事實，祇須足以毀損他人之名譽者，均包含在內³⁴。

誹謗罪所規定指摘或傳述之事，不以虛偽為必要，所以如其係真實，而與客觀之事實相符合，除有特別情形外，仍應成立本罪。例如甲意圖散布於眾而指摘或傳述乙女在某個地方為娼妓之具體事實，則甲應成立誹謗罪。然而，選罷法中明白指出行為人須為傳播「不實之事」，反面推論可知，若行為人傳述真實之事，而與客觀事實相符合者，則不處罰。本文認為此乃是因為參選的候選人均是未來將為國家、為人民服務之人，其事項與公益有關，且基於人民對公眾事務有知的權利與批評監督之權利，人民對候選人之言行舉止有正當與重大利益，立法者於制定規範時作如此之考量，故有不同之規定。

三、須所指摘或傳述之事足以毀損他人名譽

³³ 參照廖正豪，同前註 22 文，頁 37。

³⁴ 參照甘添貴，同前註 29 文，頁 114。

指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，係指行為人須指摘或傳述他人具體之事，且足使他人名譽有陷入受侵害之危險的誹謗行為，亦即因行為人之指摘或傳述，具有使他人之社會評價受影響之危險即為已足。由此觀之，誹謗罪為危險犯³⁵，而非實害犯，故行為人之誹謗行為祇須有造成毀損被害人名譽之危險結果即足當之，實際上該他人之名譽是否已受有毀損並非所問。至於是否毀損名譽，應依具道德等觀念就被害人之個人條件、在社會上之人格聲譽，以及行為人所指摘或傳述之內容，就客觀上予以認定，以查其是否有毀損名譽之危險³⁶。事實上，所謂「毀損名譽」，當指減損貶低他人在社會上之一般聲望評價而言³⁷，因此，若此一行為人所指摘或傳述之事實，僅行為人或被指摘傳述之人認為會減損其聲望評價，而以社會一般人之角度觀察，並無此種「可能」時，則誹謗罪構成要件即已不該當³⁸。反之，若行為人所指摘或傳述之具體事實，足以使被害人受到他人之輕視或恥笑，其個人人格在社會評價上將大為降低，則可視為具有毀損名譽之危險性。此外，行為人於指摘或傳述之後，其誹謗行為已足以毀損被害人之名譽時，縱行為人於行為後設法更

³⁵ 至於是具體危險犯或抽象危險犯則有爭議，因與本文所探討之議題無直接關係，故在此並不多加贅述。

³⁶ 參照廖正豪，同前註 22 文，頁 38。

³⁷ 參照褚劍鴻，同前註 27 書，頁 1047。

³⁸ 參照鄭逸哲，同前註 19 文，頁 244。

正，亦無法抹滅其已為之誹謗事實，不影響本罪之成立³⁹。

第三節 誹謗罪不罰事由之比較檢討

言論自由，是人民之基本自由與民主國家發展的重要基礎，由於刑法誹謗罪之處罰規定，使得言論自由受到剝奪或限制，為調適此一衝突關係，各國的刑法均特別設置了除外條款，以限制誹謗罪之成立，藉以實現憲法保障言論自由之目的。以日本刑法為例，其妨害名譽罪⁴⁰之免責要件有三：其一，指摘事實之公正性：即系爭事實為有關公共事務（例如公務員之行為、有關政治之資訊、公職候選人之學經歷、犯罪嫌疑人之事實等）；其二，目的之公益性：陳述目的係出於為公共利益，而非惡意之人身攻擊；其三、事實之真實性（真實性之抗辯）：陳述之重要部分內容，證明其為真實者⁴¹。而我國刑法針對誹謗罪之不罰事由，亦有明文規定。首先，刑法第 310 條第三項規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉

³⁹ 參照林山田，同前註 6 書，頁 236。

⁴⁰ 日本於世界大戰後一九四七年刑法修正時加入二三〇條之二規定，其第一項：1. 前條一項所指摘之事實為與公共事務有關者；且 2. 其目的係專為謀求公益時，並經證明其為真實者不罰。第二項：尚未提公訴之人，其犯罪行為之事實為有關公共事務者，適用前項之規定。第三項：一項所指摘事實為有關公務員或公職人員候選人者，證明其為真實時不罰。參照范姜真微，大眾傳播媒體之報導自由與妨害名譽，法學叢刊，第一九三期，2004 年 1 月，頁 80。

⁴¹ 參照范姜真微，同前註 40 文，頁 80。

於私德而與公共利益無關者，不在此限。」至於此項證明真實性條款之性質為何，則有加以深入探討之必要。另外，刑法第 311 條規定：「以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰：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。」此係除了刑法總則所定之一般阻卻違法事由以外，刑法分則就誹謗罪所訂立的特別阻卻違法事由。以下本文就上述兩條文所規定誹謗罪不罰事由之定位與意涵，作一比較檢討。

第一項 刑法三百十條第三項之定位及論述

刑法第 310 條第三項規定：「對於所誹謗之事，『能證明其為真實者，不罰。』但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」就此條項之規定內容觀之，實具有訴訟法及實體法之雙重意義⁴²，兩者本來相互輝映，如何判斷實體法上之定位將會直接影響訴訟法上的結果。就訴訟法而言，有兩種重要意涵：第一、倘若被告所指摘或傳述之事實是有關公共利益者，法院即有義務開始進入事實真否之

⁴² 參照團藤重光，刑法？刑事訴訟法？交錯，頁 79，弘文堂，昭和二十六年三月三版。轉引自許哲嘉，淺論毀謗事實證明規定之法律性質—憲法上之兩個基本權的調和—，軍法專刊，42 卷 3 期，1996 年 3 月，頁 29。

判斷⁴³；第二、將事實真實性之舉證責任加諸於被告身上⁴⁴。就第一點而言，倘若尚無法得知被告所指摘或傳述之事實係有關公共利益時，法院得否先進入事實真否之調查？關於此點，從保護被害人之隱私權的觀點言之，似應採否定見解⁴⁵。就第二點而論，認為令被告就犯罪之成否負舉證責任乃是「罪疑惟輕」之刑事法上原則的一重大例外，將舉證責任加諸於被告負擔，此不免亦有疑問。就以上所述之訴訟法上問題，本文將於第四、第五章再深入探討之。而就實體法而言，乃係本項所關心的區塊，以下將針對證明真實性條款之法律性質、真實的認定、以及個人私德與公共利益之考量等面向，加以論述之。

第一款 真實性證明條款之法律性質

刑法第 310 條第三項規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。」有稱之為「真實之抗辯」，亦有稱為「真實性證明條款」，純粹就條文本身意思來理解，似乎係指只要行為人能證明其所指摘或傳述之內容是真實的事實時，就可以不罰。惟此項不罰之性質如何？亦即證明真實之阻卻內容為何？實有深入探討之必要，此

⁴³ 參照團藤重光，同前註 42。

⁴⁴ 參照竹內正，名譽毀損罪？事實證明，中義勝編，論爭刑法，頁 296，世界思想社，1978 年 3 月初版，轉引自許哲嘉，同前註 42。

⁴⁵ 參照平野龍一，刑法各論？諸問題，法學？二〇三號，頁 77，1972 年，轉引自許哲嘉，同前註 42。

外，真實性證明條款定位之不同，亦將直接影響到本項規定在訴訟程序中證明活動的進行方式，不可不察。關於真實性證明條款之定位問題，學者之間有極大之爭議，大致上可分為四種不同之見解⁴⁶：第一、阻卻構成要件事由說；第二、阻卻違法事由說；第三、阻卻責任事由說；第四、客觀處罰事由說等。至於反映到訴訟程序上證明活動的進行方式，本文將於本節作初步概略的敘述，其後於第四、第五章再深入探究之。

一、阻卻構成要件事由說：

此說認為若行為人所指摘或傳述的事實為真實時，即無妨害名譽之可能，則可阻卻行為之構成要件該當性。亦即認為誹謗言論之「不真實性」，屬於客觀構成要件要素，在主觀構成要件上，行為人對於誹謗事項之「不真實性」必須有所認知。將證明真實條款作為阻卻構成要件事由，意味著誹謗言論既為真實，則作為客觀構成要件的「不真實性」並不存在，而且行為人在行為當時，並未認知到所言之「不真實性」，因而缺乏構成要件故意⁴⁷。此說強調陳述真實之權利，於行為人陳述真實時，係屬為刑法第 310 條規定定型上無違法之情形，故應解為阻卻構成要件之該當性。其主要理由有二：其一，僅將刑法第三百十條第三項之事實證明規定解釋為違法性阻

⁴⁶ 關於此部分，可參考許哲嘉，同前註 42 文，頁 26 以下，有較為詳盡之敘述。

⁴⁷ 參照許嘉馨，釋字第五 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，第 132 期，2006 年 5 月，頁 103。

卻事由時，將會發生一旦有特殊事由再帶來違法性時，即不得阻卻犯罪成立的結果；其二，因違法性乃是價值判斷之問題，故實際上，違法性存否之判斷難免會有委諸法官主觀恣意之餘地。而於具備誹謗罪之法定構成要件時，得因事實之證明而阻卻犯罪之成立，乃是基於保障言論自由之考量，故將其界限委由法官之主觀的恣意，實屬不當。因此，應將事實證明之規定解釋為行為之構成要件該當性的阻卻事由⁴⁸。

如採阻卻構成要件事由之想法，則反映到訴訟程序中，其證明真實活動的進行方式為何，本文認為如採此說則行為人的證明負擔最輕，檢察官需證明行為人於指摘或傳述事實的行為當時具有故意，始能成立誹謗罪，而行為人仍得提出相當之證據、理由，證明自己行為當時係出於錯誤，以阻卻故意之存在。

二、阻卻違法事由說：

此說認為刑法第 310 條第三項之事實證明規定乃是為了實現個人名譽之保護與正當言論保障彼此間的調和所設立的。依刑法第 310 條第一項、第二項觀之，誹謗他人名譽之行為，原則是禁止的，

⁴⁸ 參照團藤重光，轉引自許哲嘉，同前註 42 文；團藤重光認為，無論採阻卻構成要件說或是阻卻違法事由說，結果並無不同，渠寧可不採定型違法性之見解，而採用阻卻構成要件說。參照李幼琳，論誹謗罪限制言論自由之我國憲法上界線，東吳大學法律研究所碩士論文，2001 年，頁 18。

惟第三項證明真實條款卻是個例外容許之規定。行為人所指摘或傳述之行為，雖已侵害他人之名譽法益，但如能證明其具有真實性，並具公益性，則其行為仍屬正當行為，而欠缺實質之違法性，故認為此項不罰之規定係為阻卻違法事由⁴⁹。該項因是涉及公益而與言論自由之保障具有關聯，故係屬容許狀態之記述。亦即，雖然誹謗言論之「不真實性」並非客觀構成要件，因而行為人若對於損害他人名譽之行為有「認知」，構成要件故意即可具備，但誹謗事項若為真實，可阻卻違法。阻卻違法事由的成立必須在行為當時同時具備主觀與客觀要件。在客觀面，誹謗事項必須具備「真實性」；在主觀面，行為人必須清楚認知到其所指摘、傳述事項之「真實」，始能阻卻違法⁵⁰。因此，即使該當於刑法第 310 條第一項或第二項之構成要件，倘具有第三項之要件時，應解為阻卻違法性。

如採阻卻違法事由之想法，則反映到訴訟程序中，其證明真實活動的進行方式為何，本文認為如採此說則行為人的證明負擔較輕，亦即縱使在客觀上無法於訴訟中證明為真實，如果行為人在行為時有相當理由認識其指摘事項為真實者，則因主觀上發生對於構成阻卻違法事由之事實錯誤，而得阻卻故意的成立，行為人仍不負誹謗罪。

三、阻卻責任事由說：

⁴⁹ 參照甘添貴，同前註 29 文，頁 114。

⁵⁰ 參照許嘉馨，同前註 45 文，頁 103-104。

主張本說之學者認為行為人若能證明其所指摘或傳述之事項為真實者，則其無誹謗之故意，因此行為人之行為欠缺意思條件，應無罪責，不成立刑法誹謗罪。如採阻卻責任事由之想法，則反映到訴訟程序中，其證明活動的進行方式為何，本文認為對於行為人之證明負擔大，行為人須對其之所以指摘或傳述足以毀損他人名譽之言論，證明到沒有「期待可能性」時，才得以阻卻責任。亦即行為人必須證明到換成是任何人，也會為如此之言論的程度時，才得以被認為是沒有期待可能性。然而一個沒有誹謗故意的行為何以能該當誹謗罪之構成要件？蓋欠缺故意的行為，應為構成要件不該當，自非犯罪行為，更遑論具有罪責，故此說並不可採。

四、客觀處罰事由說：

此說乃最忠於法文之辭句，認為從刑法第 310 條第三項證明真實條款的法條用語，所稱「能證明其為真實者，不罰」，幾乎就已經可以判斷這是一種取決於未來能否證明的處罰條件，純以客觀結果為斷，而非行為當時主觀的認知問題。所以此說主張事實證明之規定乃是客觀處罰條件，不論所指摘或傳述之事實真實與否，均不影響犯罪之成立。僅於行為人能證明所指摘或傳述之事實為真實時，阻卻其刑罰罷了。亦即誹謗事項之真實性係立法者基於刑事政策上之考量，用以限縮刑罰範圍的客觀條件，其成就與否與行為人主觀

上的認知或意欲無關。因此，有學者主張證明真實條款所宣示的正是：不要輕易傳述、指摘足以毀損他人名譽之事，除非能夠在訴訟上證明其為事實⁵¹。客觀處罰事由說之論據，除了此種解釋最忠於文義解釋外，尚有下列數點：(1)與保護外觀上之名譽的刑法根本態度相一致；(2)從舉證責任轉換之規定意旨觀之亦是正確之見解；(3)實務亦曾採此說；(4)係與「罪移惟輕」原則相調和後所得之最恰當結論。

如採阻卻刑罰事由之想法，則反映到訴訟程序中，其證明真實活動的進行方式為何，本文認為如採此說則對行為人的證明負擔大，因能否證明真實乙事，純屬不法與罪責以外之客觀要素，故不論行為人行為時對於證明真實是否有認知，均不影響於犯罪的成立，亦不生因錯誤而阻卻故意成立的問題，重點是訴訟中結果能否證明為真實，結果必須要證明是真實，行為人才不負誹謗罪，亦才能免於處罰。

上述四說各其所據，至於刑法第 310 條第三項之事實證明規定

⁵¹ 參照林鈺雄，同前註 8 文，頁 82。並指出蘇俊雄大法官在釋字第 509 號解釋協同意見書中：「立法者藉由第條客觀處罰條件之規定，進一步設定了誹謗罪的可罰性範圍」，明確界定此為客觀處罰條件時，雖然並未提到「需刑罰性」，但也直陳「在所為事實陳述不真實或雖真實但僅涉及私德而與公共利益無關的情形，立法者則認為此際的人格名譽權益重於言論自由之價值，故此際侵犯到他人人格名譽法益之言論表現，必須受到刑法之制裁。」

中，其「不罰」之法律性質究竟以何說為當，我國學者之間的見解分歧，多數說⁵²係採第二說，本文亦以為應將真實性條款之性質理解為違法性阻卻事由，應放在「違法性層次」來加以討論，而釋字第509號解釋亦同此阻卻違法之想法。因為對於具有真實性的誹謗行為，在構成要件階層能夠確認的也是一個人的名譽法益是否有被侵害或是危險的事實。這種對名譽法益有危險的事實，是不論指摘的事實是否具有真實性，或者是否具有公益性，侵害或危險事實都是存在的。直到違法性階段才會判斷這樣的侵害事實⁵³，係為憲法上的正當言論行為，不具有實質違法性，故將刑法第310條第三項的真實性不罰規定放在違法性的階層討論較為妥當。

因此，行為人意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，應該當誹謗罪之構成要件，但若為真實且與公益有關者，即欠缺實質上之違法性，故為阻卻違法事由。惟採此說的學者，對於本項所謂「能證明其為真實者」之真實為何，其見解並不一致，有認為事實需經證明為真實者，始得阻卻違法。有認為真實係指有相當合理根據或資料得以大致推定事實為真實即可，即只要行為人於行為時有相當合理之根據或資料足以推定所指摘或傳述之事實係屬真實之點上，則得阻卻違法；反之則否，本文認為以後說為當。

⁵² 例如林山田、褚劍鴻、甘添貴、蔡墩銘、許哲嘉等學者，請參閱上述各註解。

⁵³ 參照謝庭晃，妨害名譽罪之研究，輔仁大學法律學系博士論文，2005年1月，頁208-209。

至於第四說「客觀處罰事由說」，本文認為在釋字 509 號解釋做成之前，證明真實性條款應屬於此說。雖然此見解最著重於個人名譽權之保護，但是相對地亦較為限制人民之言論自由。客觀處罰事由說不管行為人主觀上的認知為何，只要誹謗事項最後能夠在訴訟上被證明為真實，就可以阻卻刑罰。而所謂能證明其為真實者，係指所指摘或傳述之事項必須是已經證明為真實者而言，惟這對人民之言論自由權無疑是一大打擊，亦即無非是要求人民對於涉及他人名譽而與公益有關之議題發表言論時，須冒著可能違犯誹謗罪之風險始得發表之。因為倘若最後因其他事由而無法證明其為真實時，即須受到誹謗罪之處罰，縱使行為人於發表時已具有合理之根據或資料。所以此說無異是要求人人於發言前均負有自己調查真實之義務，則是強行限制人民在憲法上所享有之言論自由權，將會造成人人噤若寒蟬之效果，這樣的結果並不符合本項欲調和人格之名譽尊重與言論自由二大法益之本旨。

至於第一說「阻卻構成要件事由說」，此說雖立意甚佳，最為強調言論自由之保障，惟與刑法第 310 條第三項法文之文義解釋有較大之出入。本說與阻卻違法事由說同，均是主張真實證明足以阻卻犯罪之成立，只是後者認其係違法性欠缺，為實質違法性之欠缺；前者則係構成要件該當性之欠缺，為形式違法性之欠缺。主張阻卻構成要件事由說的學者，認為本項所謂「能證明其為真實者」之真實，係「證明可能程度之真實」，亦即須達到具有健全之常識者根據客觀之資料得以認定事實為真之程度，較重視事實為真實之認定，

主要似乎係為因應構成要件之定型性要求所不得不採行之措施⁵⁴。換言之，此說係認為行為人所指摘或傳述之內容只要是真實的誹謗言論，則連形式上的違法性都不存在，應該被排除在誹謗罪構成要件之外，其優點係可避免將憲法保障言論自由與個人名譽權之保護之間的界限交由法官主觀認定之窘境，惟此見解犯了與客觀處罰條件說相同的錯誤，蓋此說採「證明可能程度之真實」，將某種程度上無異也是要求行為人於指摘或傳述自己意見前，負有自己檢閱之義務，本文認為其所造成之「寒蟬效應」與對於言論之箝制更為嚴重。

綜上所述，本文認為，關於刑法第 310 條第三項證明真實條款之法律性質，應將之理解為第二說「阻卻違法事由說」，雖然從形式上觀察，條文用語「能證明其為真實者，不罰」，係以訴訟證明真實作為免除誹謗罪處罰之條件，故本項規定似可定位為與犯罪成立要件無關之客觀處罰條件，然而，倘實質求諸此項真實性證明條款的立法精神，如前所述，是出於保障言論自由，乃憲法上不得恣意加以侵害的核心價值，若此，則行為人指摘或傳述足以毀損他人名譽之事時，確信其為真實，且其指摘之目的又具公益性，指摘之方式又無誇大渲染，則就社會通念而言，此種信仰憲法言論自由保障的認識下所為之指摘或傳述行為，理應被正當化。再者，國內多數說均認為第 311 條善意言論不罰之規定，亦是出於保障憲法言論自由之精神，所設的特別阻卻違法事由，若然，則有必要將第 310 條第

⁵⁴ 參照團藤重光，轉引自許哲嘉，同前註 42 文，頁 26。

三項與第 311 條之規定做有體系且完整的解釋。畢竟就行為人之立場言，為避免誹謗罪之處罰，在指摘或傳述毀損他人名譽之言論時，嚴格要求行為人在主觀上判斷其是否有把握確信其為真實抑或善意之言論後，再行發表，顯然不切實際。最值得注意的是，將刑法第 310 條第三項定位為客觀處罰條件的結果，在主觀上具相當理由確信為真實，卻不合於第 311 條善意言論要件的行為人，被不當的排除憲法言論自由保障的範疇外。職是，本文以為第 310 條第三項證明真實條款之定位，基於貫徹憲法保障言論自由之旨意，自以阻卻違法事由說為妥當。故在適用本罪時，須注意本罪與憲法所保障之表現自由的調和與權衡問題，並確保表現自由不致過度受到本罪之不當壓制與限制。因此，應將誹謗罪事實證明條款之規定解釋為違法性之阻卻事由。

第二款 私德與公共利益之考量

依刑法第 310 條第三項後段之規定，雖行為人對於所誹謗者為真實，然倘涉及私德而與公共利益無關者，仍該當於誹謗罪。此一要件，可分析為下述三種情形：(一)「真實性 + 私德性 + 公益性」；(二)「真實性 + 非私德性 + 公益性」；(三)「真實性 + 私德性 + 非公益性」，前兩種情形不成立誹謗罪，至第三種情形，則不在其列。由此可見，本項後段是欲保護個人之「隱私權」，隱私係個人不受打擾且不欲為人所知的自主私密空間，故縱使行為人所傳述者係真

實，此時尚須檢視所指摘或傳述之內容是否侵害被害人之隱私權，若是肯定，則刑法要處罰的是與公益無關的「真實言論」，而非如同本條第一項所規定的「不實言論」為誹謗罪之構成要件，蓋二者保護法益不同，故為將侵害他人隱私而真實之言論納入不法的範圍，立法者並未將「不實言論」明定為構成要件⁵⁵。因此，本項後段適用範圍為唯有在行為人所指摘或傳述之事為真實，且非純屬私德而與公共利益有關時，才能阻卻本罪之構成要件，而仍舊享有憲法所保障之表現自由。

所謂私德，乃私人之德行，係指個人之私生活而言，其內容則包括一切個人私生活有關之事項。例如：抽煙、喝酒、裸睡等是。所謂公共利益，乃與社會上不特定人或多數人有關之利益。不限於與國家或社會全體有關之利益，即與限定一定範圍內之小社會有關之利益，亦包括在內。本項明示保障個人生活安寧之旨，私生活之安謐與他人及社會毫無所關者，固不容破壞，此亦為誹謗罪所保障之對象，惟個人私德與公共利益間並非一定處於相排斥的地位，並

⁵⁵ 同此見解者，李念祖，從釋字五〇九號解釋論「陳述不實」是否為「誹謗罪」之構成要件，收錄於憲法解釋之理論與實務—第四輯，台北中央研究院法律所籌備處，2005年5月，頁247-249；法治斌，誹謗罪除罪化勢在必行，律師雜誌，221期，1998年2月，頁2；何建志，誹謗罪之體系建構與法理分析：二元化言論市場管制模式，台北大學法學論叢，54期，2004年6月，頁137；王怡今、錢建榮，不可能的任務—談檢察官對於妨害名譽罪的舉證責任，月旦法學雜誌，133期，2006年6月，頁51-52。許家馨，同前註45文，頁112。

非關於個人私生活之事即一定無關於公共利益，如私生活非僅關係個人，而與公共利益有其關連之時，則不應置社會利害、國民福祉於不顧，而專事維護個人私德之權利，是以刑法規定於所誹謗之事，苟雖係涉於私德，而與公共利益有關者，仍得證明真實而免責。至於是否僅涉私德而與公共利益無關，應就事實之內容、性質，以及被害人之職業、身分或社會地位等，依一般見解之社會觀念，應就案情在客觀予以判斷。一般而言，個人私生活上的事實，原則上不能被認為與公共利益有關；然若是公職人員或公職候選人的品行，則被理解為和其私生活上的事項結合，因此縱使是私生活事項，也有可能被認為有涉及公共利害關係⁵⁶。例如：百姓酗酒，僅涉私德而且與公共利益無關，但若是政府首長酗酒無度，則與公共利益有關。或如指摘傳述他人違犯竊盜罪之具體事件，因竊盜為刑法明文處罰之行為，雖指摘內容涉及被害人之私德，但卻與公共利益有關，故行為人若能證明其為真實者，則無由構成本罪⁵⁷。

⁵⁶ 日本最高法院在「月刊??」事件判決中，指出「即使是有關私人的私生活上的行狀，依其所從事社會活動之性質 以及對社會影響力之程度等，作為對該社會活動的批判乃至評價的一個資料，應該解釋為是有該當於日本刑法第 230 條之二所謂的『有關公共利害的事實』之情形」。參照青柳幸一，名譽毀損? 「公共? 利害二關? ? 事? 」—「月刊??」事件，別冊? ? ? ? ? 154 號憲法判例百選 ，四版，2000 年，頁 146-147。

⁵⁷ 參照四八台上一二三五號判決：「上訴人在報上刊登啟事，指告訴人竊盜騙款，此項竊盜騙款並非刑法第 310 條第三項但書所謂涉及私德而與公共利益無關之事項，如果上訴人能證明其為真實，依同條項前段規定即應不罰。」

第二項 刑法三百十一條之定位及論述

誹謗罪之不罰事由除了上述刑法第 310 條第三項真實條款之規定外，尚有刑法第 311 條，該條規定：「以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰：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。」亦限制了誹謗罪之適用範圍。蓋刑法之所以設置誹謗罪，其用意非在箝制言論，而實係重視此一自由，以免因過分保護個人名譽，而犧牲言論自由，或為了保障言論自由，而置個人名譽於不顧，故乃將濫用自由而妨及他人名譽之不法行為加以明定，藉從消極方面劃定言論自由之極限，以資保護。惟刑法為使其間界線更臻明確，於本條就正當言論之範圍，從積極方面予以提示⁵⁸，且緩和誹謗罪對於言論自由之限制，進而使得言論自由獲得最大可能的尊重。本文以下即針對刑法第 311 條諸項規定一一探討，以期對誹謗罪之適用範圍更為明確。

第一款 刑法第三百十一條之法律性質

⁵⁸ 參照韓忠謨著、吳景芳增補，刑法原理，台灣大學法學院事務處總經銷，1992年，頁 388。

雖然本文之研究核心範圍在於刑法第 310 條第三項真實性條款之證明，但由於刑法第 311 條為第 310 條之特別規定，目的在防衛自己或其誹謗言論涉及法院判決內容、議會議事內容等，故認為是第 311 條之善意言論，因此在類型上係減輕被告之證明負擔。尤其是第 311 條第三款「對於可受公評之事，而為適當之評論者」之規定與第 310 條第三項更是直接相關，故第 311 條與第 310 條第三項應採相同之解釋，一併適用之。因此，亦將第 311 條之規範納入本文之研究範圍內。

刑法第 311 條與第 310 條第三項同是在限定刑罰權之範圍，惟在適用上仍有其不同之處，後者係只要行為人能證明其所指摘或傳述之內容是真實的事實時，就可以不罰；而前者則係不問行為人所指摘或傳述之事是否為真實，只要行為人的行為符合第 311 條之規定者，一概不罰。關於第 311 條在實體法上之定位亦如同前述之第 310 條第三項一樣，學者間對其「不罰」之法律性質有極大之爭議，大致上可分為四種不同之見解：第一、阻卻構成要件事由說；第二、阻卻違法事由說；第三、阻卻責任事由說；第四、客觀處罰事由說等。更有甚者，認為本條所列之四種言論事項不屬上述何者，而係僅為一種宣示性之規範，並非誹謗罪所規範之範圍⁵⁹。至於反映到訴

⁵⁹ 學者柯耀程認為「一般均將刑法第 311 條的規定視為是一種阻卻事由，不論稱其為阻卻構成要件事由，或是阻卻違法事由，在概念的定位上容有疑慮，蓋一方面刑法所規範之行為者，均屬於侵害權利之惡意行為，刑法是不會對於任何善意行為加以規範的；另一方面，誹謗罪死規範的對象，應屬於非受言論自由保護的

訟程序上證明活動的進行方式，因與本文之核心問題「真實性條款之證明」仍有差異，故本文僅在於本節項中作初步概略的敘述。

一、阻卻構成要件事由說：

主張此說之學者認為，由於表見自由為憲法所保障之基本自由中最具重要性之自由，亦為民主憲政所不可或缺之基本自由，故不宜輕易使其受制於刑法之制裁規定。因此，立法者乃於誹謗罪之後特設阻卻構成要件事由⁶⁰，此即刑法第 311 條規定之「以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰。」則行為人既出於善意而發表言論，故無誹謗他人之故意，不該當誹謗罪之主觀構成要件，因此行為人以善意發表言論，而為指摘或傳述有損他人名譽之事實的行為，只要係符合本條所規定之四款事由，即因欠缺構成要件故意而阻卻構成要件該當，不受刑法誹謗罪之處罰。

言論，既非言論自由所保護者，且其言論又有侵害他人之名譽，自然應受到刑法規範之節制，觀第條所定者，要不就屬於言論自由之範圍（如第 2、3、4 款），要不就是法規範所容許之事項（第 1 款），其根本就非誹謗罪規範的範圍，根本上僅能將刑法第 311 條視為一種宣示性之規範，其屬性並非構成要件，當然也不是所謂之阻卻要件。該條所列之四款言論事項，基本上均非屬於誹謗罪規範之範圍，其既不能稱為阻卻構成要件之事由，也非誹謗罪規範的對象，蓋所列言論者，均屬合法言論之範圍，係屬於言論自由保護的內容，既非誹謗罪所規範之對象，自然不能恣意以誹謗罪相繩。參照柯耀程，檢視刑法誹謗罪之正當性—從釋字第 509 號解釋與新新聞案觀察，月旦法學雜誌，第 111 期，2004 年 8 月，頁 181。

⁶⁰ 參照林山田，同前註 6 書，頁 237-240。

如採阻卻構成要件事由之想法，則反映到訴訟程序中，其證明活動的進行方式為何，本文認為如採此說則行為人的證明負擔最輕，舉證責任由檢察官負擔，檢察官需證明行為人於發表言論的行為當時具有惡意，始能成立誹謗罪，且檢察官既認行為人構成要件該當，自須對其行為無阻卻構成要件事由肩負一體之舉證責任，而行為人仍得提出相當之證據、理由，證明自己行為當時係出於錯誤，以阻卻故意之存在。

二、阻卻違法事由說：

此說之主要立論依據在於刑法第 311 條之規定乃專為公益性之考量而設，蓋基於優越利益原則之考量，刑法雖為保護名譽權而規定誹謗罪以限制言論自由之行使，惟立法者在此具有強大公益性的相關事項中，認為此時個人的名譽權應退讓，因此本條所列舉的諸項行為，雖有足以毀損他人名譽之虞，而具有妨害名譽之構成要件該當性，惟此等行為，在性質上屬於正當行為，且行為人係以善意為之，並無行為反價值，而欠缺實質之違法性⁶¹，故當行為人具備誹謗罪之構成要件該當後，若符合本條之四款事由，則可據以阻卻違法。我國多數學者採此說，並有學者指出，刑法分則專就某種犯罪類型訂立特別阻卻違法事由的事例，誠屬「罕見」，但也至少表明了

⁶¹ 參照甘添貴，同前註 29 文，頁 115。

特別捍衛言論自由的立法意旨⁶²。據此，大法官釋字第 509 號解釋在其解釋理由書中亦採此見解，認為：「刑法第 311 條規定：『以善意發表言論』係法律就誹謗罪特設之阻卻違法事由，目的即在維護善意發表意見之自由，不生牴觸憲法問題。」因此，本文認為將本條規定解為阻卻違法事由誠屬可採。

如採阻卻違法事由之想法，則反映到訴訟程序中，其證明活動的進行方式為何，本文認為如採此說則行為人的證明負擔較第一說「阻卻構成要件事由說」為重，亦即行為人需證明其在發表言論之行為當時已事先盡其「合理查證」義務，阻卻已經「合理查證」的言論之違法性，則行為人不構成誹謗罪。

三、阻卻責任事由說：

主張本說之學者亦立論於刑法第 311 條所規定之「以善意發表言論」，而認為行為人以善意發表言論則其無誹謗他人名譽之故意，因此行為人之行為欠缺意思條件，故本條所規定之各款行為，因欠缺責任意思條件，應無罪責，不受刑法之誹謗罪制裁⁶³。如採阻卻責任事由之想法，則反映到訴訟程序中，其證明活動的進行方式為何，本文認為對於行為人之證明負擔大，行為人須對其之所以發表足以毀損他人名譽之言論，證明到沒有「期待可能性」時，才得以阻卻

⁶² 參照林鈺雄，同前註 8 文，頁 76。

⁶³ 參照劉明宜，論刑法誹謗罪—從大法官釋字五 0 九號解釋談起—，中正大學法律研究所碩士論文，2003 年二月，頁 86。

責任。亦即行為人必須證明到換成是任何人，也會為如此之言論的程度時，才可以認為其沒有期待可能性。然而一個沒有誹謗故意的行為何以能該當誹謗罪之構成要件？蓋欠缺故意的行為，應為構成要件不該當，自非犯罪行為，更遑論具有罪責，故此說並不可採。

四、客觀處罰事由說：

採取此說的依據，乃因此解釋最能忠實於法條之文義解釋，且與刑法保護外觀上名譽之態度是一致的⁶⁴。認為刑法第 311 條之規定為一立法者特殊考量下的刑罰阻卻事由之列舉，因其係為具有強大公益性考量的言論，故非不得依本條之規定而免除其刑罰。亦即此說認為行為人之行為符合誹謗罪之規定者仍成立犯罪行為，惟因法律之特別規定認為此等行為欠缺處罰的必要性，且若處罰之亦不具有實益，故而不受刑法誹謗罪之處罰。如採客觀處罰事由之想法，則反映到訴訟程序中，其證明活動的進行方式為何，本文認為對於行為人的證明負擔最重，且本條規定之立法意旨亦將被架空，使得言論自由與個人名譽之間的調和功能無法發揮，因此本文認為此說之見解並不妥當。

第二款 法定事由之論述

⁶⁴ 參照曾根威彥，表現？自由？刑事規制，一粒社發行所，第 1 版第 1 刷，1985 年 1 月，頁 196。

一、以善意發表言論

學者間對於刑法第 311 條規範中「以善意發表言論」就應如何解釋有以下兩種不同見解：其一，根據條文的形式規定，「以善意發表言論」是本條四款事由的共通要件，欲符合本條不罰之規定，則行為人必須具備善意發表之主觀心態，且其所指摘或傳述者具有四款之例示事項，始有本條之適用，因此如果不具備「以善意發表言論」要件，則行為人不得援用本條文中任一款規定作為免除誹謗罪成立的正當理由⁶⁵。其二，從立法者之立法原意出發，其立法考量之核心應為「善意發表言論，不問事情之真偽，概不處罰」，因而認為本條所列舉的四種事由即是善意發表言論的具體表現，只要行為人的行為符合本條所列舉之四種情況，此時即應認為行為人乃是善意發表言論，並進而主張此一「善意」乃是贅字，並無實質意義可言，即便是將其去除亦無礙於本條之適用⁶⁶。本文認為第 311 條所列舉之事項為一訓示性規定，並不排除其他善意發表言論情況之適用，故應以第一說為當，亦即誹謗罪之行為人若欲主張符合本條之規定而不罰時，必須符合善意發表言論之要求。

所謂善意，係指非出於惡意而發表言論，行為人只要係針對公益有關之事提出其主觀意見或評論，而非專以損害他人名譽為唯一

⁶⁵ 參照何建志，同前註 55 文，頁 115；甘添貴，同前註 29 文，頁 115。

⁶⁶ 參照鄭逸哲，同前註 19 文，頁 240-241。

之目的者，即可推定其係出於善意。就被指摘或被評論者而言，他人之指摘、傳述或評論，均令其感到不快或自認為名譽受損，故極易認定行為人非出於善意。因此，是否以善意發表言論，應就具體事件而為客觀判斷，且應就利益權衡理論之原理，妥加權衡審酌，切勿純就被指摘者或被評論者之立場而為判斷⁶⁷。事實上，行為人所傳述者若為真實，則可事先於第 310 條中阻卻其違法性，並無進入本條檢驗之可能，故本條之各款事由必限於針對不實之言論方有適用之機會，且參酌本條立法理由⁶⁸之文義亦可清楚得知，凡是屬於本條列舉的四款情形，即使行為人發表的言論事後被證實為不符事實，也不在處罰之列。故此處之「善意」可參照其他立法之用語，以是否明知或可得而知其陳述者為不實為決定善意之標準，如此之判斷更趨客觀⁶⁹。

如上所述，以「是否明知或可得而知」的善意概念解釋刑法第 311 條可知，只要行為人發表言論時不是明知或可得而知言論內容為虛假，便可不受刑法制裁。即使是在行為時資訊真偽不明的情形，只要行為人不是故意傳播瑕疵資訊，則發表瑕疵言論不在法律處罰

⁶⁷ 參照林山田，同前註 6 書，頁 238。

⁶⁸ 刑法第 311 條之立法理由：「保護名譽，應有相當之限制，否則箝束言論，足為社會之害。故以善意發表言論，而有本條所列情形者，不問事之真偽，概不處罰。庶為保護名譽及言論自由兩者折衷，以求適當。」

⁶⁹ 參照李念祖，媒體誹謗你、我、他—傳播與法律系列研討會（二）論文彙編，政大傳播學院研究暨發展中心發行，1996 年 1 月，頁 105。

範圍之內，而且也不應以事後證明言論不實而加以處罰⁷⁰。惟行為人雖以善意發表言論，並非即無誹謗之故意，亦即如其於發表言論時，認識此舉將可能貶損他人之名譽時，仍得認為具有誹謗罪之構成要件故意。

二、四種言論不罰事由⁷¹

(一) 因自衛、自辯或保護合法之利益者

「自衛」謂出於防衛自己之權益；「自辯」謂為自己辯白；「保護合法利益」謂維護自己依法應享受之權利與法益。故本款係指行

⁷⁰ 參照何建志，同前註 55 文，頁 117。

⁷¹ 至於第 311 條四種言論不罰事由與第 310 條第一項、第二項之關係，傳統的見解認為，第 311 條的規定乃是補充第 310 條之規定，在於無法證明真實且與公益有關時，如果有第 311 條的情事時，可為阻礙違法事由，參照甘添貴，同前註 9 書，頁 348。

但學者鄭逸哲認為，就刑法第 311 條觀之，由於其各款皆是涉公共利益與社會秩序，顯然比單純的評述更應受到保護，因此如果單純視其為補充規定，則有可議之處，因為先以適用範圍較大的構成要件介入了人民的言論自由以後，在將其與憲法言論自由保障相權衡，阻卻違法性，這樣操作的結果，首先就有違憲法的比例原則，再者又將憲法與刑法的位階等量觀之，違反了憲法的最高性，混淆二者的位階關係。因此主張要對現行刑法的誹謗罪作合憲、合理的解釋，勢必將第 310 條、第 311 條一併認識方可。也就是如果有第 311 條的情況時，縱然所言並不是真實，但事由於憲法對於言論自由之規範密度較高，也不能限制其表達意見之自由，否則有違憲法第 23 條之比例原則。參照鄭逸哲，同前註 19 文，頁 242-243。

為人本於防衛自己，或為自己辯白或為保護合法利益，而發表言論。蓋當人民為了保護自己合法的利益而發表言論，若法律要求發表言論者必須證明言論真實始能免於刑法制裁，如此一來對於人民防衛個人合法利益將課予沉重負擔，恐有不合比例原則的嫌疑，故當自己合法利益與他人名譽利益間發生衝突時，法律允許行為人得發表言論優先保護自己利益。且認為只要人民具有法律上的合法利益，除非有來自法律的明文限制，人民在任何公、私領域場合均可自由發表言論保護個人利益⁷²。例如因受他人誣告或被控，在公開場所辯白或在法庭言詞辯論中之陳述等，此時行為人之陳述雖足以使他人名譽有受損害之虞，然其因係出於自衛或自辯，故刑法明定不加以處罰。

因自衛、自辯或保護合法利益之需，固得善意發表自衛性或自辯性之言論；惟此等言論並非毫無限制，而應侷限於為行自衛自辯之必要限度內，即「合比例性」為一重要考量因素，始得依據本款而阻卻違法。至於本款與刑法第 23 條正當防衛之關係，有學者認為本款事由即為正當防衛行為⁷³，惟多數學者仍認為與正當防衛有別，蓋正當防衛須以現在不法侵害為限，且不限於防衛自己權利，而本款並不以現在不法侵害為要件，且係以限於防衛自己、為自己辯駁或保護自己在法律上之利益，與正當防衛有別，故二者不可混為一

⁷² 參照何建志，同前註 55 文，頁 120。

⁷³ 參照黃東熊，刑法概要，1998 年初版，頁 413 以下。

談。

（二）公務員因職務而報告者

公務員執行職務，原屬其身分上所應有之事，本於其職務就其權責範圍，對於某一事項所提出之報告，縱有涉及指摘他人之事實，亦不構成誹謗罪；或所報告之內容不盡屬實，但如出於善意，自亦得阻卻違法。例如警員奉命調查其他涉嫌包庇、喝花酒之警員而陳報其有包娼包賭之情事；又如公務員至立法院備詢，針對立委之質詢，就其職務有關事項提出答覆，若有涉及他人名譽之事者，則有本款之適用。然此項報告必須出於善意且基於職務行為而為之，且非無一定限度，要以其言論是否因職務而發者為判斷。

有學者認為本款事由即是刑法第 21 條第二項所規定依命令之行為⁷⁴，惟應認為兩者仍有所區別，蓋所謂依命令之行為，必須為上級公務員命令範圍內之事項，且該命令具有法定之形式，而命令內容除為上級公務員監督範圍內之事項，亦為下級公務員職務範圍內應執行之事等要件；而本款規定之要件則較為寬鬆，及公務員之報告內容雖非因所屬上級公務員命令之內容，惟僅須其係與職務報告有關者即可不罰。

⁷⁴ 參照黃東熊，同前註 73 書，頁 413。

（三）對於可受公評之事，而為適當之評論者

「可受公評」是個不明確的法律概念，有學者認為此項在本質上乃屬「授權司法個案認定條款」⁷⁵，即是否屬可受公評之事應依具體事件之性質以及與社會公眾之關係而客觀認定之，一般當以與國家社會等公益有直接相關者屬之，

另外，個人活動自願接受公眾之評價者亦屬之⁷⁶，惟如僅涉及個人私德之事，則與公益並無關係，故非可受公評之事，但如超乎常理，極端破壞社會風俗之行為，或已為社會上所傳者，無法掩飾之行為，亦應認其與公益有關，而屬可受公評之事⁷⁷，例如，某作家曾性侵害婦女，且不只一人受害，此情事則屬之。對於此等可受公評之事，行為人本於確信且出於善意，而對之所為之適當評論，雖有時會損及被評論者之名譽，但得依本款事由而不罰，且不問其理由是否充分、其所論是否完全屬實，均認為得阻卻違法。

此外，有學者認為本款之規定與英美法之「合理評論原則」

⁷⁵ 參照鄭逸哲，同前註 19 文，頁 247。

⁷⁶ 參照韓忠謨，同前註 57 書，頁 389。學者林鈺雄亦採此見解：「非公眾人物以及非自願性涉入公眾領域的私人，媒體對其名譽隱私侵犯的報導，應該更有所節制，而對於這些非關公眾之事務，司法實務得否定其為『可受公評之事』的性質，藉此更為精緻區別保護界限。」

⁷⁷ 參照廖正豪，同前註 22 文，頁 55-56。

(fair comment principle)相通⁷⁸，惟合理評論原則僅適用於意見、評論之發表，本文認為本款的適用並不以此為限，而應包括事實陳述。根據刑法第 311 條之立法理由之說明，只要行為人係以善意發表言論，而有本條所列情形者，則不問事之真偽，概不處罰。由此可知本款之試用客體並不限於抒發個人意見的單純評論，亦包括摻雜事實陳述且加以合理評論之言論。此由釋字第 509 號解釋吳庚大法官所提出之協同意見書中亦觀之甚明⁷⁹。

(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

公共事務涉及人民之權益，人民自有知之權利。中央及地方之會議或法院或公眾集會之記事，所涉者皆係公務，且此種會議大都公開為之，故原則上應公諸社會大眾，使其週知，俾人民能明瞭政府之各項措施，及民意代表對政府之監督情形。因此，關於此等記

⁷⁸ 參照林子儀，合理評論原則與退報運動，刊於法律人會診退報案—對退報案第一審判決的法律評鑑，退報運動聯盟印行，1994 年，頁 33，轉引自林山田，同前註 6 書，頁 240。

⁷⁹ 吳庚大法官所提出之協同意見書：「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 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。」

學者何建志亦採與本文相同之見解，參照前揭註 55 文，頁 124。



事，本具有極大之公益性，行為人本於善意而為適當之載述者，除有應秘密之特殊原因外，雖有時可能毀損他人之名譽，但仍得因本款之規定阻卻違法。所謂適當之載述，包括會議或集會內容之記述，指以適當方法於合理範圍內予以報導而言，應依據實際情形而為記載，不得有渲染誇大不實，挑撥歪曲事實之情事，否則此等載述即喪失其公益性。

以上四種法定事由，有係出於自衛者，有係由於執行公務者，有係主張為公評之陳述者，又係為公眾而報導者，所包者廣，皆屬善意之正當言論，縱使刑法未特別予以明示，當然仍在不罰之列，然立法者之所以不厭其煩於刑法第 311 條一一列舉者，無非是在求言論自由之範圍與其限制界限更臻明確，進而使得言論自由獲得最大可能的尊重。

第四節 小結

刑法為了尊重個人之名譽法益，設有誹謗罪之規定，但若不予以適當節制，刑罰制裁有可能直接衝擊個人言論自由之空間，甚至造成寒蟬效應。為調和名譽權與言論自由權此一衝突關係，故有刑法第 310 條第三項：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」之規定產生。至於此項證明真實性條款之性質為何，大致上可分為四種不同見解，即阻卻構成要件事由說、阻卻違法事由說、阻卻責

任事由說，與客觀處罰事由說等，本文依多數學者見解，將刑法 310 條第三項之真實性證明條款理解為「阻卻違法事由」，認為應放在違法性階層來討論。蓋對於具有真實性的誹謗行為，在構成要件階層只能夠確認一個人的名譽法益是否真有被侵害的事實而已，直到違法性階段才會判斷這樣的侵害事實，是否具有相當理由一出於真實的、公益的言論表述。如有，即可阻卻違法性，屬於憲法保障言論自由之範圍。因此，行為人意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，應該當誹謗罪之構成要件，但若為真實且與公益有關者，即欠缺實質上之違法性。而所謂「真實」係指有相當合理根據或資料得以大致推論事實為真實即可，也就是說，只要行為人於行為時有相當合理之根據或資料足以推論所指摘或傳述之事實係屬真實之點上，則得阻卻違法，不成立刑法之誹謗罪。

又，如採阻卻違法事由之想法，則反映到訴訟程序中，其證明真實活動的進行方式，本文認為對被告的證明負擔較為減輕，亦即縱使在客觀上無法於訴訟中證明為真實，若被告在行為時有相當理由認識其指摘事項為真實者，則因主觀上發生對於構成阻卻違法事由之事實錯誤，而得阻卻故意的成立，行為人仍不負誹謗罪之罪責。