

## 第四章 我國審判實務關於誹謗真實性條款證明之 運作觀察

### 第一節 前言

本文重心在於探討被告犯誹謗罪事實證明之問題，屬於對於實體法事實的證明的舉證責任之探討。雖然現行法第 161 條已課予檢察官就被告犯罪事實應負舉證責任，但對於某些犯罪事實之存否，被告具有特殊知覺或認識，是否發生舉證責任之例外，例如刑法第 310 條第三項證明真實之阻卻違法事由，究竟由誰負舉證、如何舉證、舉證至何種程度等，在實務運作上模稜兩可而未有定見，亦有必要透過實證觀察，做進一步的歸納分析，以了解審、檢、辯三方實際操作狀況，釐清問題所在。因此，本章以下將對於第二審及第三審之裁判作雙向觀察，並作類型化分析，以進行初步之整理。另外，針對實務判決分析部分，雖然本文之重心在於公訴程序，但由於蒐集之案例包括自訴案件，故一併處理之。刑事訴訟法在修正之後，自訴人之地位相當於檢察官，其所擔負之證明負擔，理論上與檢察官應沒有實質之差異，至於實務上之運作是否亦確是如此？本文將於其後進一步探討之。

蒐集方法有三個基礎：第一、蒐集對象方面，在第二審僅針對台灣高等法院的判決，而第三審當然係指最高法院；第二、蒐集條

件方面，在蒐集判決設定其檢索語詞條件時，本文係以輸入「誹謗」&「真實」&「舉證」的方式，來搜尋與本文研究議題—「誹謗真實性條款之證明」相關連之判決；第三、蒐集時點方面，由於大法官釋字第 509 號係於民國 89 年 7 月 7 日公布，因此本文針對公布後一年內（即 89 年 8 月 1 日起至 90 年 12 月 31 日）以及最近三年內（93 年 7 月 1 日起至 96 年 12 月 31 日），來觀察高等法院與最高法院在不同時點對於「真實性之證明」之見解有無不同，以及此上、下審級彼此間之見解又有何差異等。

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，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金」。同條第三項則規定：「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」<sup>1</sup>。對於條文所謂「能證明其為真實」一語，究指須由何人證明，法未明文，不無解釋空間。

根據前述刑事訴訟法第 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」，故檢察官負有犯罪成

---

<sup>1</sup>此外，刑法第 311 條亦規定「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」等阻卻違法事由。

立事實之舉證責任，但刑法第 310 條第 3 項是否課予被告舉證自己不成立犯罪之義務？對此，司法院大法官解釋做成第 509 號解釋表示：「刑法第 310 條第 1 項及第 2 項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要，符合憲法第 23 條規定之意旨。至刑法同條第 3 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。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。」此外，在蘇俊雄大法官對於本號解釋之協同意見書中，對於刑法第 310 條第 3 項亦指稱：「如果進而將刑法第 310 條第 3 項之規定解釋為行為人必須負證明所言確為真實的責任，更無異於要求行為人必須證明自己的行為不構成犯罪，亦違反了刑事法上『被告不自證己罪』的基本原則。對於所謂『能證明為真實』其證明強度不必至於客觀的事實，只要行為人並非故意捏造虛偽事實，或並非因重大的過失或輕率而致其所陳述與事實不符，皆應將之排除於刑法第三百十條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。」此一解釋既出，便成為我審判實務上難以忽視之重要指標。

既然大法官會議解釋第 509 號已表示見解如上，最高法院及高

等法院所採取的態度又是如何？針對本文所收集之相關判決，分析整理如下所述。

## 第二節 以案件類型觀察

### 第一項 高等法院

#### 第一款 案件數量

本文於上述時點範圍內所搜尋到的相關高等法院判決，計有 52 件（釋字 509 號公布後一年內有 19 件；最近三年內有 33 件），大部分為刑法第 310 條之誹謗案件共計 44 件（釋字 509 號公布後一年內有 16 件；最近三年內有 28 件），因公職人員選舉罷免法第 104 條<sup>2</sup>而涉及之誹謗案件則有 7 件（釋字 509 號公布後一年內有 3 件；最近三年內有 4 件），特別的是還有 1 件是因集會遊行法<sup>3</sup>所涉及的誹謗公署案件（95 上易 775）。

---

<sup>2</sup> 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。」（96.11.07 新修正之條文，原條文規定之條號為第 92 條）

<sup>3</sup> 集會遊行法第 30 條規定：「集會、遊行時，以文字、圖畫、演說或他法，侮辱、誹謗公署、依法執行職務之公務員或他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣六萬元以下罰金。」

## 第二款 訴訟型態

上開判決中，自訴案件較公訴案件為多（自訴為 30 件，公訴為 22 件），再更細微分析觀察，發現涉及刑法第 310 條之誹謗案件大部分係由被害人自行提起之自訴案件，共計 28 件，公訴案件僅 19 件；因公職人員選舉罷免法第 104 條而涉及之 7 件誹謗案件並非全是由檢察官所提起公訴案件，其中仍有 2 件是自訴案件，由被害人或其他有自訴權之人所發動之訴訟程序。

## 第三款 有無選任辯護人

上開判決中，約有三分之二的判決中的被告有選任辯護人（52 件中占了 34 件），在更細微觀察發現，超過半數的刑法第 310 條誹謗案件之被告有選任辯護人，44 件占了 27 件（有罪判決有 19 件，無罪判決有 8 件）；而涉及公職人員選舉罷免法第 104 條之誹謗案件幾乎均有選任辯護人，計 6 件（有罪判決有 2 件，無罪判決有 4 件），僅有 1 件未選任辯護人（89 上訴 4528，為無罪判決）；唯一一件涉及集會遊行法之案件亦有選任辯護人（95 上易 775，為無罪判決）。

## 第四款 上訴主體及判決結果

上開判決中，由檢察官提起第二審上訴者，計 11 件，判決結果被駁回者有 10 件，僅 1 件為撤銷發回（95 上更（一）444）；由自

訴人提起上訴者，計 21 件，判決結果被駁回者有 19 件，僅 2 件為撤銷發回（90 上易 2673、95 上易 2424）；由被告提起上訴者，計 10 件，判決結果被駁回者有 4 件，而 6 件為撤銷發回（89 上易 4499、92 上更（二）519、93 上更（一）290、94 上易 987、94 上易 1441、96 上易 1098）；檢察官及被告均提起上訴者，計 5 件，判決結果被駁回者有 3 件，其餘 2 件為撤銷發回（93 上訴 2593、95 上易 1112）；自訴人及被告均提起上訴者，計 5 件，判決結果被駁回者僅有 1 件，其餘 4 件為撤銷發回（89 重上更（四）76、89 上易 2470、90 上更（一）872、92 上訴 2411）。

由上述觀察的結果可發現有兩點特徵：其一，絕大部分之誹謗案件的訴訟結果為無罪判決，可見實務上均能貫徹憲法第十一條、刑法第 310 條第三項之立法理由、以及大法官釋字第 509 號解釋意旨，對於行為人之言論自由給予其最大限度之保護，以便其實現自我、溝通意見及監督各種社會或政治活動之功能得以發揮，符合言論自由之保障精神。其二，雖然大部分判決上訴至第二審時，高等法院亦認同原審所採之見解，亦即對於認定釋字 509 號解釋的標準與原審之見解一致，惟其中仍不乏判決在上訴至最高法院時發生「案件逆轉」的情形，至於其逆轉之理由為何，同樣以釋字 509 號解釋來看，為何原審認為被告所提之證據資料仍不足以認定其具有相當理由，但高等法院卻認為其已足夠；或者反之，原審認為被告所提之證據資料已足以構成相當理由，但高等法院卻認為仍不足夠，亦即高等法院作為認定標準的「那一把尺」究竟在哪裡？另外，特別

的是其中有一件判決(93年度上訴字第2593判決)在第二審時被判決撤銷發回,即高等法院認為被告有罪,但之後同一案件事實上訴至第三審時,最高法院(94年度台上字第5390號判決)卻認為以「第二審撤銷第一審判決予以改判尚嫌速斷」之理由再予以撤銷高等法院判決,而認為原告無罪。此上、下審級對於認定釋字509號解釋標準的「那把尺」究竟有何不同?關於以上兩個問題,本文將於第三節深入探討之。

## **第二項 最高法院**

### **第一款 案件數量**

本文於上述時點範圍內所搜尋到的相關最高法院判決,計有91台上2588、91台非219、93台上1323、93台非108、93台非303、94台上975、94台上1557、94台上2482、94台上5247、94台上5390、95台上2899、95台上5049等12則判決。上述12件判決中,除1件為刑法第310條之誹謗案件(91台非219)外,其餘皆因公職人員選舉罷免法第104條而涉及之誹謗案件。

### **第二款 上訴主體及判決結果**

上開判決中,由檢察官提起第三審上訴者,計3件(94台上575、94台上1557、94台上2482,均駁回);由被告提起上訴者,

計 4 件( 93 台上 1323、94 台上 5247、94 台上 5390、95 台上 5049 , 其中, 2 件駁回、2 件撤銷發回 ); 非常上訴者, 計 3 件( 91 台非 219、93 台非 108、93 台非 303 , 均駁回 ); 其餘 2 件, 一件由自訴人提起上訴( 91 台上 2588 , 駁回上訴 ), 另一件則被告、自訴人均提起上訴( 95 台上 2899 , 均駁回上訴 )。

### 第三項 分析

在高等法院的判決中, 其案件類型大部分係與刑法第 310 條之誹謗罪有關, 然而在最高法院的判決卻是相反情形, 其中涉及到刑法第 310 條誹謗罪卻僅有一件, 絕大部分是因公職人員選舉罷免法第 104 條而涉及之誹謗案件。造成如此的結果, 最主要的理由係因刑事訴訟法第 376 條第一款之規定: 「左列各罪之案件, 經第二審判決者, 不得上訴於第三審法院: 一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。」刑法第 310 條誹謗罪所規定之法定刑為「一年( 第二項加重誹謗罪為二年 ) 以下有期徒刑、拘役或罰金」符合上開條款規定, 故不得上訴於第三審法院, 通常於第二審判決後即已判決確定; 同理, 集會遊行法第 30 條之誹謗公署罪所規定的法定刑為「二年以下有期徒刑、拘役或科或併科罰金」, 結論亦同。反之, 公職人員選舉罷免法第 104 條所規定之誹謗罪法定刑為「五年有期徒刑以下」, 不符刑事訴訟法第 376 條第一款之規定, 故當

事人如不服第二審法院判決，得上訴於第三審，因此最高法院的案  
件類型多是因公職人員選舉罷免法第 104 條而涉及之誹謗案件。

至於法院在處理誹謗案件時，於公訴審與自訴審中，對於檢察  
官與自訴人所採取之標準有無不同，雖然刑事訴訟法在修正之後，  
自訴人之地位相當於檢察官，其所擔負之證明負擔，理論上與檢察  
官應沒有實質之差異，實務上之運作亦確是如此，高等法院與最高  
法院對於自訴人亦採取與檢察官相同之證明負擔。

另外，值得注意的是，在台灣高等法院判決中，有一件是因集  
會遊行法所涉及的誹謗公署案件，即是 95 年度上易字第 775 號。本  
案之犯罪事實係檢察官以被告丙 為「民主行動聯盟」總召集人，  
於接受媒體記者訪問，公然指稱「國防部有人在立法院裡頭，拿錢  
就是收買，直接的收買立委，告訴我們這個消息的人說他是親眼看  
見」等語，因而認被告涉犯集會遊行法第三十條之於集會時以演說  
誹謗公署罪嫌，原審判決即臺北地方法院 94 年度易字第 258 號認  
為，集會遊行法第 30 條之集會遊行誹謗罪亦應有「合理評論原則」  
及「實際惡意原則」之適用，亦即集會遊行法第 30 條之集會遊行誹  
謗罪亦可適用刑法第 310 條第三項及同法第 311 條規定真實及善意  
之言論予以不罰之規定，並具體指出應以明文化為宜。在此前提下，  
原審法院認為「被告乙 關於軍購案之言論，係對於攸關公益事

項所為之評述，被告並無惡意毀損告訴人名譽之不法意圖，客觀上亦無虛捏足認有毀損其名譽之具體事實，誠屬對於可受公評之事而為適當之評論，具有社會容許性，就事論事加以適當之評論，當為現今民主社會言論之所許。況其評論並非全然無據，係耳聞自乙所言，有所依據，縱其內容對國防部所作之批評，容有用字遣詞稍嫌誇張之處，惟其行為尚乏誹謗之故意意圖，所為仍屬刑法善意之範疇」，因而判決被告無罪。其後於第二審判決 95 年度上易字第 775 號予以肯認之，本案不得上訴於第三審，故因而無罪確定。

### 第三節 真實性證明之處理

#### 第一項 有關真實性證明條款之定位

關於刑法第 310 條第三項所規定之真實性證明條款的定位，雖然學者間之見解分歧，惟多數學者及大法官釋字第 509 號解釋均將其解釋為「阻卻違法事由」，理由本文已於前述，至於公職人員選舉罷免法第 104 條所規定之關於選舉誹謗條文，對於選舉誹謗案件之真實性證明方面係採「阻卻構成要件故意說」為主，然而，在高等法院相關判決中卻有不同之看法。

將高等法院判決以不同誹謗類型來分別觀察，在涉及刑法第 310

條第三項誹謗案件部分：以不同時點來看，在釋字 509 號解釋甫公布一年內，均能遵照該號解釋意旨來認定被告是否成立誹謗罪，惟仍有 1 件判決（90 上易 2673）似乎將真實證明條款定位為「客觀處罰條件說」；而在最近三年內，雖然大部分判決仍依釋字 509 號解釋採阻卻違法事由說，但是其中仍有 2 件判決（93 上易 566、95 上易 895）直言對真實條款之定位採「阻卻構成要件事由說」，且另有 1 件判決（95 上易 1294）依其理由觀之，可認為係採「客觀處罰條件說」。

在涉及選罷法第 104 條之選舉誹謗案件部分：本文檢視分析相關之高等法院判決後，認為實務上在處理被告真實性之證明時，對於選舉誹謗案件與刑法誹謗案件似乎有相混淆之情形。前者已由釋字第 509 號解釋明文指出採「阻卻違法事由說」；後者觀其立法意旨則應採「阻卻構成要件故意說」，對於條文所謂「散布謠言或傳播不實之事」，需被告主觀上明知或可得而知其所散布或傳播者為謠言或不實之事項，而仍本於真確之惡意，以文字等方式予以散布、傳播，始成立誹謗罪，即採所謂「真正惡意原則」（actual malice）之審查基準。在本文所蒐集到與選罷法誹謗案件有關的 7 件高等法院判決中，遵從選罷法第 104 條之規範意旨採阻卻構成要件故意說者有 4 件（89 上訴 3726、89 重上更（四）76、89 上訴 4528、93 上更（一）290），惟仍有 1 件採阻卻違法事由說（93 上易 2593），其餘 2 件採客觀處罰事由說（93 上訴 2923、95 上更（一）444）。

因此，可將高等法院判決分別依其係涉及刑法 §10 誹謗或是選舉誹謗案件，大致上分為三種類型：

#### 第一款 類型一：採阻卻違法事由說

##### 一、刑法 §10 誹謗案件

絕大部分涉及刑法 §10 第三項的高等法院判決（44 件中占了 40 件）均能遵照釋字 509 號之解釋意旨，對於真實條款採「阻卻違法事由說」，即縱使被告在客觀上無法於訴訟中證明為真實，如果依其在行為時有相當理由認識其指摘事項為真實者，被告仍不成立誹謗罪。其中有幾件判決即明言指出對刑法第 310 條第 3 項被告真實證明採阻卻違法事由說，如 95 年度上易字第 1909 號判決：「故立法者另在刑法第 310 條第 3 項明列阻卻違法事由。」以及 95 年度上易字第 1294 號所肯認之原審判決（95 年度易字第 287 號判決）亦認為：「按刑法第 310 條第 3 項前段『對於所誹謗之事，能證明為真實者，不罰。』之規定，固非謂行為人必須自行其言論內容確屬真實，始能免於刑責，然行為人仍應憑足認其有相當理由確信其為真實之證據資料而指摘，始得謂有上開阻卻違法事由之適用。」

##### 二、選舉誹謗案件

針對選舉誹謗案件中關於被告真實性證明之處理，應採阻卻構成要件故意事由說，惟仍有一件判決違反公職人員選舉罷免法第 104 條之立法體例，而以阻卻違法事由見解來處理被告真實性證明的問題，亦即 93 年度上易字第 2593 號判決，本文認為此判決亦為實務混淆刑法誹謗案件與選舉誹謗案件之證明。該判決首先指出「刑法第 310 條第 3 項另規定：『對於所誹謗之事，能證明為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。』，亦即非涉於私德、與公共利益有關之事，倘能證明其為真實者，即阻卻前開加重誹謗罪構成要件之違法性。」其後又認為「況證人張茂松所述談及丁○○與女化妝師較為親密之情，核僅屬街談巷議、充為茶餘飯後閒談聊天之資，被告身為政治人物，又以召開記者會、出版書籍之方式對外大量散布此一傳聞，依前開揭櫫之法律見解，被告自應負有較高之查證義務，被告捨此不為，率以證人張茂松之證言作為其前開關於丁○○與其專屬女化妝師有外遇此一傳述之依據，自難認其已盡查證義務。被告身為政治人物，既未能提出所以撰寫上開有關女助理部分文字之消息來源或依據，又未盡任何查證之責，且就專屬女化妝師部分亦未盡相當之查證之責，實難認被告所指摘之事為真實，或有任何確信為真實之相當理由。」在處理被告真實性證明問題的部分，上開判決對於選舉誹謗案件中本應採阻卻構成要件故意說，卻以刑法第 310 條第三項之阻卻違法事由見解來處理它，本文認為並不妥當，蓋此判決見解已不當加重被告之證明負擔，對於被告並不公平。

## 第二款 類型二：採阻卻構成要件事由說

### 一、刑法 §10 誹謗案件

在本文所蒐集到之高等法院判決中，高等法院似乎並無區分刑法 §10 誹謗案件與選舉誹謗案件，在選罷法案件中以阻卻違法事由來處理，已如前述，而在刑法第 310 條第三項誹謗案件中，仍有二件判決直接指出對刑法第 310 條第 3 項被告真實證明是採取「阻卻構成要件事由說」，如 93 年度上易字第 566 號判決即指出：「雖然我國誹謗罪的構成要件並未就行為人是否認識其指摘或傳述之事是否為真實加以規定，然刑法第三百十條第三項之規定為阻卻構成要件事由的主觀要件，向為多數實務見解所採，因此，在非涉及私德而與公共利益有關的情形下，行為人之故意應包括對『其所指摘或傳述之事為不實』的認識，如果行為人主觀上非明知其所指摘或傳述之事為不實，即具備該阻卻構成要件事由的主觀要件，而欠缺構成要件故意，不成立誹謗罪。」以及 95 年度上易字第 895 號判決認為：「然刑法第三百十條第三項之規定為阻卻構成要件事由的主觀要件，為多數實務見解所採，」亦同此見解。上開二則判決見解雖最能保障個人之言論自由，且對於被告的證明負擔最輕，然而相對地，亦賦予了檢察官（或自訴人）有較重之舉證負擔，檢察官（或自訴人）需證明被告於指摘或傳述事實的行為當時具有故

意，始能將其論罪，此判決見解似乎過度加重檢察官（或自訴人）之證明負擔。

## 二、選舉誹謗案件

依公職人員選舉罷免法第 104 條的法文可知，對於選舉誹謗案件的真實證明係以阻卻構成要件故意為主，而在本文所蒐集到之選舉誹謗案件中，有過半數之判決（7 件中占了 4 件）均能遵從選罷法第 104 條之立法意旨，對於被告真實性之證明採「阻卻構成要件故意事由」之見解，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。如 93 年度上更（一）字第 290 號判決認為「由上所提供之證據可知，足認被告於八十七年九月二十四日在中國時報第七版、及於競選之文宣宣傳單所刊載內容，乃係依據其所掌握之證據資料所為之事實陳述，並無不實之處。被告於刊登、散發上開廣告、文宣前既已踐行合理查證，確信所報導為真實者，即不得繩以誹謗罪名」。

再者，89 年度上訴字第 3726 號判決認為「按公職人員選舉罷免法第九十二條所謂「散布謠言或傳播不實之事」，需行為人主觀上明知其所散布或傳播者為謠言或不實之事項，而仍本於真確之惡意，以文字等方式予以散布、傳播，始與該罪之構成要件相當，即所謂「真正惡意原則」（actual malice）之審查基準；被告八人

根據上開傳播媒體之報導或周知之事件，據以為公訴人所指之攻擊言論，渠等固無法提出積極事證證明告訴人四人確有渠等所指之事實，且未予詳加查證其所陳述之事實是否已有更異，被告八人所為或有疏虞，然依前開之說明，其並非全然無據，核未逾一般人足產生合理懷疑之範疇，而認被告八人有虛構事實並據以傳播之「真正惡意」。本件公訴人對於系爭報導是否屬實，令被告辯方負舉證之責，並以其未予求證、未舉證以實其說即持之指摘或傳述，而認被告等顯非出於善意一節，核與前揭大法官解釋釋字第五〇九號之解釋意旨有所違背。」，以及 89 年度重上更（四）字第 76 號判決認為「被告八人根據上開傳播媒體之報導或周知之事件，據以為公訴人所指之攻擊言論，渠等固無法提出積極事證證明告訴人四人確有渠等所指之事實，且未予詳加查證其所陳述之事實是否已有更異，被告八人所為或有疏虞，然依前開之說明，其並非全然無據，核未逾一般人足產生合理懷疑之範疇，而認被告八人有虛構事實並據以傳播之「真正惡意」。本件公訴人對於系爭報導是否屬實，令被告辯方負舉證之責，並以其未予求證、未舉證以實其說即持之指摘或傳述，而認被告等顯非出於善意一節，核與前揭大法官解釋釋字第五〇九號之解釋意旨有所違背。」雖然上述判決有引用釋字 509 號之解釋意旨，然在處理選罷法之誹謗案件上卻較該號解釋更加放寬標準，即以「真正惡意」來認定犯罪事實，只要被告無「明知仍故意傳播不實言論的惡意」，即不構成誹謗罪。在選舉誹謗案件中，採阻卻構成要件事由之見解係值得肯定的，並符合法所期待。

另外，下述判決亦可歸類於此類型，即 89 年度上訴字第 4528 號判決認為「對汐止地價略有了解之人單從該文宣所載謄本及監察院資料記載，已足以使人誤信非二十五筆土地、建物共同擔保三筆抵押貸款，進而合理懷疑超貸事實可能存在，從而被告辯稱伊憑據該文宣所載資料及所憑相關資料觀察，未察覺出二十五筆不動產共同擔保問題，實易使人產生合理懷疑，進而認同該文宣內容並主張之，無誹謗自訴人及意圖使自訴人戊 不當選之故意，亦無明知不實仍為陳述之惡意等語，即足採信」。

### 第三款 類型三：採客觀處罰條件說

#### 一、刑法 §10 誹謗案件

本文認為客觀處罰條件說係在釋字 509 號解釋尚未公布前之多數見解，理由已於前述，然而，在該號解釋公布後，大部分法院均能貫徹其意旨而改採阻卻違法事由之見解。於本文所蒐集之高等法院判決內，其中仍有二件判決遵從過去舊有想法，對於刑法第 310 條第 3 項被告真實證明採「客觀處罰條件說」，如 95 年度上易字第 1294 號所肯認之原審判決（95 年度易字第 287 號判決）認為：「而被告等指摘之文字，非但不能舉證為真實，且核與公共利益無關，更非屬自衛、自辯或保護合法利益之言論，或可受公評之事，自難謂被告係出於善意。」，以及 90 年度上易字第 2673 號判決認為：

「被告上開供述前後矛盾，且與證人之證詞相左，被告均無法提出明確之說明或舉證，僅託詞拒絕透露來源而含混帶過，顯難為有利被告事實之認定」。上開二則判決雖然更能重視個人名譽權之保護，但是相對地，亦較為限制人民之言論自由，且對被告的證明負擔亦過重。

## 二、選舉誹謗案件

對於涉及選罷法第 104 條之選舉誹謗案件採取客觀處罰事由之想法，本文認為不僅違反了公職人員選舉罷免法之立法意旨，而且亦不當加重被告之證明負擔，對其並不公平，惟仍有判決採此說，如 95 年度上更（一）字第 444 號判決，認為「被告所指告訴人「競選買票選民唾棄」乙節，被告未能提出其何以確信告訴人競選買票為真實之事證。被告自始即依自己之情報指告訴人涉賄選。此外，並無其他客觀之資料足以佐證被告所言，被告以上開文字指摘告訴人競選買票，空言辯稱所指均為真實，委無足採。」，93 年度上訴字第 2923 號判決與上開判決為同一案件事實，其法院之判決見解亦同，故亦可歸類為此類型。

### 第二項 真實性之證明程度

#### 第一款 高等法院

在本文所蒐集到關於誹謗之台灣高等法院判決中，在大法官釋字第 509 號公布實行後一年，共 19 件判決，如以判決結果來看：無罪判決共計 16 件；有罪判決共計 3 件，而無論無罪或有罪判決，對於被告真實性證明程度的標準，基本上大多能貫徹釋字 509 號解釋所言之有「相當理由」確信其為真實者為判決基準。如以案件類型來看：刑法第 310 條之誹謗案件共計 16 件（其中有罪判決為 3 件；無罪判決為 16 件），對於被告真實性證明程度的標準，基本上大多能貫徹釋字 509 號解釋所言之有「相當理由」確信其為真實者為判決基準。因公職人員選舉罷免法第 104 條而涉及之誹謗案件則有 3 件（均為無罪判決），對於被告真實性證明程度的標準，係以足以使人產生「合理懷疑」即可，亦即只須難認有「真正惡意」為已足而判決被告無罪。

進而在最近三年內之相關判決共計 33 件，如以判決結果來看：無罪判決共計 21 件，有罪判決共計 12 件。如以案件類型來看：刑法第 310 條之誹謗案件共計 28 件（其中有罪判決為 9 件；無罪判決為 19 件），觀察其結果，發現雖然上開相關刑法第 310 條的判決大部分亦係以釋字 509 號解釋意旨的有「相當理由」確信其為真實者為判決基準，惟仍有 3 件判決<sup>4</sup>有放寬標準之特徵，亦即對於被告真

---

<sup>4</sup> 此 3 件判決為：93 年度上易字第 566 號、96 年度上易字第 1535 號、96 年度上易字第 1466 號。

實性證明程度的標準，係以足以使人產生「合理懷疑」為已足而判決被告無罪，不同於釋字五〇九號解釋甫公布一年內之情形。而公職人員選舉罷免法第 104 條之誹謗案件則有 4 件(其中有罪判決為 3 件；無罪判決為 1 件)，對於被告真實性證明程度的標準，能貫徹選罷法之立法意旨，係以足以使人產生「合理懷疑」為標準，亦即只須難認被告有「真正惡意」為已足，惟仍發現有 1 件判決<sup>5</sup>卻將標準提高，對於選罷法案件以釋字第 509 號所創設之標準作為判決基準，條件似乎過於嚴格。

因此，可將高等法院判決分別依其係涉及刑法 §10 誹謗或是選舉誹謗案件，作以下的敘述：

#### 一、刑法 §10 誹謗案件

##### (一) 類型一：純粹以釋字 509 號解釋為基準

認為刑法第 310 條第 3 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。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴

---

<sup>5</sup> 此判決為：95 年度上更(一)字第 444 號。

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。推其對於刑法第 310 條第 3 項解釋意旨，僅在減輕被告證明其言論（即指摘或傳述誹謗事項）為真實之舉證責任，但被告仍須提出「證據資料」，證明有理由確信其所為言論（即指摘或傳述誹謗事項）為真實，否則仍有可能構成誹謗罪刑責。至於有關證據資料之類型為何，本文將於下一節分析之。

（二）類型二：放寬標準—只須難認有「真正惡意」已足

雖然於釋字 509 號解釋公布後，大多數判決均能遵照該號解釋意旨，以作為認定誹謗罪之基礎，惟在最近三年內，卻有 3 件判決的見解較釋字 509 號解釋更加放寬標準。分別是：93 年度上易字第 566 號判決、96 年度上易字第 1535 號判決、以及 96 年度上易字第 1466 號判決。93 年度上易字第 566 號判決將真實證明條款定位為「阻卻構成要件事由」，認為誹謗罪的故意包括對「其所指摘或傳述之事為不實」的認識，如果被告主觀上非明知其所指摘或傳述之事為不實，即欠缺構成要件故意，不成立誹謗罪，亦即採取所謂的「真正惡意原則」。上開判決認為：「被告丙 之論述，係相信證人己 之陳述確為真實，而已 有關自訴人所涉不法情節之供述嗣亦經台北地檢署引為證明自訴人犯罪之積極證據，可信被告丙

於召開記者會時，並非毫無根據、自行撰述而為上開傳述指摘，堪認被告丙 係有相當理由確信為真實而發表言論，可推定係出

於善意，尚難認被告丙 主觀上具有誹謗自訴人名譽之『真正惡意』。」

再者，96 年度上易字第 1535 號判決以被告有引述其他公眾人物（如游揆）的言論，以及依媒體報章雜誌之報導，認為：「被告之言論是在陳述其對於甲 之處理立場，並就其性質進行評價 因此被告就該等事務，對於具體事實有合理之懷疑或推理，而依其個人主觀之價值判斷，公平合理提出主觀之評論意見，且非以損害他人名譽為唯一之目的者 難認有何虛捏事實之惡意存在，而所述『贓款』、『掏空』等用語或欠嚴謹，然經綜觀前述全文意旨，亦難認有貶損自訴人名譽之情形。」以及 96 年度上易字第 1466 號判決：「被告並非在陳述特定之事實，而係以過往存在之客觀事實為基礎，就自訴人即將搭乘空軍一號出訪國外之事實，依其個人價值判斷提出其主觀之合理懷疑 難認被告就此部分之討論基礎，有以虛構情節誤導他人或以情緒性謾罵字眼傳述不實事實之誹謗惡意。」均可歸類為此類型。

上開三則判決雖有引用釋字 509 號解釋意旨，但實質上卻將「相當理由」和「合理懷疑」相混淆，並在最後採取更低的標準—「真正惡意」來認定犯罪事實，亦即只要被告無「明知仍故意傳播不實言論的惡意」，即不構成誹謗罪。上開判決有關刑法第 310 條第 3 項之標準採較寬鬆的解釋，雖然更能保障個人之言論自由，惟另一方

面，亦賦予了檢察官（或自訴人）有更高的舉證負擔，以及犧牲了被害人之名譽法益。

## 二、選舉罷免案件

### （一）類型一：貫徹立法意旨—只須難認有「真正惡意」已足

觀其公職人員選舉罷免法第 104 條之立法意旨可知，選舉誹謗案件的真實性證明定位為「阻卻構成要件故意」，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。大部分的判決均能貫徹該條文之立法意旨，以依被告所提之證據資料，客觀上已足使一般人產生「合理懷疑」為標準，亦即只須難認有「真正惡意」為已足來判決被告無罪。例如：89 年度上訴字第 3726 號判決與 89 年度重上更(四)字第 76 號判決。

89 年度上訴字第 3726 號判決認為「被告八人根據上開傳播媒體之報導或周知之事件，據以為公訴人所指之攻擊言論，渠等固無法提出積極事證證明告訴人四人確有渠等所指之事實，且未予詳加查證其所陳述之事實是否已有更異，被告八人所為或有疏虞，然依前開之說明，其並非全然無據，核未逾一般人足產生合理懷疑之範疇，而認被告八人有虛構事實並據以傳播之「真正惡意」。本件公訴人對於系爭報導是否屬實，令被告辯方負舉證之責，並以其未予求

證、未舉證以實其說即持之指摘或傳述，而認被告等顯非出於善意一節，核與前揭大法官解釋釋字第五〇九號之解釋意旨有所違背。」89 年度重上更（四）字第 76 號判決認為「對汐止地價略有了解之人單從該文宣所載謄本及監察院資料記載，已足以使人誤信非二十五筆土地、建物共同擔保三筆抵押貸款，進而合理懷疑超貸事實可能存在，從而被告辯稱伊憑據該文宣所載資料未察覺出二十五筆不動產共同擔保問題，而產生合理懷疑，進而認同該文宣內容並主張之，並無明知不實仍為陳述之惡意等語，即足採信。」

上開二則選舉誹謗判決雖有引用釋字 509 號解釋意旨，但文字上係將「相當理由」和「合理懷疑」合併論述，並在最後採取更低的標準—「真正惡意」來認定犯罪事實，亦即只要被告無「明知仍故意傳播不實言論的惡意」，即不構成誹謗罪，不僅符合法所期待，且亦不生不當加重被告證明負擔之問題。

#### （二）類型二：提高標準—被告需提出相當之證據資料

雖然大部分高等法院判決對於選舉誹謗案件，均能貫徹立法意旨以足以使人產生「合理懷疑」為標準，惟 95 年度上更（一）字第 444 號判決卻將標準提高，也就是說，對於因選罷法第 104 條所涉及之選舉誹謗案件，以釋字第 509 號解釋所創設之標準來作為判決被告有罪與否之基準，亦即認為被告雖無庸自行證明其言論內容為真實，但被告仍須提出相當之證據資料，來證明自己的確具有「相當

理由」確信其所為言論（即指摘或傳述誹謗事項）為真實。如果被告無法做到這樣的證明程度，仍然有可能會被論處誹謗罪刑責。上開判決認為：「被告所指告訴人「競選買票選民唾棄」乙節，被告未能提出其何以確信告訴人競選買票為真實之事證。」本文認為，對於選罷法案件以釋字第 509 號所創設之標準作為判決基準，條件似乎過於嚴格，不僅違反了公職人員選舉罷免法之立法意旨，且亦不當加重被告之證明負擔，對於被告極度不公平。

## 第二款 最高法院

在本文所蒐集關於誹謗之最高法院判決中，共計 12 件，如以判決結果來看：無罪判決共計 9 件，有罪判決共計 3 件。如以案件類型來看：除 1 件為刑法第 310 條之誹謗案件（91 台非 219）外，其餘皆因公職人員選舉罷免法第 104 條而涉及之誹謗案件。而尤其是其中的九件無罪之判決<sup>6</sup>，基本上多立於釋字 509 號解釋之觀點，但在這之中僅有 1 件判決係刑法第 310 條之誹謗案件；其餘 8 件均是選罷法案件。因絕大多數最高法院判決均係選舉誹謗案件，故本文僅就此部分為敘述。惟對於被告真實性證明程度而言，最高法院

---

<sup>6</sup> 此九件無罪判決為：91 年度台非字第 219 號、93 年度台上字第 1323 號、91 年度台上字第 2588 號、93 年度台非字第 108 號、93 年度台非字第 303 號、94 年度台上字第 975 號、94 年度台上字第 1557 號、94 年度台上字第 2482 號、94 年度台上字第 5390 號等。

將刑法誹謗案件與選罷法誹謗案件相混淆的情形更嚴重，雖然對唯一一件刑法誹謗案件，採以釋字 509 號所揭示之相當理由為基準，惟其餘 11 件因選罷法第 104 條而涉及之誹謗案件，比較高等法院判決將選舉誹謗案件區分為兩種類型，最高法院之判決竟可分為三種類型：

(一) 類型一：純粹以釋字 509 號解釋為基準

最高法院將刑法誹謗案件與選舉誹謗案件相混淆，對於選罷法所規定之被告真實證明程度以釋字第 509 號解釋來作為認定標準。認為刑法第 310 條第 3 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。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。推其對於刑法第 310 條第 3 項解釋意旨，僅在減輕被告證明其言論（即指摘或傳述誹謗事項）為真實之舉證責任，但被告仍須提出「證據資料」，證明有理由確信其所為言論（即指摘或傳述誹謗事項）為真實，否則仍有可能構成誹謗罪刑責。因此，一般來說，只要被告有提出一些證據資料來證明其所言，例如：週刊報導（94 台上 5390）、大會議事錄（94 台上 975），或者有

再去向他人查證的動作（91 台上字 2588、94 台上 2482），最高法院就會認為其具有相當理由。此類型有關選罷法第 104 條之標準採較嚴格的解釋，雖然更能保障被害人之名譽權，惟另一方面，亦賦予了被告有更高的舉證負擔，對被告甚不公平。

（二）類型二：貫徹立法意旨一只須難認有「真正惡意」已足

在 94 年度台上字第 1557 號判決跨出了一步，能貫徹選罷法第 104 條之立法意旨為標準，認為「行為人雖不能證明其所傳播之事項為真實，但就事關公益而屬可受公評之事項，依行為時具體、全部之情狀為觀察、判斷，客觀上已足使一般人產生合理懷疑，而提出適當之質疑或評論者，難認有明知仍故意傳播不實事項之惡意，自不得以該罪相繩。亦即被告所為評論並未逾越一般人會產生合理懷疑之範疇，而有相當理由確信其為真實，因認被告被訴犯罪尚屬不能證明，業於判決內詳加說明。從而原審就被告被訴之犯罪事實已加調查，並依被告參與競選時之具體、全部情狀加以觀察、判斷，認不能證明被告有散播謠言傳播不實之「真正惡意」而違反公職人員選舉罷免法第九十二條之罪。」該判決雖有引用釋字 509 號解釋意旨，但文字上卻將「相當理由」和「合理懷疑」合併論述，並在最後採取更低的標準—「真正惡意」來認定犯罪事實，亦即只要被告無「明知或可得而知仍故意傳播不實言論的惡意」，即不構成誹謗罪。因上開判決屬選舉誹謗案件，故最高法院採取如此之見解，不僅貫徹選罷法第 104 條之立法意旨，符合法所期待，且亦不生不當

加重被告證明負擔之問題。

另外，95 年度台上字第 2899 號亦可歸類於此一類型，認為「被告在文宣將賄選、背信等事實，引述為超貸金融機構、吸血政等批判式用語，並非全然無據，難認被告具有真正惡意或傳播不實文字之故意。」

（三）類型三：最低標準—只須行為人非出於虛捏、恣意已足

更有甚者，於 93 年度台非字第 303 號判決曾作出前所未見的最寬標準，認為「被告縱未能自行證明其所指摘或傳播之事項為真實，或其因疏於查證以致誤解上開事實之真相。但檢察官或法院若不能證明其有虛捏事實而誹謗陳忠孝之犯罪故意者，仍不能遽以公職人員選舉罷免法第九十二條之罪相繩。」上開判決對於選舉誹謗案件，將標準降至只要被告所傳播之言論非出於故意捏造虛偽事實，即應將之排除於誹謗罪之處罰範圍外，更能保護人民之言論自由權。

#### **第四節 證據資料**

**第一項 被告提出之證據資料足以認定其有相當理由**

一般來說，只要被告有提出一些證據資料來證明其所言，高等法院就會認為其具有相當理由，但是對於被告所提出的證據資料內容，各判決所認定之證據的證明程度卻不完全相同。在本文所蒐集到高等法院相關判決中，可整理出被告所提出之證據資料內容的類型如下述：

(一) 有關國家機關之紀錄、資料：

1、「被告二人於接受記者訪問時對記者之陳稱，要均業已記載於系外調查小組報告及校外調查小組報告，該等報告之內容並經系教評會、院教評會、校教評會分別多次開會肯認之，是於法應認被告二人於前述言論之時，依其所知悉之資料，足認其等有相當理由確信其等所為之前述言論為真實。」(89上易4328)

2「被告丁 確以自訴人未提供發票為由向台北市稅捐稽徵處檢舉自訴人逃漏稅之嫌，此有被告所提台北市稅捐稽徵處受理市民口頭請辦（陳情、檢舉、申請）事項紀錄表影本一紙可憑，且經證人即受理被告丁 檢舉之稅務人員王錦煌於偵查中結證無訛，而「若專櫃有營業額，有誠公司不開發票，有漏稅之責，有銷售即要開發票，就算未收到貨款也要開，所有專櫃有誠公司均需給發票」亦經證人王錦煌證述甚詳。足證被告確有相當之證據相信自訴人有逃漏稅之嫌。」(90上易2691)

3、司法程序機關之資料：

(1)「有關自訴人涉嫌與調查員勾結，利用向調查員檢舉並製作筆錄，以向焦仁和恐嚇取財一事，有上開另案偵查卷附之調查局筆錄、檢察官訊問筆錄及檢舉函等文件可佐，足信被告等所撰寫關於自訴人涉嫌勾結調查員利用職權向焦仁和恐嚇取財之報導，並非憑空捏造、虛構。」(96上易418)

(2)「被告曾提出恐嚇告訴，經臺灣台北地方法院九十一年度易字第五四八號、臺灣高等法院九十二年度上易字第六七八號判決自訴人恐嚇犯行確定。此外，自訴人告發被告等偽證、誹謗、恐嚇等案件，亦分別經臺灣臺北地方法院檢察署檢察官不起訴處分，及駁回自訴在案，均證實並無偽證、誹謗、恐嚇之事實，而依被告所經歷過程及所提出資料，實足使被告客觀上有合理理由認林姓不明人士所稱被告要三百萬元一情」(93上易1594)

4、「依台灣省政府建設廳第00號函 且依據經濟部水利署最後配發名冊 由上所提供之證據可知，足認被告於八十七年九月二十四日在中國時報第七版、及於競選之文宣宣傳單所刊載內容，乃係依據其所掌握之證據資料所為之事實陳述，並無不實之處。被告於刊登、散發上開廣告、文宣前既已踐行合理查證，確信所報導為真實者，即不得繩以誹謗罪名。」(93上更(一)290)

(二)大廈管理委員會之會議記錄：

「依管理委員會八十九年九月二十一日會議紀錄所載，威武公司當時既非報價最低之公司，自訴人竟於該社區管理委員會簡報後，隨即當場簽立管理契約，則被告憑以認定自訴人稱「有多家管理公司進行標價實為謊言」一節，即非全然無據，自堪認其有相當理由確信其就此所主張者為真實。」（90上易1556）

（三）提出多項資料：

1、「惟依被告所提及卷附之自立、中時晚報剪報、臺北市政府教育局函告、繳費收據、開南商工教職員工名單、課程總表、臺北市政府教育局公文、全國教師刊物、教育部函文、教育部中央教師申訴評議委員會再申訴評議書、九十年學年度隨機教學觀摩評量表、班級成績登記條等證件，及證人江麗文等七人之證言等證據資料以觀，堪認被告等在主觀上確有相當理由確信其所質疑陳述之事實為真實。」（94上易1411）

2、「參照當時之新聞報導與中國時報、中央日報、聯合報之報導，警政署長莊亨岱「發現若干疑點，尚待查」，警政署新聞稿「一孔二彈，令人費解」，中央選委會主委吳伯雄公開指稱是「苦肉計」，足徵自訴人在遭受槍擊案件之時，當時的新聞報導均曾經提出各項質疑，而負責案件偵辦與選務工作之人員，亦曾經對槍擊案件發表上開之看法，應堪確定。故被告甲 所辯，應屬有相當理由確信其為真實，亦可認定。」（93上易431）

(四) 有進一步再向他人求證的動作：

1、「被告辛 於 94 年 10 月間除至韓國濟州島採訪外，及另由被告丙 採訪與該賭場有關之黃如意，其曾指稱自訴人賭輸 1 億多元，業經在場之證人施岳呈等人結證在卷，足見本案報導確有消息來源，並非空穴來風。又時報周刊之記者邱香蘭在本案報導前，曾以電話向自訴人查證，且於第 1446 期時報周刊報導同時刊載自訴人之說明，而非僅單純報導共同被告戊 及黃如意所述之內容，被告庚 、乙 、丙 、辛 既已盡查證及客觀、中立、平衡報導之責，要難謂本案報導內容有何誹謗自訴人名譽之惡意。」(95 上易 1909)

2、「經核被告甲 係因有立法委員之質詢而決定追查報導，其後曾以剔除法向乙 求證，而證人乙 於被告甲 當唸至自訴人時，確有哈哈大笑之行為，以及被告甲 向證人蕭正倫查證時，證人蕭正倫告稱：若有，應是對面的(即指丁 )等事實，被告甲 所辯：亦曾向信義大樓住戶即證人蕭正倫查證乙節，尚屬可採。」(92 上更(二) 519)

以上二則判決係以被告為記者，於報導前有進一步向他人求證的動作，故高等法院認為被告已盡查證義務，足以認定其具有相當理由確信其為真實者，故尚不能以誹謗罪之刑責相繩，應為不罰。

(五) 國外有關之資料：

1、「核與經被告有透過管道查證並提出之我國駐舊金山台北經濟文化辦事處公證之美國加州州務卿 Kevin Shelley 辦公室函件及所附兩份公司官方登記資料觀之，難認被告在三月十日舉行記者會時有未盡查證或輕率疏忽而不知其真偽之誹謗故意」(93 上易 1486)

2、「被告依據聯訊公司臺北總公司經理事特別助理彭亞文至聯訊公司荷蘭分公司考察後之報告，與所提供聯訊公司向荷蘭警方之報案資料及其相關訴訟資料，在主觀上確有相當理由確信證人彭亞文所報告告訴人竊取公司貨品及資料之內容為真實，則被告基於總經理之權責發佈公告將告訴人予以開除，即乏誹謗之故意可言。」(89 上易 126)

(六) 被告本身之經驗：

在 94 上易 987 判決中，其所認定的被告提出證據資料的證明程度更降低了一些，認為「被告在『從跟爛起』一書中指稱告訴人丙 向建宏出版社 A 錢二百三十萬元部分，雖無法證明確為真實，然而被告依據其本身參與修正歷史教科書所領取出席費之經驗，，自堪認被告等在主觀上確有相當理由確信其所質疑陳述之事實為真實。」該判決指出雖然被告未能提出具體事證，但依其本身之經驗，亦可認定其具有相當理由，對於被告證明程度之見解較

為降低，降低至即便被告未進一步去求證，僅依本身之經驗而為指摘或傳述足以誹謗他人之言論，仍不構成誹謗罪，較偏重於保障個人之言論自由。

## 第二項 被告未提出任何證據資料

相反地，若被告在指摘或傳述誹謗言論前未盡其合理查證亦即未進一步作查證動作，或被告未能提出其他何以確信其所指摘為真實之相關具體事證，高等法院即直接認為被告僅係空言泛稱，具有誹謗之實質惡意，而判決被告誹謗罪成立。例如：

(一) 被告為記者於報導前未盡其查證義務<sup>7</sup>：

1、「被告上開供述前後矛盾，且與證人之證詞相左，被告均無法提出明確之說明或舉證，僅託詞拒絕透露來源而含混帶過，顯難為有利被告事實之認定。被告確係於刊登上開報導後始向宏仁集團庚 查證，且無採訪吳芳慈其人並見承諾書正本之事實至為明

---

<sup>7</sup> 被告如為立委於開記者會指摘傳述事實之前，未盡其查證義務者，亦同，例如曾經轟動一時的【舔耳案】，立委李慶安指摘衛生署代署長涂醒哲於錢櫃 KTV 包廂中舔鄭 耳朵，涉及強制猥褻罪，消息一出，造成媒體一連串斥責，後來檢調單位介入調查，才發現是烏龍一場。因為立委李慶安的求證不實，甚至未經充分求證，卻仍開記者會陳述，導致當時衛生署長涂醒哲的名譽受損，此亦為一例。

灼，是被告該報導之來源，所稱除傳真函外，尚經採訪查證之辯解，並非事實，不足採信。」（90上易2673）

2、「被告等雖辯稱於報導前曾向劉建宏等人進行查證，然查劉建宏受託後另請東方日報相關企業之東週刊記者鄧德慧代為查詢，而未逕向T V B或T V B S進行查證，已難認盡妥善合理之查證義務。且被告丁 挑選離職近四年之年代公司員工作為採訪對象，查證T V B與T V B S間之帳務事宜，亦難謂妥適、合理，堪認被告二人以文字對於自訴人之指摘，並未經過適當及必要之查證。」（92上易3412）

上開二則判決，前者以被告為記者，於報導前有未進一步向他人求證，而卻於報導後始求證，且亦無法對其所陳述之言論提出任何證據資料以供法院佐證，後者以被告本身未逕行進行求證，且採訪以離職近四年之員工，其求證活動並不適當，故高等法院認為被告未盡查證義務，判決被告誹謗罪成立。

（二）「本件被告指摘告訴人帳目不清事項，依被告於本院中自承：『（公開信內容所稱的三筆有無證據證明甲 未入帳？）我就是沒有證據才想要問他。』（參見原審九十三年十二月一日審判筆錄第三十九頁），復未提出其有相當理由認告訴人帳目不清之依據為何，是被告前開所辯顯係卸責之詞，不足採信，其犯行堪以認定，應依法論科。」（94上易179）

(三)「被告丙 亦自始無法提出所謂對此事相當清楚之任何人士以供法院查證。此外，被告丙 亦無法提出其他相關具體事證，以供法院調查被告就劇本所載內容確曾為相當查證，且有相當理由確信該劇本內容所指摘、傳述之內容為真實，自難認被告行為符合刑法第三百十條第三項前段之不罰事由。被告以前詞置辯，顯係推諉卸責之詞，無足憑採。」(95 上易 174)

(四)選舉誹謗案件：

於因涉及選罷法第 104 條之選舉誹謗案件中，被告僅憑自己情報逕行認知被誹謗人涉及賄選，並無進一步求證，高等法院認定被告僅係空言泛稱，具有誹謗之實質惡意，此即 95 年度上更(一)字第 444 號判決認為「被告所指告訴人「競選買票選民唾棄」乙節，被告未能提出其何以確信告訴人競選買票為真實之事證，被告自始即依自己之情報指告訴人涉賄選。此外，並無其他客觀之資料足以佐證被告所言，被告以上開文字指摘告訴人競選買票，空言辯稱所指均為真實，委無足採。」

### 第三項 值得注意之判決—93 年度上訴字第 2593 判決

在本文所蒐集到的相關判決中，其中有一件特別的判決值得我們注意，即是【93 年度上訴字第 2593 判決】，本件係因涉及總統與

副總統選舉罷免法第 90 條<sup>8</sup>之選舉誹謗案件，案例事實為被告丙基於散布文字，指摘足以毀損戊 名譽之事及意圖使候選人戊不當選，以文字傳播不實之事之犯意，於民國八十九年三月五日，在台北市議會內召開記者會，發表其與李敖合著之「戊 的真面目」一書，書中指摘戊 擔任台北市長後的『外遇』傳聞，且於書中就藝人金素梅部分撰寫內容為：「而戊 擔任臺北市長後的『外遇』傳聞，還不只於這位女助理，另有一說是藝人金素梅，但金素梅已公開否認。」等語。第一審法院【92 年度訴字第 136 號】，就女助理部分判決有罪，就金素梅部分判決無罪。檢察官及被告均不服而上訴至第二審，第二審法院【即 93 年度上訴字第 2593 判決】判決原撤銷，惟高等法院仍認定被告均有罪。被告不服，上訴至第三審法院，最高法院【94 年度台上字第 5390 號判決】即以「第二審撤銷第一審判決予以改判尚嫌速斷」之理由再予以撤銷原判決，並發回高等法院，亦即認為原告尚不構成誹謗罪。然而，就藝人金素梅之撰寫內容部分，造成此種「判決逆轉」結果的原因究竟為何？亦即高等法院與最高法院級對於認定釋字 509 號解釋標準的「那一把尺」究竟有何不同？本文將於以下探討之。

---

<sup>8</sup> 總統與副總統選舉罷免法第 90 條規定（為民國 96 年 8 月 8 日新修正之條文，舊條文之條號為第 81 條）：「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。」

在 93 年度上訴字第 2593 判決中,高等法院首先指出依釋字 509 號解釋意旨,刑法第 310 條第三項真實性之證明條款應解釋為阻卻違法事由,係阻卻誹謗罪構成要件之違法性,並對於被告應盡何種程度之查證義務始得作為被告是否基於善意發表言論之判斷基準,作一詳盡之闡釋,認為「行為人就其所指摘或傳述之事,應盡其查證之義務,但行為人究應有何種程度之依據及查證義務,始能認其有相當理由確信其為真實,應視行為人所發表言論之散布能力而定,倘僅屬市街談巷議、充為茶餘飯後閒談聊天之資,自不能課發表演論之行為人以較高之查證義務;反之,倘係公眾、政治人物之言論,或利用記者會、書籍出版、網路傳播等方式者,因場合較為正式、散布能力亦較強,依一般社會經驗,發表演論者在發表演論之初理應更慎重,並經過相當思慮,其自有較高之查證義務,始能謂其於發表演論之時非出於惡意。」亦即上開判決以被告之身分為公眾人物或一般民眾,來區分其應盡查證義務之高低,惟本文認為關於被告查證義務之程度,應視個別案件所涉及之誹謗事實來論斷較為恰當,而非依被告之身分來區分。因此,如誹謗之事實有相當之查訪可能時,亦即有作為可能時,行為人自應具有較高之查證義務,而無庸區分被告之身分為何。

上開判決進一步指出,被告於前揭書中就藝人金素梅之撰寫內容部分,被告既說藝人金素梅為告訴人戊「外遇」對象,但僅提及「金素梅已公開否認」,並未說明查證經過及所憑依據,雖然

被告有提出且辯稱其撰寫上開文字係依據中國時報、聯合晚報報導、時報周刊以及美華報導等報章雜誌之報導，惟高等法院認為「雖足以證明被告於前開文字中所提及戊 與金素梅之傳聞，已經多家平面媒體以散布文字之方式報導，並非被告杜撰或依循街談巷議而得，然上開傳聞事實究否真實？並無證據以資證明，而被告引之再為傳述，雖屬二手傳播，然不論「第一手傳播」或「二手傳播」之事實是否真實，行為人均須有確實查證之義務，不能人云亦云，尤其他人已撰寫之文章內容，非可即認為真實，仍須進一步查證，以明真偽。亦即被告仍須有合理查證之義務，而本案被告未經查證率以文字傳述散布妨害告訴人名譽之事，即難認係基於善意而為之。」，因而高等法院認為雖然被告在書中有指稱「傳聞」，然因此部份係屬二手傳播，被告仍須盡其合理查證義務，僅指稱「傳聞」仍是不足夠的，故判決被告誹謗罪成立。

針對有指稱「傳聞」一語，可否作為認定被告具有相當理由之依據一事，最高法院見解與上述之高等法院見解迥然不同，最高法院認為「關於二手傳播金素梅係戊 外遇對象部分，被告為文內容祇「戊 的『外遇』傳聞 另有一說是藝人金素梅，但金素梅已公開否認」，寥寥數語，微論似已平衡敘述，況有被告提出之時報周刊、美華報導以及翡翠雜誌，資為其傳聞出處之證明，且與其「傳聞」之用字相當，顯與前揭二對象 指女助理 部分不同，第一審判決亦認此部分並非被告所杜撰，說明不另為無罪諭知，原判決竟一概予以相同之法律評價，而未詳查此部分被告有無具備

一般構成要件之犯罪故意存在，遽行引為撤銷第一審判決予以改判之理由，尚嫌速斷。」，因而最高法院認為被告於書中有引述「傳聞」之用語已屬平衡論述，且被告有提出相關之報章雜誌作為證據資料，已足以認定其具有相當理由，即可通過釋字 509 解釋意旨中作為認定標準的「那把尺」之界線，故判決被告誹謗罪不成立。本文認為為了保障個人之基本權利，避免對言論自由過度箝制而造成「寒蟬效應」，應以最高法院之見解較為可採。

## 第五節 小結

綜合本章上列三節之判決分析以觀，可以清楚發現審判實務上在處理誹謗案件時，並無統一見解，因而產生了許多問題，本文將於以下分數點敘述之：

第一、對於刑法誹謗案件與選舉誹謗案件，在判斷個別案件被告之行為是否符合真實性條款而無罪時，前者應以釋字第 509 號所揭示之阻卻違法事由說處理；後者應遵照選罷法之立法意旨以阻卻構成要件說處理之。惟本文檢視分析相關之高等法院判決後，認為實務上在處理被告真實性之證明時，對於兩者有相混淆之情形（64 件中有 16 件，即相混淆情形占了全部的 25 %）。

第二、關於刑法誹謗案件，雖然釋字第 509 號已經對被告之真實證明程度做出以「相當理由」確信其為真實者為判決基準，然

似乎沒有就此將爭議解決，蓋仍不乏判決未遵照此意旨，而將標準降至以足以使人產生「合理懷疑」為標準，亦即只須難認有「真正惡意」為已足，而判決被告無罪。同樣地，實務上對於涉及選罷法第 104 條之選舉誹謗案件，亦存有這樣的問題，不是採取較立法意旨更為嚴格之標準（即以釋字第 509 號解釋之「相當理由」為判決基準）；就是採更為寬鬆之標準（即以只須行為人「非出於虛捏、恣意」為判決基準）。換言之，實務判決對於被告真實性證明程度的認定標準沒有一致性的見解。

第三、在我國許多第二審法院之判決，不論是刑法誹謗案件或選舉誹謗案件，都已經採取「真實惡意原則」，而且亦認為被告不負舉證證明其無罪之責任。但是仍有少部分判決採取比較嚴格之見解，認為被告若未能舉證其所言為真實，即應認其有誹謗之故意，此為比較令人遺憾的地方。由於刑法誹謗案件在我國係屬二審終結之案件，亦即除非透過非常上訴程序，否則無上訴至最高法院由其發表統一見解之機會。但是即使是得以上訴至最高法院之選舉誹謗案件，最高法院似乎亦無把握機會，對其作出得以拘束下級審之統一見解。