

論新聞自由與誹謗罪—以釋字第五〇九號解釋為例

目錄

第一章 緒論.....	5
第一節 研究動機與研究目的.....	5
第二節 研究方法與步驟.....	5
第一項 研究方法.....	5
第二項 研究步驟.....	6
第三節 研究界定與架構.....	6
第一項 研究界定.....	6
第二項 研究架構.....	7
第二章 刑法誹謗罪規範探討.....	9
第一節 名譽權之意義與在憲法上基本權之根據.....	9
第一項 名譽權之意義.....	9
第二項 名譽權在憲法上基本權之根據.....	12
第二節 我國刑法誹謗罪規範探討.....	14
第一項 犯罪結構及法益概念的說明.....	14
第二項 我國刑法第三一〇條第一項、第二項誹謗罪構成要件與 舉證分配之探討.....	15
第三項 我國刑法第三一〇條第三項「真實抗辯條款」之探討.....	23
第四項 我國刑法第三一一條之探討.....	37
第三節 我國實務就刑事誹謗罪案件之刑事判決.....	44
第四節 美國、德國、日本的刑法誹謗罪規範探討.....	57
第一項 美國.....	57
第二項 德國.....	57
第三項 日本.....	59

第四項 小結.....	63
第三章 言論自由、商業性言論、廣電自由及新聞自由.....	65
第一節 言論自由的意義與功能、重要性.....	65
第一項 言論自由的意義.....	65
第二項 言論自由的功能、重要性.....	66
第二節 商業性言論與廣電自由.....	67
第一項 商業性言論的意義.....	67
第二項 廣電自由之意義.....	68
第三節 新聞自由的意義與憲法根據及保障新聞自由之基本權的功能.....	68
第一項 新聞自由的意義.....	68
第二項 新聞自由的憲法根據.....	70
第三項 「第四權理論」.....	72
第四項 新聞自由與言論自由的界限.....	75
第五項 就保障新聞自由之基本權的功能.....	78
第六項 我國近年來就保障新聞自由基本權功能的立法體現.....	81
第四章 新聞媒體的自律與新聞工作者的抗辯事由.....	85
第一節 新聞媒體的自律.....	85
第一項 新聞媒體自律的必要性.....	85
第二項 新聞媒體自律.....	86
第三項 新聞媒體自律的著手.....	89
第二節 新聞自由下新聞工作者的抗辯事由.....	92
第一項 真正惡意（actual malice）原則.....	92
第二項 合理評論原則（Fair Comment Principle）.....	93
第三項 真實報導要求（或真實查證義務）？.....	94
第三節 我國實務就保障名譽權之民事判決.....	94
第五章 新聞自由的法律節制正當性.....	105
第一節 國家權力對新聞自由的立法限制.....	105

第一項 我國對新聞自由的立法限制（他律）.....	105
第二項 就基本權（新聞自由）限制的合憲要件.....	106
第三項 我國司法院大法官釋字第五〇九號解釋的審查密度.....	109
第二節 基本權的第三人效力（就基本權之衝突而言）.....	120
第三節 新聞自由與名譽權兩者基本權衝突的解決機制.....	122
第一項 新聞自由與名譽權兩者基本權之衝突.....	122
第二項 新聞自由與名譽權兩者基本權之衝突解決機制.....	122
第六章 法治國刑法原則與刑法誹謗罪除罪化問題.....	131
第一節 法治國刑法原則.....	131
第一項 法治國刑法原則.....	131
第二項 法治國刑法的內涵.....	132
第三項 法治國刑法之可罰性要件.....	137
第二節 違憲審查基準與刑法誹謗罪除罪化可能性及未來法治因應興 革之道.....	140
第一項 違憲審查基準.....	140
第二項 刑法誹謗罪除罪化可能性.....	146
第三項 未來法制因應興革之道.....	153
第七章 結論.....	157
補充資料.....	161

第一章 緒論

第一節 研究動機與研究目的

西元二〇〇四年四月二十九日的上午，最高法院就副總統呂秀蓮要求新新聞周報社長、總編輯等人回復名譽案宣判，其認為新新聞等未合理查證，駁回其上訴等，但新新聞社長、總編輯卻對該判決表示遺憾，指該判決涉及違憲，有戕害人民的言論自由、讓台灣新聞自由蒙塵等語，反而是原告副總統呂秀蓮籲國人督促被告履行義務，並表示新新聞不實報導傷害國家社會甚巨，籲全民共同來捍衛司法尊嚴，重振媒體倫理等語¹，從上可得知，新聞自由與個人名譽權的衝突，並不因司法院大法官釋字第五〇九號解釋的公布，而能有適當的解決，反而再次地延伸出新的法律爭點，例如真正惡意原則有無適用民事侵權行為²、或者新聞工作者的新聞報導、評論是否仍有新聞自由的空間等質疑；且是否因此而減損現今新聞媒體的存在功能效用，如新聞媒體可使人民若要作政治決定，除可獲全部資訊外，還有認識他人意見機會，並得加以判斷衡量；亦得藉新聞媒體取得資訊、表達立場，並分別呈現多元的公共意見、輿論，而形成人民政治上決定與判斷；且在現代議政治裡，新聞媒體得成為彙集人民民意與監督國家政府的管道與工具等功能存在。

第二節 研究方法與步驟

第一項 研究方法

本文藉此撰寫論文的機會，用以在憲法保障新聞自由與個人名譽權的角度，再次探討司法院大法官釋字第五〇九號解釋意旨，如其以美、日等國的真正惡意原則為立論基礎，而認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者時，即不能以誹謗罪之刑責相繩等見解，雖對新聞工作者是一大福音，惟其與德國誹謗罪之犯罪階層結構截然不同，實有探討空間。且該號釋字亦認為我國刑

¹ 自由時報，焦點新聞，第二頁，2004.4.30。

² 自由時報，焦點新聞，第五頁，2004.4.28。

法誹謗罪是合憲的規定，然在受憲法新聞自由保障的新聞工作者的新聞報導、評論，是否因此合憲刑罰化下而有動輒得咎、寒蟬效應情況產生，或是因此而減損現今新聞媒體的存在功能效用，如新聞媒體可使人民若要作政治決定，除可獲全部資訊外，還有認識他人意見機會，並得加以判斷衡量；亦得藉新聞媒體取得資訊、表達立場，並分別呈現多元的公共意見、輿論，而形成人民政治上決定與判斷；且在現今代議政治裡，新聞媒體得成為彙集人民民意與監督國家政府的管道與工具等功能存在；假若該號釋字並不認為我國刑法誹謗罪是合憲的話，個人的名譽權是否因此而不能受到適當的保護？因此，本文除探討上述司法院大法官釋字第五〇九號解釋所衍生出的上述問題外，並舉出最高法院等實務見解與本文看法相異之處，期待經由本文的研究，能始得上述爭議能引起各方共鳴，且提出未來法制因應興革之道，期能或多或少提供參考的實益。

第二項 研究步驟

本論文先行探討憲法所保障名譽基本權之憲法根據外，也深入探討解析刑法第三一〇條第一項、第二項之誹謗罪構成要件，並分析刑法第三一〇條第三項、第三一一條之犯罪階層問題，最後以最高法院實務見解加以檢視與本文的差異性。

另探討憲法所保障的言論自由、新聞自由兩者的意義、憲法根據所在及新聞自由與言論自由的界限，並加以闡釋言論自由及新聞自由的基本權功能；及新聞媒體自律與新聞自由下新聞工作者的抗辯事由，如真正惡意、合理評論等原則適用，並藉此與我國最高法院實務見解加以檢視其與上述原則的差異性。

最後是解說憲法下的法律保留及比例原則的意義，再加以探討國家權力對新聞自由的界限問題與新聞媒體之自律管制及新聞自由與名譽權兩者基本權之衝突 - 併探討刑法誹謗罪除罪化可能性與未來法制因應興革之道問題。

第三節 研究界定與架構

第一項 研究界定

本論文主要是藉以憲法保障新聞自由與個人名譽權的角度，探討新聞自由的保障與刑法誹謗罪刑罰化兩者的涵義與構成要件，及後者規定是否違反憲法比例原則之要求而是為違憲規定，並以司法院大法官釋字五〇九號解釋之見解為上述研究討論的依據，最後分別以我國最高法院民、刑事實務之見解，作為本論文函攝的對象，藉此說明我國實務與新聞自由等相關理論運用的差異，望能作為以後實務判決的參考依據。

第二項 研究架構

本論文大致分為七章，除第一章為緒論、第六章為結論、及參考資料外，第二章為探討憲法所保障名譽基本權之憲法根據外，也深入探討解析刑法第三一〇條第一項、第二項之誹謗罪構成要件，並分析刑法第三一〇條第三項、第三一一條之犯罪階層問題，最後以最高法院實務見解加以檢視與本文的差異性。

第三章為先行分別探討憲法所保障的言論自由、新聞自由兩者的意義、憲法根據所在及新聞自由與言論自由的界限，並加以闡釋言論自由及新聞自由的基本權功能。而第四章為探討新聞媒體自律與新聞自由下新聞工作者的抗辯事由，如真正惡意、合理評論等原則適用，並藉此與我國最高法院實務見解加以檢視其與上述原則的差異性。

而第五章是為先行解說憲法下的法律保留及比例原則的意義，再加以探討國家權力對新聞自由的立法限制及新聞自由與名譽權兩者基本權之衝突 - 併探討刑法誹謗罪除罪化可能性與未來法制因應興革之道問題，而這類問題並以憲法上比例原則加以分析探討，結論或與司法院大法官釋字第五〇九號解釋見解大不相同，亦即本文並不否認刑法第三一〇條第一項、第二項之刑事誹謗罪立法有存在之必要，因民事上賠償方式有時無法完全取代刑事制裁手段，然本文卻是認為刑法誹謗罪是有違憲的可能性，若能在未來法制因應興革下，尚須修法加以修正，也就是說，在以嚴格審查基準來認定刑法第三一〇條誹謗罪是否違反憲法第二三條的比例原則下，刑法第三一〇條第一項、第二項之刑事誹謗罪立法並不符合憲法第二三條的比例原則（即其下位概念必要性 - 刑罰謙抑思想），亦即不符合立法者所追

求目的須是相當急迫且常重要的政府利益，且手段必須是最小侵害手段；且本文亦不認為新聞自由可無限上綱的主張，而置個人名譽權於不顧，並提出以下看法，作為未來法制因應興革之參考：建議分別在民事訴訟程序之採用、以法規加強新聞評議會之權限、消費者團體及新聞媒體本身等四方面作為未來法制因應興革首要的任務，避免使現今新聞媒體有動輒得咎、寒蟬效應情況發生，並以落實新聞媒體存在功能效用，如新聞媒體可使人民若要作政治決定，除可獲全部資訊外，還有認識他人意見機會，並得加以判斷衡量；亦得藉新聞媒體取得資訊、表達立場，並分別呈現多元的公共意見、輿論，而形成人民政治上決定與判斷；且在現今代議政治裡，新聞媒體得成為彙集人民民意與監督國家政府的管道與工具等功能存在。

第二章 刑法誹謗罪規範探討

第一節 名譽權之意義與在憲法上基本權之根據

第一項 名譽權之意義

有學者³對名譽權作以下釋論：

一 Anselm Von Feuerbach(費爾巴哈 1775-1883)

刑法學上較早對於「名譽」一詞加以深入討論者，當推有刑法學之父之稱的(費爾巴哈)Anselm Non Feuerbach。費氏曾在其所著的刑法教科書中，提及關於「名譽權受侵害」中所述「名譽」的意義，費爾巴哈認為名譽的出發點力自於「尊敬(Achtung)」一詞，因為「對於人的尊敬，即是肯定其價值，而此種尊敬將其表現於外部，即為具有法律意義的名譽，因此如尊敬僅存於內心之中，尚非法律保護的客體，法律所保護之客體為尊敬的外部表現，故其又謂「個人內在的尊敬有絕對的自由，因此其並非法律所欲保障的客體(權利客體)，法律所欲保護的權利客體限於尊敬的外部表現，此即為名利權利或與名利有關之權利」。費氏對於名譽的種類，將之區分為二:其一為一般之名譽，所謂的一般名譽係基本的尊重，為一般之人民於不傷害自我的品德之情況下得以平等享有的權利。其一為特優之名譽，特殊名譽乃是相對於一般名譽之「殊榮」，因此此種特優之名譽須經國家之行爲而加以承認，始得成為權利之客體。至於何謂名譽之侵害?依照費氏之見，所謂的名譽侵害係指行爲人以違法之作爲或不作爲而侵害他人之聲譽之謂也。因此名譽之侵害必須具備三個條件：一為侵害他人名譽之外部的行爲，包括用積極作爲或消極不作爲的方式皆屬之；二為對於被害者之強制權利之侵害；三為必須具備名譽窘迫的意思。

二 Rudolf V.Jhering(耶寧克 1818-1892)

Jhering 在其所著的「法律的目的」第二卷中，曾討論到道德之現象，其並認為所謂的「尊敬(Achtung)」與「好意(Wohllwollen)」兩者皆屬於禮儀，而尊敬及道德均屬於習俗之範圍，應屬於社會上的名譽，故與法律

³ 廖正豪，論妨害名譽之研究（上），刑事法雜誌 40 卷 4 期，6 頁以下。

上的名譽不同。至於法律上的名譽一語，係指「人之法律的或國家的價值」，認為「名譽係為人之法律上價值，並以法律上對於人之人格之確認為其前提」(因此羅馬法中以奴隸及喪失自由人身份之人為無名譽，係因不受法律上確認故也)。具有法律的國家的價值之人，即使為傷害自己品德之事，其法律上的名譽並不因此而喪失，而僅喪失其社會之尊敬他; Jhering 對於名譽的理解乃是來自於其對於語言學、文化史方面的觀察，其並認為法律上的名譽乃是自經濟價值上的名譽而來，因此古代的法律中對於名譽受侵者有使加害人支付一定金額之規定。Jhering 自語言學及文化史的角度來觀察名譽，固有其獨到之見地，並點出法律上的名譽與經濟價值相近的概念。

三 Karl Binding(賓丁克 1841-1919)

Binding 自哲學的立場來觀察「名譽」的意義，其反對將個人的名譽與君王或官吏等法律上地位或權威混為一談，名譽之概念僅以人之個人名譽為限，認為「名譽乃基於人的價值及其行為，為個人履行道德上、法律上的義務，而於道德上法律上的完美價值。」其並非基於個人的主觀價值意識而來。其並將名譽分為兩種，其一為固有之價值(Menschen Wert)，其二為個人依其行為而獲致的社會價值。賓氏對於人之主觀價值(名譽意識)與社會的客觀評價(聲譽、評論)嚴格地加以區別，此種見解對於後世的影響在於其對於名譽分類概念的建立。此外，Binding 認為，名譽之受侵害而生之結果，並無絕對的名譽或不名譽之謂，僅有相對的名譽與不名譽之差別。人並無要求他人承認其名譽之權利，而僅有消極地要求不受他人不當攻擊其名譽之權利，並更進一步指出，行為人如果是對於確實存在之事而用以攻擊他人之名譽時，並非對於他人名譽之侵害，正如同人不能對於已死之人再加以殺害，因此對於屍體的加害行為並不能稱之為殺人，並以此為真實抗辯的理由。爾後，真實抗辯的原則，左右了各國在誹謗立法上的態度，其影響不可謂之不大。

四 Mioritz Liepmann(李普曼 1869-1928:)

Liepmann 認為人之名譽各有一定之性質，因其性別、身份、地位、職業而有所差距，因此人的名譽可分為，(一)性的名譽;(二)職業及身份上的名譽(三)人之名譽:及(四)人格之名譽等四種。李氏並認為名譽並非專指價

值，而係包括他人意識中以及自己意識中之價值觀念，因此名譽的本質可以分爲以下兩種：其一他人相信此人之價值之名譽，此種名譽與名聲或批評有相同的意思。其二爲自己自信自我價值之名譽，其妨害即係對於自己名譽窘迫之感覺。因此對於名譽之攻擊可以以下列兩種方式爲之：(一)造成他人之名譽危殆，即使他人在第三人之評價低落的違法行爲。；(二)造成他人自覺名譽窘迫，亦即行爲人之輕蔑、蔑視使他人自身產生難堪之違法行爲。名譽之侵害在區分成此兩種類型，雖在Liepmann之前即已有之，但至Liepmann而完成其理論，使刑法得以正確使用，其對於名譽所下的定義中明白地指出名譽在道德(個人的德行)評價的名譽之外上有社會(身份、性別、地位)評價的名譽，此種見解亦符合現代的名譽觀點。

五 Sauer W.(沙埃)

其認爲名譽可以分爲兩種，其一爲真實之名譽，即個人在共同社會生活中享有之評價，爲一與生俱來的利益。其二則爲社交上的名譽，即爲個人在共同的社會生活中，因其身份地位而必須履行的義務及因其地位所得的名譽。社交上的名譽與真實的名譽並無一定之關連，兩者未必相符，刑法所保護的名譽則爲社交上的名譽而非真實的名譽，沙氏強調名譽是人的社會價值，而以純客觀的立場來加以註解，使名譽的意義更爲顯明，且其所言亦與現今社會對於名譽的理解至爲相符。

而按國內刑法學者⁴認爲，名譽是指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。亦有學者⁵將名譽區分爲三類：(1)內在名譽：是指個人之真實的人格價值，獨立於他人評價之外，屬絕對的價值，無從自外部加以侵害，非屬刑法保護法益範圍。(2)外在名譽：是指社會對個人人格價值所爲評價，屬相對價值，得自外部加以侵害，屬刑法保護法益範圍。(3)感情名譽：是指個人對社會就其人格價值所爲評價之主觀感受或影響，爲相對價值，亦應爲刑法保護法益範圍。有學者⁶以德國學說說明有關名譽法益內涵而較抽象及無爭議部分：(1)個

⁴ 林山田，刑法各罪論（上），1999版，229頁至230頁。

⁵ 甘添貴，刑法體系各罪論（第一卷），瑞興，1999，325頁至338頁。

⁶ 高金桂，論刑法對個人名譽保護之必要性及其界限，收錄於甘添貴教授祝壽論文集－刑事法學之理想與探索（二），學林文化事業有限公司，2002.3月一版，183頁；其將名譽概念細分爲事實的名譽概念、規範的名譽概念、規範及事實的名譽概念、功能的名譽概念，及人際關係的名譽概念等，可參照前揭書說明。

人名譽與複雜的社會關係有高度的關聯性。(2) 名譽是一種個人法益，與個人尊嚴及社會尊重的請求權不可分離。(3) 經由蔑視或不尊重之意思表示所形成之對他人名譽之侵害，可能涉及與社會承認無關的倫理價值，也可能涉及他人道德價值，另也可能涉及他人社會價值。(4) 名譽權是人格權部分，其是基本法上一般人格權及人性尊嚴之基本權放射效力範圍內⁷。

第二項 名譽權在憲法上基本權之根據

壹、 憲法上基本權之定義

欲釐清基本權之意涵，有學者⁸是以人權相對照。人權是指一個人因出生所應受尊重具有的生命、身體、自由及財產等個人法益或權利，也就是人權是一個普遍的價值，每個人生而平等，不論性別、種族、宗教，每個人都應得到一定程度的尊重。而基本權是指在本國憲法秩序下之人權。

而對基本權理解，從自由主義之觀點，即是從北美與西歐的傳統而言，基本權是先國家而存在，用來拘束政府權限的行使；若非上述傳統國家，如日本部份學者⁹，以實證觀點將基本權解釋為：憲法或基本法所保障的權利。而在威瑪憲法時，雖憲法本文中有使用基本權用語，但當時憲法學者通說認為，基本權只是一種方針規定，非實體權利。僅史密特少數學者認為，基本權僅指那些國家及超越國家存在的權利，並非國家依照其制定的法律所賦予，而是對已有的加以承認及保障等語。而在西德基本法時，對基本權有兩種不同說法，一種是將基本權看作超實證法的基本權利，另一種看法認為是國法所賦予的權利，當然是因有許多學者對基本權有不同之理解¹⁰。

我國憲法上使用的名稱為人民之權利，非是基本權等字眼，但現今許多學者，使用基本權之名詞者比比皆是，故以基本權表示憲法上人民權

⁷ 德國基本法第二條第一項：「每一個人均享有人格自由開展權利，只要其不侵害他人之權利、不違背憲政秩序及道德法則。」同法第一條第一項：「人性之尊嚴不可侵犯。尊重並保護人性尊嚴，是國家所有公權力之義務。」。

⁸ 陳春生，談外國人的基本權利，月旦法學教室，16期，131頁；李建良，外國人權保障的理念與實務，台灣本土法學，48期，2003.7月，92頁。

⁹ 如美濃部達吉、我妻榮等，請參見林紀東，中華民國憲法逐條釋義（一），三民書局，1982，76頁。

¹⁰ 許宗力，基本權起源〈基本權利：第一講〉，月旦法學教室，創刊號，83頁以下；吳庚，憲法的解釋與適用，三民書局總經銷，2003.4月初版，71頁以下。

利的說法，是無異見。且司法院大法官釋字第四四五號解釋文中：「憲法第一四條規定人民有集會之自由，此與憲法第一一條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇，為實施民主政治最重要的基本人權。…」，故基本權即基本權利或基本人權的簡稱。有憲法學者¹¹將基本權定義為：「基本權是凡人皆有之權利，憲法加以規定具有確認其在國家規範秩序中的最高效力，國家有加以保障之義務，不僅立法者不得任意限縮，制憲者如有侵犯也視為一種憲法破損的行為。基本權內容越是充分實現，政治體系越具有存在的正當性。」。

貳、名譽權在憲法上基本權之根據

一、我國憲法而言

我國憲法本文第二二條規定，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。而人格權是來自民法的概念（民法第一〇條），只由作為權利主體的人，自身所生的權利，人格權所保護者為特定人的身分、資格與能力。而名譽權就在人格權範圍內。故有學者¹²認為以我國憲法本文第二二條規定為人格權之憲法依據。但有學者¹³認為人格權是較具體之下位概念，人性尊嚴則是作為一個人所當然具有的地位與尊嚴，若列入憲法第二二條的範圍，則以「不妨害社會秩序、公共利益者」，始受憲法之保障，顯然與人性尊嚴在基本權價值體系中的位階不相當，德國基本法將人性尊嚴開宗明義規定於第一條第一句，用意甚明。於我國憲法解釋，若不同德國解釋，則可以作為人身自由與生存權的前提保障。

而我國司法院大法官第三九九號解釋，姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第二二條保障。

二、德國憲法而言

德國基本法第一條第一項規定，人性之尊嚴不可侵犯。尊重並保護人性尊嚴，是國家所有公權力之義務；及德國基本法第二條規定，任何人均享有人格之自由開展權，只要不侵害到他人的權利或違背憲法秩序或

¹¹ 吳庚，憲法的解釋與適用，三民書局總經銷，2003.4月初版，89頁至90頁。

¹² 李惠宗，憲法要義，元照出版，2001.8月初版，327頁以下。

¹³ 吳庚，前揭書。

道德法則；任何人均享有生命權及身體之不可侵犯權。人的自由不容許受到侵害。對此等權利只能基於法律之依據加以干涉。實務從基本法第一條之人性尊嚴保護條款及第二條人格自由開展權，導出一般人格權之概念。而一般人格權之保護範圍，包含名譽權。

三、日本憲法而言

日本憲法第一三條規定，「所有國民以個人受到尊重。有關對追求生命、自由以及幸福之國民的權利，在不違反公共福祉的限度，在立法以及其他的國政上，有必要予以最大之尊重。」¹⁴；而在日本憲法學說之多數有力學說均認為，有關個人名譽的權利，為人格權內容的其中之一，受到憲法第一三條所保護的人權¹⁵。

第二節 我國刑法誹謗罪規範探討

第一項 犯罪結構及法益概念的說明

壹、 犯罪結構

犯罪是不法且有責任（罪責）行為，也就是不法是刑法所要禁止行為而言，而該不法行為人是否有處罰（刑罰）之必要，即是責任（罪責）問題。

在三階層理論下，行為人行為除須具備構成要件當性及違法性，並具備罪責（有責任）外，亦須具備特別犯罪成立要件，如客觀處罰條件、個人阻卻或排除刑罰事由等，始成立犯罪。而在二階層理論下，即將三階層理論下的構成要件當性及違法性合而為一單獨的評價對象，亦即須檢驗正面構成要件要素存在且負面構成要件要素不存在（即不存在阻卻違法事由），始該當整體不法構成要件。

綜上，三階層理論與二階層理論犯罪結構適用的差別實益，或發生於容許構成要件錯誤處理時等情形¹⁶，故本文仍以三階層理論犯罪結構為本

¹⁴ 樋口陽一、吉田善明編，解說世界憲法集，4版，三省堂，2001、378頁；轉引自李仁淼，表現自由與名譽毀損－評台灣高等法院九一年度上訴字第一〇八三號刑事判決，月旦法學雜誌，113期，2004.10，236頁以下。

¹⁵ 佐藤幸治，第13條個人の尊重，幸福追求權，浦部法穂－中村睦男－佐藤幸治－樋口陽一，註解法律學全集1憲法I，青林學院，1994，279頁；轉引自李仁淼，前揭文。

¹⁶ 但並非本文重點，故不再詳敘，並可參照：黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版有限公司，2003年5月初版一刷，128頁至134頁；林鈺雄，構成要件概念與學說，月旦法學教室，第10期，66頁至68頁。

文說明方式，亦即行爲人行爲除須具備構成要件當性及違法性，並具備罪責（有責任）外，亦須具備特別犯罪成立要件，如客觀處罰條件、個人阻卻或排除刑罰事由等，始成立犯罪，特此合先敘明。

貳、 法益概念

刑法第三一〇條所保護之法益爲名譽法益，而刑法上「法益」之概念乃謂「法律上所加以保護之利益」，亦稱之爲「保護客體」。亦即，國家以刑法加以保護的社會生活利益。質言之，法益是國家與社會所認定應以國家的強制力，予以保護的社會共同生活上不可或缺之生活利益與基本價值¹⁷。而刑法規定一定的行爲犯罪，並對之科以刑罰，皆是爲了保護因犯罪而被侵害的利益與價值。

法益概念的確立在刑法上具有如下的機能¹⁸：(一)犯罪體系確立的機能：刑法分則各種罪名之分類與排比，皆是依照法益性質予以決定。例如依國家法益、社會法益、個人法益之不同而加以區分。(二)刑法解釋指導之機能：法益對於刑法的解釋，具有方法論的機能，瞭解法益，即可瞭解刑罰規定的目的，對於刑法解釋之方法具有指示之意義。(三)罪數認定機能：依傳統學說及實務之見解，侵害非專屬法益時，包括的統計罪數，但侵害專屬法益，則依法益主體之被害人數計算罪數。

一方面法益越重要，則破壞該法益之行爲虛罰亦越重，例如生命法益重於財產法益，故侵害生命法益之殺人罪，其法定刑必定比侵害財產法益之竊盜罪或強盜罪爲高；另一方面，在量刑時，法官又必須以法益概念爲其依據，按照法益受侵害之程度及法益質的位階，爲相當刑罰反應的判斷¹⁹。

第二項 我國刑法第三一〇條第一項、第二項誹謗罪構成要件與舉證分配之探討

刑法第三一〇條第一項、第二項之規定如下：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，爲誹謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。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。」。

¹⁷ 林山田，刑罰學，修訂版，1995，107頁以下。

¹⁸ 蔡敦銘，刑法總則，修訂五版，97頁以下。

¹⁹ 陳志龍，刑法的法益概念（中），台大法學論叢，17卷2期，1998，143頁以下。

壹、客觀構成要件要素

一、行為²⁰

誹謗，是以具體指摘或傳述足以毀損他人名譽之行為。指摘，是指就某種事實予以披露揭發之意。而傳述，是就已披露揭發之事時予以宣傳或轉述之意。

而本罪所指摘或傳述行為，僅須足以毀損他人名譽程度即可，亦即本罪為危險犯，只須行為人所指摘或傳述行為，有毀損他人名譽之危險，即為已足；故有學者²¹認為誹謗罪為具體危險犯，即指摘或傳述之行為，是否果真有毀損他人名譽之危險，仍須就具體情形判斷之。

且本罪之誹謗行為與刑法第三〇九條之公然侮辱行為不同，前者須具體事實之指摘或傳述的誹謗行為，而後者於未主張（傳述）事實情況下，而公然侮辱他人名譽之行為，可參照我國司法院院字第二一七九號解釋：「刑法上之公然侮辱罪，祇須侮辱行為足使不特定人或多數人得以共見共聞，即行成立（參照院字第二〇三三號解釋），不以侮辱時被害人在場聞見為要件，又某甲對多數人罵乙女為娼，如係意圖散布於眾而指摘或傳述其為娼之具體事實，自應成立刑法第三一〇條第一項之誹謗罪，倘僅漫罵為娼，並未指有具體事實，仍屬公然侮辱，應依同法第三〇九條第一項論科。」。故亦有學者²²認為誹謗行為涉及「事實的主張」，或該事實的主張之傳述；而侮辱行為只涉及負面評價。甚有學者直接認為²³侮辱罪所欲規範的範圍為損害他人名譽之意見陳述，誹謗罪所欲規範範圍為損害他人名譽之事實陳述，因「事實」是指現在或過去的具體歷程或狀態，並亦具有可檢驗其為「真」或「偽」之特性，與「意見」不同，後者僅純粹的價值判斷，或單純的意見陳述，欠缺可檢驗真偽之性質，與「事實」可檢驗真偽之性質完全不同。

上述意見與事實分野之見解，亦為司法院大法官第五〇九號解釋中，吳庚大法官協同意見書所認同：「按陳述事實與發表意見不同，事實有能

²⁰ 林山田，前揭書，224頁至225頁；甘添貴，言論自由與妨害名譽，台灣本土法學14期，2000.9月版，112頁115頁；鄭逸哲，解剖誹謗罪之構成要件，月旦法學83期，2002.4版，244頁至247頁。

²¹ 柯耀程，檢視刑法誹謗罪之正當性-從釋字第五〇九號解釋與新新聞案之觀察，月旦法學雜誌，第111期，2004.08，180頁以下。

²² 高金柱，前揭書，188頁。

²³ 林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明，台大法學論叢32卷2期，2003.3月，72頁至74頁。

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。蓋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，顯然有較高之價值。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，刑法第三一一條各款事由，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。」²⁴。

而行為人若以文字或圖畫之方法而加以指摘或傳述，足以毀損他人名譽時，則構成刑法第三一〇條第二項加重誹謗罪。但行為人若以電視或廣播方式為之時，有學者²⁵認為可解釋為刑法第三一〇條第二項之行為方法，但其亦認為如此解釋牴觸罪刑法定原則及禁止類推的刑法解釋方法，故須以修法為之。

二、行為客體²⁶

本罪之行為客體除包括自然人外，法人或非法人團體是否亦包含在本罪之行為客體之內，有學者認為²⁷自然人、法人及非法人團體皆包含在內；亦有學者認為²⁸除自然人及法人外，僅包含屬於社會生活上具有獨立性之非法人團體；而實務認為包含自然人及法人在內（司法院院字五三四號解釋）。有學者²⁹認為自然人及人合團體之社團法人包含在內，但因營利為目的公司法人及財產集合體之財團法人，因不是人的組織體，無

²⁴ 美國 Powell 大法官於 Gertz v. Robert Welch, Inc. 案中，曾表達：「在言論自由之下，並無所謂的虛偽或不實的意見，任何一個意見，不論是多麼的惡毒，我們並不依賴法官或陪審團的良心來匡正他，而是藉由其他的意見與該意見的競爭來匡正他」，即在 Powell 大法官的信念中，意見表達是受到憲法絕對的保障。可參照林天財，從公眾論壇角度解讀新聞誹謗罪之構成要件 - 一項以媒體有無詳實查證義務的觀察，律師雜誌，1998.2.15 出版，52 頁至 53 頁；林子儀，新聞自由與誹謗 - 一個嚴肅的憲法課題，全國律師 5 月號，1997.5.15 出版，43 頁。

²⁵ 林山田，前揭書，235 頁。

²⁶ 高金桂，前揭文，188 頁至 191 頁；甘添貴，前揭文，112 頁 115 頁。

²⁷ 褚劍鴻，刑法分則釋論（下），1990，1041 頁。

²⁸ 甘添貴，前揭文，112 頁 115 頁。

²⁹ 林山田，前揭書，229 頁至 231 頁。

個人情感及羞恥心存在，故不包含在內。但本文卻認為實務見解較為可採，因名譽權之涵義除感情名譽外，亦包含外在名譽，即外界社會對法人的評價，故不能僅以不是人的組織體、無個人情感及羞恥心等語，而否認法人名譽受損之事實。

貳、主觀構成要件要素

一、誹謗故意存在

誹謗故意³⁰是指行為人對其指摘或傳述足以毀損他人名譽之行為有所認識（認知）³¹，或者如通說見解認為，無論是構成要件或違法性層次，都以行為人主觀上對不法要件有所認識之必要，即在構成要件層次，行為人主觀之「知」與「欲」必須對應到各個客觀的構成要件要素；在違法性層次，行為人必須具備主觀的違法要素。

二、散布於眾之意圖存在

行為人須散布傳播於不特定多數人，始大眾知曉之不法意圖。

三、表意犯？

表意犯的成立，除行為人犯罪故意外，尚須該行為具有特定的意思表示，方得以成罪。亦即表意犯的成立，除須具備一般構成要件外，尚須具備（1）行為必須是一種意思表示；（2）在行為故意外，必須確認行為所針對的結果認識，具有額外的內在意向存在（此種意向是一種法益導向的行為強化意向，例如侮辱罪為例，行為人除故意外，更須在行為中能夠確認具有使他人名譽受損的內在意向存在。）。而在一般犯罪類型的成立要件上，所有的客觀構成要件均為主觀要件內容，即主觀要件者係對客觀構成要件的知與欲；若干犯罪類型的成立要件要求，除以客觀構成要件為具體認知與希望發生的內涵外，更額外要求行為人行為時，必須於其行為展露特定的內在意向，該內在意向非屬於故意內涵，而表意犯即是此類要求³²，因若欠缺此種特定意向，一方面對於行為事實無法確

³⁰ 有把刑法第三一一條之「善意」解為「非出於惡意而發表言論」，甚有學者將「善意」解為「非誹謗之意思、動機或目的」，故有學者提出批評，認為上述見解將犯罪動機，解釋為構成要件要素或阻卻違法事由，與刑法基本犯罪論與刑罰論體系出現隔閡，且造成實務判決時，僅以「被告無惡意」而為有罪或無罪判決，嚴重違反法治國之原則，至於構成要件故意，在誹謗罪，是以有無認識其指摘或傳述足以毀損他人名譽為斷。請參閱鄭逸哲，前揭文，241 頁至 247 頁。

³¹ 「故意」之存在僅須行為人有認識其行為事實即可，並不須要如通說所說的故意要件，即「並進而決意為之」或「不違背其本意」等要件，可參閱黃榮堅，前揭書，335 頁至 375 頁。

³² 柯耀程，表意犯的迷失－台北地方法院八十八年度易字第 2657 號判決暨台灣高等法院八十九年度上易字第 154 號判決評釋，月旦法學雜誌，第 69 期，2001.2 月版，177 頁以下。

認權利侵害的不法內容，另一方面也無法得知行為人主觀惡性是否果真存在³³。但有學者³⁴卻認為該學者所舉之公然侮辱罪例子，只要具故意存在即可。本文亦贊同後說，以符合罪刑法定、法律明確性等原則要求，但亦認為意向犯的討論亦有可取之處，因可藉此釐清與探討行為人主觀要件的涵攝範圍問題。

參、舉證分配關係

有學者³⁵以為仍有很多學者認為釋字五〇九號解釋的意旨僅在減輕被告的舉證責任，使其舉證之程度無須達到證明或客觀事實之地步，並非將舉證責任移轉給原告（檢察官或自訴人），為美國「真正惡意」法理最大之不同。

但卻有學者認為³⁶刑法第三一〇條第三項使被告須自負證明自己無罪之責任，與無罪推定、不得強迫被告自認其罪、被告得保持緘默等刑事訴訟法等權利不符外，依該號解釋文之見解意旨，被告仍負舉證責任，僅無須到絕對真實的證明程度而已³⁷。

亦有學者認為³⁸依該號解釋，誹謗舉證責任似為被害人負擔，與德國通說見解不同，且檢察官或自訴人之舉證責任，及法院發現其為真實之義務，重點是行為人是否主張或散布妨害名譽之行為，而非在查證其所主張或散布妨害名譽之事是否為真。

甚有學者³⁹如同上開見解，其認為：

〈1〉在民事訴訟法的當事人進行主義下，當事人原被告有處分權（程序處分權及實體處分權），以致法院就事實之認定無法澄清或查明時，有舉證責任之裁判規則拘束。舉證責任可分「客觀的舉證責任」與「主觀的舉證責任」兩者，前者為在待證事實至審理最後時點仍無法確定時，由當事人之一方承受該事實不明之不利益，也就是，「舉證之所在，敗訴

³³ 柯耀程，前揭文，180頁以下。

³⁴ 甘添貴，前揭書，332頁以下。

³⁵ 李仁森，前揭文，236頁以下。

³⁶ 法治斌，保障言論自由的遲來正義－評司法院大法官釋字第五〇九號，月旦法學雜誌65期，2000.10，150頁至152頁。

³⁷ 司法院大法官釋字第五〇九號解釋文卻謂：「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…」等語，似課予被告須自行提出真實性證據之責任。

³⁸ 高金桂，前揭文，200頁。

³⁹ 林鈺雄，前揭文，84頁至96頁。

之所再」之意；而「主觀的舉證責任」是當事人爲避免敗訴結果，故當事人就系爭事實負有提出訴訟資料及證據蒐集之責任的意思，也就是當事人負有舉證活動的行爲責任。

〈2〉然而，在刑事訴訟下，被告擁有無罪推定（Unschuldvermutung），罪疑唯輕（in dubio pro reo）、不得強迫自認其罪、得保持緘默等刑事訴訟法權利，且法院仍受調查原則（Untersuchungsgrundsatz）之支配（刑事訴訟法第一六三條規定），在告即應理之控訴原則下（刑事訴訟法第二六八條規定），法院負有發現真實之澄清義務（Aufklärungspflicht），不受當事人主張、聲明之拘束，且法院就被告之犯罪事實，須在達到無合理懷疑之確信程度，使得爲有罪判決（刑事訴訟法第二九九條規定）。

而檢察官地位亦非當事人一方而已，因檢察官有客觀性義務（Verpflicht zur Objektivität）存在，即檢察官對被告有利及不利事項皆須一律注意（刑事訴訟法第二條規定），且檢察官得爲被告利益提起上訴、再審及非常上訴等救濟（刑事訴訟法第三四四條第三項、第四二七條第一款、第四四七條等規定）。

綜上，民事訴訟法下當事人進行主義的舉證責任分配規則無法適用處理於刑事事件才對。

〈3〉刑法第三一〇條第三項證明真實條款⁴⁰並未改變法院及檢察官或自訴人之角色，也未課予被告須自行提出真實性證據之責任（然而，司法院大法官釋字第五〇九號解釋文卻謂：「惟行爲人雖不能證明言論內容爲真實，但依其所提證據資料，認爲行爲人有相當理由確信其爲真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩…」等語，似課予被告須自行提出真實性證據之責任。）。就該條項之證明真實條款而言，是指在法院盡其澄清義務後，仍無法查明該誹謗事件事實真實與否時，被告須承擔事實不明之不利益風險，也就是在被告誹謗行爲具備不法及罪責時，始由被告承擔事實不明之不利益風險，此時即不適用罪疑唯輕⁴¹。

⁴⁰ 作者將刑法第三一〇條第三項證明真實條款定位爲客觀處罰條件，可參前註。

⁴¹ 然而，司法院大法官釋字第五〇九號解釋中，吳庚大法官協同意見書卻謂：「查現行刑法第三百十條誹謗罪之規定與德國刑法第一百八十六條之規定相當，德國刑法該條之文字爲：「提出或傳述侮辱他人或足以使他人於公眾觀感中喪失尊嚴之事實者處一年以下有期徒刑、罰金，但能證明其爲真實者不在此限。以公開或文書爲上述行爲者處二以下有期徒刑或罰金。」上開譯文之但書所稱能證明其爲真實者不在此限，依德國通說乃係對「有懷疑應作有利被告認定」所爲之例外規定，換言之，對於該條之罪，刑事法院固仍有依職權調查之義務，惟被告須負證明所指摘或傳述者係屬事實之舉證責任，此與向來

〈4〉現行刑法第三一〇條第三項「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。」之立法，已明文採「客觀真實」之基準，然我國司法院大法官第五〇九號解釋文卻是採「主觀相信」為基準，即該解釋認為「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…」，此時易引起「客觀真實」與「主觀相信」不一致時，如何適用法律之質疑！⁴²況從該號的吳庚大法官協同意見書中，僅謂：「依本件解釋意旨，被告之舉證責任將有相當程度之減輕，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子虛烏有外，檢察官、自訴人或法院仍應證明行為人之言論係屬虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而不知其真偽等情節，始屬相當。」，及蘇俊雄大法官協同意見書中，亦僅謂：「對於所謂「能證明為真實」其證明強度不必至於客觀的真實，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，皆應將之排除於第三一〇條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。」等語，亦無法解決上述爭議。

從上述學者的說明，在釋字五〇九號解釋文「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。」的解釋下，此時追訴者（自訴人或檢察官）的舉證事項為構成誹謗罪事實，如有具指摘或傳述毀人名譽之事實；該行為已造成名譽侵害之具體危險；該言論為不真實或雖為真實但非屬公共議題，侵犯他人隱私等⁴³。換言之，刑法第三一〇條第二項（構成誹謗罪之犯罪構成要件）與第三項（真實抗辯原則）是不同的，前者

我國通說對刑法誹謗罪之詮釋尚無顯著不同。」，即認為被告須負證明所指摘或傳述者係屬事實之舉證責任的立場。

⁴² 該號解釋存有下列疑義：〈1〉如被告無理由相信其所指摘、傳述之事為真，而不能證明其為真實，縱法院經調查為真實時，此際依法條文義應不能適用刑法第三一〇條第三項規定，但依該號解釋，恐有適用疑義。〈2〉另若被告得以證明其有相當理由確信其為真實時，而原告或法院經調查證據確已證明被告其所指摘、傳述之事為不真實，此時被告得否主張適用，刑法第三一〇條第三項規定？可參照甘添貴，前揭書，433頁；高金桂，前揭文，197頁。

⁴³ 柯耀程，前揭文，180頁以下。

有包含誹謗故意，而後者是有包含事實查證要求；也就是如同學者⁴⁴所說，本號解釋精義固在減輕被告的真實舉證責任，始證明度不必致絕對或客觀真實的地步，然是關言論真偽之辯的舉證責任仍由被告負擔，並未移轉給自訴人或檢察官，此乃合理確信原則與真正惡意法則的最大分野。

若是採上述學者⁴⁵以為「仍有很多學者認為釋字五〇九號解釋的意旨僅在減輕被告的舉證責任，使其舉證之程度無須達到證明或客觀事實之地位，並非將舉證責任移轉給原告（檢察官或自訴人），為美國「真正惡意」法理最大之不同。」；則該見解有違反無罪推定原則、被告緘默權等之虞，即從司法院大法官釋字五八二號許玉秀大法官協同意見書中可得知，即「於遠古糾問制度之下，被告乃訴訟客體，法官為被告之辯護人，自無所謂被告防禦權可言。隨著法治國思想之發展，於現代職權主義與當事人主義之刑事訴訟制度中，依據法治國之自主原則(Autonomieprinzip)，被告逐漸獲得訴訟主體之地位。法治國之自主原則，源於確認人有自主能力，既然人人皆能自主，必然能控制自己之行為，則僅於因自己之故意或過失造成他人法益受害時，方受處罰，此乃刑事實體法上之罪責原則（刑法第一二條參照）。程序法上，如不能證明被告有故意或過失造成他人法益受害，即不能為被告有罪之認定，此即無罪推定原則。換言之，憲法上之自主原則在刑事訴訟法上之第一層意義，乃無罪推定原則。無罪推定原則復有雙層涵義：其一，未有證據證明被告曾有犯罪事實之前，推定被告為無辜，亦即沒有證據證明，不能認定犯罪，此即犯罪依證據認定之證據裁判原則；其二，證明被告有罪之證據，必須無合理可疑方可，否則，即應作有利被告之認定，此即文獻上所稱罪疑有利被告原則。自主原則於刑事訴訟法上之第二層意義，則為被告之不自證己罪原則。不自證己罪原則即禁止被告背叛自己，而成為對己不利之證據方法，基於國家所當然承認之個人人格自由，被告並非訴訟客體而係訴訟主體，被告既為訴訟主體，即有權決定是否以及如何捍衛自己在訴訟上之權利，而不自陷於不利之地位。不自證己罪原則亦有兩層意義：其一，

⁴⁴ 吳永乾，美國誹謗法所稱真正惡意法則的研究，國立中正大學法學集刊，15期，2004.04，1頁以下。

⁴⁵ 李仁森，前揭文，236頁以下。

關於被告自白之證據能力，賦予被告緘默權，且被告之緘默不得據以作為不利於被告之認定；其二，關於被告自白之證明力，被告不利於己之供述，包含被告之犯罪自白，均不得作為認定被告有罪之唯一證據。所謂被告之緘默權，乃是被告不得被迫為不利自己之陳述，然基於自主原則，應准許被告任意為不利自己之陳述，亦即，基於法治國之自主原則，不自證己罪原則之意涵，僅限於禁止強迫被告為不利己之陳述，而不禁止被告之任意陳述，是以被告之非任意自白，不具有證據能力，被告之任意自白，非不得為認定被告有罪之證據，亦即，具有證據能力。惟若僅以被告之任意自白，作為認定被告有罪之唯一依據，則復抵觸禁止被告背叛自己之法則，故禁止以被告之任意自白，作為認定被告有罪之唯一依據。法治國自主原則衍生無罪推定與不自證己罪原則，可以圖示如後：基於法治國之自主原則，被告享有訴訟上之自主權，即作為訴訟主體之防禦權，諸如上述之緘默權（刑事訴訟法第九五條第二款）、共同被告間之對質與詢問（刑事訴訟法第九七條）、詰問證人之權利（刑事訴訟法第一六六條以下）、委任辯護人以加強防衛力量之權利（刑事訴訟法第二七條以下），以及保全證據之權利（刑事訴訟法第二一九條之一）等，皆能使被告於訴訟上與可以倚靠國家機器之原告—公訴機關，享有武器上之平等地位，而有受公平審判之機會。憲法上保障刑事被告之防禦權，即等同於保障其訴訟權，保障刑事被告之訴訟權，即等同於保障其於訴訟上與他造平等之權利地位。是以審查刑事被告之訴訟權是否受保障，亦等同於審查其訴訟平等權，而有平等原則之適用。」。

第三項 我國刑法第三一〇條第三項「真實抗辯條款」之探討

壹、我國刑法第三一〇條第三項規定之定性

我國刑法第三一〇條第三項規定，「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。」，即誹謗罪是否得以免責，涉及三個要件，〈1〉能否證明其所主張之事實為真實；〈2〉是否涉及私德；〈3〉是否涉及公共利益。

一、有採⁴⁶阻卻違法事由之見解

⁴⁶ 甘添貴，前揭文，112頁 115頁；林山田，前揭書，236頁至 237頁；高金桂，前揭文，192頁至 198頁。

該說認為該罪的指摘或傳述之行爲，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，則因符合社會性，其行爲仍屬正當行爲，而欠缺實質之違法性。

二、有採客觀處罰條件之見解

該說或有學者⁴⁷以立法理由角度說明，即認為該條第三項的立法，並非立法直接轉採保護言論自由的立場，而是在宣示，當該事實具有「公益關聯性」及「真實能證明性」時，被害人之名譽保護欠缺保護必要性⁴⁸；亦有學者⁴⁹認為成立犯罪除須具備不法（即構成要件當及具備違法性）及罪責（亦稱有責性）外，亦須符合客觀處罰條件（或稱客觀可罰性條件），是因須刑罰性的立法考量，特別為某些可罰行爲而設定之限制刑罰事由，以便限縮刑事制裁範圍。例如刑法第二八三條聚眾鬥毆罪之「致人於死或重傷」即是客觀處罰條件，因該條之「在場助勢」之人相較一般傷害行爲，該聚眾鬥毆之傷害行爲對生命及身體法益存有較高度的危險性，因此立法者將處罰擴張至「在場助勢」之人，此時「在場助勢」之人亦非親手實施傷害行爲之人，故合理限縮刑罰之範圍，故立法者便以「致人於死或重傷」的客觀處罰條件作為處罰「在場助勢」之人的門檻⁵⁰。且客觀處罰條件完全取決於客觀上條件是否成就，行爲人主觀認知與否，在所不問，故不生錯誤之問題⁵¹，況刑法第三一〇條第三項若是為不法要件，此時行爲人主觀的故意，必須有所認知指摘或傳述事項為不實之要件，然而；立法者何必不直接再刑法第三一〇條第一項構成要件之指摘或傳述前加上「不實」兩字即可。

三、實務見解 – 司法院大法官第五〇九號解釋

我國司法院大法官第五〇九號解釋文及解釋理由書中，並無對刑法第三一〇條第三項定位為阻卻違法事由或客觀處罰條件作任何表示，而在

⁴⁷ 鄭逸哲，前揭文，240 頁至 244 頁。

⁴⁸ 可見本條立法理由：「…凡與公共利益有關之真實事項，亦不得宣布，其於保護個人名譽，不免過當…。」。

⁴⁹ 林鈺雄，前揭文，72 頁至 74 頁。

⁵⁰ 林鈺雄，肇事逃逸罪之成立要件，法學講座 10 期，2002.10，45 頁至 46 頁，亦有學者質疑客觀處罰條件是不是單純限制處罰範圍的機制？可參閱薛智仁，論肇事逃逸罪之致人於死傷要素 – 瓶台灣高等法院台南分院九十一年度交上訴字第九五四號判決，台灣本土法學 52 期，2003.11 月版，216 頁至 232 頁。

⁵¹ 林鈺雄，從肇事逃逸罪看實體法與訴訟法的連動性-評最高法院八十九年度台上字第七六二二號、九十一年度台上字第一三七號刑事判決，月旦法學 94 期，2003.3 月版，261 頁。

該號的吳庚大法官協同意見書中，僅謂：「本件解釋開宗明義揭櫫言論自由對建立民主多元社會有無可替代之功能，憲法應予以最大限度之保障。惟基於諸多因素，大法官盱衡現階段社會發展實際情況，並未採納時論甚囂塵上之誹謗除罪化主張，而對刑法第三一〇條誹謗罪之構成要件該當性作限縮解釋，在此一前提之下，認為上開刑法條文符合憲法第二三條之比例原則，與憲法保障言論自由之意旨，尚無違背。」。

且並在吳庚大法官之著作中⁵²曾述，司法院大法官第五〇九號釋示：「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。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。」，據此，本號解釋顯然將被告之舉證責任相當程度之減輕，嗣後檢察官或自訴人應證明被告之言論虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而為不知其為不實，始足相當。時論多指是採美、日的「真實惡意原則」⁵³為立論基礎。再者，本件解釋強調言論自由的保障與德國作法益衡量時，向名譽及人格權傾斜也有所不同。依德國刑法第一八六條規定：「提出或傳述侮辱他人或足以使他人公眾觀感中喪失尊嚴之事實者，處一年以下有期徒刑、罰金。但能證明其為真實者不在此限。」該條但書所稱能證明其為真實者不在此限，依德國通說乃是對「有懷疑應作有利被告認定」所為之例外規定，也就是說，對於條之罪，刑事法院故乃有依職權調查之義務，為被告須負證明所指摘或傳述者係屬事實之舉證責任，而釋字第五〇九號釋就是要以憲法基本權之效力，來改變刑法的解釋與適用。

從上釋字第五〇九號解釋之吳庚大法官協同意見書及其著作中所述，吳庚大法官或有意將刑法第三一〇條第三項之證明真實條款定位為構成要件該當性層次。

另在該號之蘇俊雄大法官協同意見書中，就已直接明示刑法第三一〇條第三項為客觀處罰條件，即曾謂：「立法者藉由第三一〇條客觀處罰條

⁵² 吳庚，前揭書，224頁至225頁。

⁵³ 真實惡意原則是著名的紐約時報控告蘇利文案件 *New York Times v. Sullivan* 365 U.S.254 所建立，原告須證明被告有真實惡意才能成立誹謗罪。

件之規定，進一步設定了誹謗罪的可罰性範圍。簡言之，其係以言論事實陳述的「真實性」以及「公共利益關連性」兩項標準，對於此際所涉及的基本權衝突情形做了類型區分，並分別做了不同的價值權衡。從而，於言論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，立法者特將之排除於誹謗罪之處罰範圍外；而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。」，故蘇俊雄大法官協同意見書認為刑法第三一〇條第三項之證明真實條款應定位為客觀處罰條件。

貳、區分上述刑法第三一〇條第三項之犯罪類型的實益

一、錯誤理論適用與否

〈一〉錯誤理論之簡介⁵⁴

刑法上所稱的「錯誤」，是指行為人主觀認識的事實情狀與客觀上所存在或發生的事實有不一致之情形，而多數者是將錯誤分為「構成要件錯誤」與「違法性錯誤（即禁止錯誤）」兩者。

構成要件錯誤可分為「從無（主觀上）到有（客觀上）」以及「從有（主觀上）到無（客觀上）」，前者即主觀的不知情狀，例如行為人並不知其事實上行為已造成他人死亡的事實情狀，雖不符合刑法第二七一條第一項殺人罪之構成要件規範，但其行為若具備預見可能性及違反注意義務之情狀，須負刑法第二七六條第一項之過失致死罪的規範，此時學說是認為行為人雖不負故意責任，但能有負過失責任的可能；而後者即主觀的誤認情狀，例如行為人認為其行為足致他人死亡，但事實上其行為客體並非他人，此時為失敗未遂（普通未遂）⁵⁵情狀時，僅成立殺人未遂，但若為迷信未遂情狀時，則不成立犯罪，故阻卻構成要件事由的存在，是須行為人

⁵⁴ 林鈺雄，刑法總則：第七講 主觀不法構成要件（下）－構成要件故意與錯誤，月旦法學教室 16 期，2003.1 月版，56 頁；黃榮堅，前揭書，351 頁至 363 頁；黃榮堅，基礎刑法學（下），元照出版有限公司，2003 年 5 月初版一刷，189 頁至 202 頁；許玉秀，被利用人之禁止錯誤與墮胎加重結果罪，台灣本土法學 27 期，2001.10 月版，97 頁；陳志龍，錯誤與逆轉錯誤，萬國法律 112 期，2000.8 月版，78 頁至 82 頁。

⁵⁵ 普通未遂與不能未遂之區別，後者即為一般人認為行為人之行為根本不會發生錯誤，而行為人基於重大無知認為其行為足至發該犯罪之結果，而非行為人重大無知，一般人亦會誤認時，則為普通未遂；而別實益在於得依刑法第二六條規定減輕或免除其刑之效果，但兩者仍是未遂情狀，可參閱黃榮堅，前揭書，59 頁至 60 頁。

所認識，否則是阻卻誹謗故意。

違法性錯誤亦可分為「從無（主觀上）到有（客觀上）」以及「從有（主觀上）到無（客觀上）」，前者即主觀的不知情狀，例如行為人認為其行為並不符合刑法規範之行為的濫捕保育類動物，但其行為受野生動物保育法之規範，此時學說是以是否無法避免與否為判斷免責依據（刑法第一六條亦明文，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑；如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑。）；而後者即主觀的誤認情狀，例如行為人認為其行為符合刑法通姦罪構成要件規範之行為而與無婚姻關係存在的成年女子合姦，諸不知其行為並無符合刑法通姦罪構成要件之規範，此時為妄想犯或幻覺犯，其行為並不受處罰。

且雖阻卻違法事由為行為人所須認知的對象，故亦會發生「容許構成要件錯誤」情形，即行為人誤認阻卻違法事由的事實情狀，也就是行為人就客觀不存在有阻卻違法事由的事實，但行為人卻誤認有阻卻違法事由事實存在，此時容許構成要件錯誤之處理，學說上有故意理論、嚴格罪責理論（責任理論）、法律效果的限制責任理論等見解，而採限制罪責理論，認為可直接適用或類推適用構成要件錯誤法理，阻卻故意不法；但採嚴格罪責理論（責任理論）者認為阻卻違法事由誤認，只是排除違法性認識，但不排除故意，以能否避免錯誤予以判斷是否適用減輕或免除其刑之處罰手段，此亦為刑法第一六條明文規定，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑；如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑⁵⁶。

而客觀處罰條件並非行為人所須認知的對象，也就是於不法（構成要件該性、違法性）或罪責以外的犯罪成立要件，基於須刑罰性理由而創設的客觀處罰條件，其適用完全取決於客觀上條件是否成就，行為人主觀認知與否，在所不問，故不生錯誤之問題⁵⁷。

二、刑法第三一〇條第三項定位後之適用差異

在三階層理論犯罪結構下，行為人行為除須具備構成要件當性及違法

⁵⁶ 張麗卿，羅貫中「三國演義」－好心沒好報－誤想防衛，法學講座 14 期，2003.2 月版，47 頁至 52 頁；林東茂，刑法綜覽，2002 年，181 頁。

⁵⁷ 林鈺雄，前揭文，261 頁；但亦有學者認為客觀處罰條件的實現，不必有故意或過失，是個別刑事政策思考後結果，並非客觀處罰條件概念上之必然，可參考黃榮堅，前揭書，199 頁至 202 頁。

性，並具備罪責（有責任）外，亦須具備特別犯罪成立要件，如客觀處罰條件、個人阻卻或排除刑罰事由等，始成立犯罪，不論把刑法第三一〇條第三項定位為阻卻違法事由或客觀處罰條件，若行為人不具備上述要件，即不成立犯罪，故此時並無區分之實益存在

惟在行為人主觀認識的事實情狀與客觀上所存在或發生的事實有不一致之錯誤情形時，即有就刑法第三一〇條第三項定位為阻卻構成要件事由、阻卻違法事由或客觀處罰條件之區分實益，因「客觀處罰條件」並非行為人所須認知的對象，其適用完全取決於客觀上條件是否成就，行為人主觀認知與否，在所不問，故不生錯誤之問題；而「阻卻違法事由」卻為行為人所須認知的對象，而會發生「容許構成要件錯誤」之情形，若依我國刑法第一六條明文規定（有認為是責任理論之採用），即不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑；如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑，也就是行為人仍成立故意不法；但若從上所述，釋字第五〇九號解釋之吳庚大法官協同意見書及其著作中所述，或有意將刑法第三一〇條第三項之證明真實條款定位為構成要件該當性層次，則此阻卻構成要件事由的存在，是須行為人所認識，才是阻卻誹謗故意。

參、 刑法第三一〇條第三項之真實性之訴訟證明問題

一、 實務見解 - 司法院大法官第五〇九號解釋

我國司法院大法官第五〇九號解釋文及解釋理由書中，即謂：「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。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。就此而言，刑法第三一〇條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸。」。

且在該號的吳庚大法官協同意見書中，僅謂：「查現行刑法第三一〇條誹謗罪之規定與德國刑法第一八六條之規定相當，德國刑法該條之文字

為：「提出或傳述侮辱他人或足以使他人公眾觀感中喪失尊嚴之事實者處一年以下有期徒刑、罰金，但能證明其為真實者不在此限。以公開或文書為上述行為者處二以下有期徒或罰金。」上開譯文之但書所稱能證明其為真實者不在此限，依德國通說乃係對「有懷疑應作有利被告認定」所為之例外規定，換言之，對於該條之罪，刑事法院固仍有依職權調查之義務，惟被告須負證明所指摘或傳述者係屬事實之舉證責任，此與向來我國通說對刑法誹謗罪之詮釋尚無顯著不同。依本件解釋意旨，被告之舉證責任將有相當程度之減輕，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子虛烏有外，檢察官、自訴人或法院仍應證明行為人之言論係屬虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而不知其真偽等情節，始屬相當。」。

且前已述說，吳庚大法官並再其著作中⁵⁸曾述，司法院大法官第五〇九號釋示：「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。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。」，據此，本號解釋顯然將被告之舉證責任相當程度之減輕，嗣後檢察官或自訴人應證明被告之言論虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而為不知其為不實，始足相當。時論多指是採美、日的「真實惡意原則」⁵⁹為立論基礎。再者，本件解釋強調言論自由的保障與德國作法益衡量時，向名譽及人格權傾斜也有所不同。依德國刑法第一八六條規定：「提出或傳述侮辱他人或足以使他人公眾觀感中喪失尊嚴之事實者，處一年以下有期徒刑、罰金。但能證明其為真實者不在此限。」該條但書所稱能證明其為真實者不在此限，依德國通說乃是對「有懷疑應作有利被告認定」所為之例外規定，也就是說，對於該條之罪，刑事法院固乃有依職權調查之義務，為被告須負證明所指摘或傳述者係屬事實之舉

⁵⁸ 吳庚，前揭書，224頁至225頁。

⁵⁹ 真實惡意原則是著名的紐約時報控告蘇利文案件 *New York Times v. Sullivan* 365 U.S.254 所建立，原告須證明被告有真實惡意才能成立誹謗罪。

證責任，而釋字第五〇九號釋就是要以憲法基本權之效力，來改變刑法的解釋與適用。

另在該號蘇俊雄大法官協同意見書中，即謂：「本席認為立法者以事實陳述之「真實性」以及「公共利益關連性」兩項基準進行權衡的作法及其結論，固然具有一定的合理性；但是如過分執著於真實性的判別標準或對真實性為僵硬之認定解釋，恐將有害於現代社會的資訊流通。蓋在社會生活複雜、需求快速資訊的現代生活中，若要求行為人（尤其是新聞媒體）必須確認所發表資訊的真實性，其可能必須付出過高的成本，或因為這項要求而畏於發表言論，產生所謂的「寒蟬效果」(chilling effect)。無論何種情形，都會嚴重影響自由言論所能發揮的功能，違背了憲法保障言論自由的意旨。另一方面，如果進而將第三一〇條第三項之規定，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。為避免上開違憲狀態之發生，吾人實應對第三一〇條之處罰範圍做嚴格之認定，而對第三一〇條第三項規定，做取向於合乎憲法意旨的解釋。從而，所言為真實之舉證責任不應加諸於行為人，法院對於系爭言論是否為真實仍有發現之責任；並且對於所謂「能證明為真實」其證明強度不必至於客觀的真實，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，皆應將之排除於第三一〇條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。」⁶⁰。

二、學說見解

有學者認為⁶¹刑法第三一〇條第三項始被告須自負證明自己無罪之責任，與無罪推定、不得強迫被告自認其罪、被告得保持緘默等刑事訴訟法等權利不符外，依該號解釋文之見解意旨，被告仍負舉證責任，僅無須到絕對真實的證明程度而已⁶²。

亦有學者認為⁶³依該號解釋，誹謗舉證責任似為被害人負擔，與德國通

⁶⁰ 吳庚與蘇俊雄兩位大法官之見解，似與美國最高法院 New York Times v. Sullivan 乙案中所確認之實際惡意原則相符。

⁶¹ 法治斌，前揭文，150 頁至 152 頁。

⁶² 司法院大法官釋字第五〇九號解釋文卻謂：「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…」等語，似課予被告須自行提出真實性證據之責任。

⁶³ 高金桂，前揭文，200 頁。

說見解不同，且檢察官或自訴人之舉證責任，及法院發現其為真實之義務，重點是行為人是否主張或散布妨害名譽之行為，而非在查證其所主張或散布妨害名譽之事是否為真。

也有學者⁶⁴如同上開見解，其認為：

〈1〉在民事訴訟法的當事人進行主義下，當事人原被告有處分權（程序處分權及實體處分權），以致法院就事實之認定無法澄清或查明時，有舉證責任之裁判規則拘束。舉證責任可分「客觀的舉證責任」與「主觀的舉證責任」兩者，前者為在待證事實至審理最後時點仍無法確定時，由當事人之一方承受該事實不明之不利益，也就是，「舉證之所在，敗訴之所再」之意；而「主觀的舉證責任」是當事人為避免敗訴結果，故當事人就系爭事實負有提出訴訟資料及證據蒐集之責任的意思，也就是當事人負有舉證活動的行為責任。

〈2〉然而，在刑事訴訟下，被告擁有無罪推定，罪疑唯輕、不得強迫自認其罪、得保持緘默等刑事訴訟法權利，且法院仍受調查原則之支配（刑事訴訟法第一六三條規定），在告即應理之控訴原則下（刑事訴訟法第二六八條規定），法院負有發現真實之澄清義務，不受當事人主張、聲明之拘束，且法院就被告之犯罪事實，須在達到無合理懷疑之確信程度，使得為有罪判決（刑事訴訟法第二九九條規定）。

而檢察官地位亦非當事人一方而已，因檢察官有客觀性義務存在，即檢察官對被告有利及不利事項皆須一律注意（刑事訴訟法第二條規定），且檢察官得為被告利益提起上訴、再審及非常上訴等救濟（刑事訴訟法第三四四條第三項、第四二七條第一款、第四四七條等規定）。

綜上，民事訴訟法下當事人進行主義的舉證責任分配規則無法適用處理於刑事事件才對。

〈3〉刑法第三一〇條第三項證明真實條款⁶⁵並未改變法院及檢察官或自訴人之角色，也未課予被告須自行提出真實性證據之責任（然而，司法院大法官釋字第五〇九號解釋文卻謂：「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，

⁶⁴ 林鈺雄，前揭文，84頁至96頁。

⁶⁵ 作者將刑法第三一〇條第三項證明真實條款定位為客觀處罰條件，可參前註。

即不能以誹謗罪之刑責相繩…」等語，似課予被告須自行提出真實性證據之責任。)。就該條項之證明真實條款而言，是指在法院盡其澄清義務後，仍無法查明該誹謗事件事實真實與否時，被告須承擔事實不明之不利益風險，也就是在被告誹謗行為具備不法及罪責時，始由被告承擔事實不明之不利益風險，此時即不適用罪疑唯輕⁶⁶。

〈4〉現行刑法第三一〇條第三項「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。」之立法，已明文採「客觀真實」之基準，然我國司法院大法官第五〇九號解釋文卻是採「主觀相信」為基準，即該解釋認為「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…」，此時易引起「客觀真實」與「主觀相信」不一致時，如何適用法律之質疑！⁶⁷況從該號的吳庚大法官協同意見書中，僅謂：「依本件解釋意旨，被告之舉證責任將有相當程度之減輕，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子虛烏有外，檢察官、自訴人或法院仍應證明行為人之言論係屬虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而不知其真偽等情節，始屬相當。」，及蘇俊雄大法官協同意見書中，亦僅謂：「對於所謂「能證明為真實」其證明強度不必至於客觀的真實，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，皆應將之排除於第三一〇條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。」等語，亦無法解決上述爭議。

肆、 小結

從以上之學說論述，有採德國通說之學說見解而認為，刑法第三一〇

⁶⁶ 然而，司法院大法官釋字第五〇九號解釋中，吳庚大法官協同意見書卻謂：「查現行刑法第三一〇條誹謗罪之規定與德國刑法第一八六條之規定相當，德國刑法該條之文字為：「提出或傳述侮辱他人或足以使他人公眾觀感中喪失尊嚴之事實者處一年以下有期徒刑、罰金，但能證明其為真實者不在此限。以公開或文書為上述行為者處二年以下有期徒刑或罰金。」上開譯文之但書所稱能證明其為真實者不在此限，依德國通說乃係對「有懷疑應作有利被告認定」所為之例外規定，換言之，對於該條之罪，刑事法院固仍有依職權調查之義務，惟被告須負證明所指摘或傳述者係屬事實之舉證責任，此與向來我國通說對刑法誹謗罪之詮釋尚無顯著不同。」，即認為被告須負證明所指摘或傳述者係屬事實之舉證責任的立場。

⁶⁷ 該號解釋存有下列疑義：〈1〉如被告無理由相信其所指摘、傳述之事為真，而不能證明其為真實，縱法院經調查為真實時，此際依法條文義應不能適用刑法第三一〇條第三項規定，但依該號解釋，恐有適用疑義。〈2〉另若被告得以證明其有相當理由確信其為真實時，而原告或法院經調查證據確已證明被告其所指摘、傳述之事為不真實，此時被告得否主張適用，刑法第三一〇條第三項規定？可參照甘添貴，前揭書，433頁；高金桂，前揭文，197頁。

條第三項應定位為客觀處罰條件，即在犯罪階層上，是不法與罪責以外之要件，完全並不是行為人認知的對象。且在刑事訴訟程序上，檢察官或自訴人仍須按刑事訴訟法第一六一條第一項規定負舉證責任，而法院亦應刑事訴訟法第一六三條規定負澄清義務，被告並不須自行提出真實性證據之責任，也就說，被告在刑事訴訟法第一五四條第二項無罪推定下，於審判程序上被認定有無構成不法與罪責。又認為該刑法第三一〇條第三項之證明真實條款，是指在法院盡其澄清義務後，仍無法查明該誹謗事件事實真實與否時，被告須承擔事實不明之不利益風險，也就是，在被告誹謗行為具備不法及罪責時，始由被告承擔事實不明之不利益風險，此時即不適用罪疑唯輕，因此，被告此時始有自行提出真實性證據之責任。甚認該刑法第三一〇條第三項之證明真實條款既屬客觀處罰條件，故取決於該條件是否客觀上成就即可，而非行為人主觀是否確信為真實為要件。

另有學者是採刑法第三一〇條第三項應屬於不法要件（無論是定位為阻卻構成要件事由或阻卻違法事由）之學說見解時，在行為人主觀故意對象上，須包括所指摘或傳述之事項為不實的情況，也就是說，行為人須認知其行為是所指摘或傳述之事項為不實的。並甚有學者認為，司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文中：「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。」，據此，顯然將被告之舉證責任相當程度之減輕，嗣後檢察官或自訴人應證明被告之言論虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而為不知其為不實，始足相當。時論多指是採美、日的「真實惡意原則」為立論基礎，所以該刑法第三一〇條第三項之證明真實條款反而是以行為人主觀是否確信為真實為要件。

綜上，本文認後面之見解較可行，即採刑法第三一〇條第三項應屬於不法要件（無論是定位為阻卻構成要件事由或阻卻違法事由）之學說見解時，甚至如同司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文中：「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。」之見解，也就是，本文基於對現今台灣社會新聞工作者而言，為最大限度保障新聞工作者

之新聞自由下，即本文認為須以新聞自由之保障優先於個人名譽權保障之地位來論述，理由敘述如下：

〈1〉既然司法院大法官釋字第五〇九號解釋之產生，是為改變以往實務就誹謗罪之見解，並表示：「言論自由為人民之基本權利，憲法第一一條有明文保障，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。」，且司法院大法官吳庚在其著作⁶⁸中曾謂：司法院大法官釋字第五〇九號解釋，顯然將被告之舉證責任相當程度之減輕，嗣後檢察官或自訴人應證明被告之言論虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而為不知其為不實，始足相當。時論多指是採美、日的「真實惡意原則」為立論基礎等語，換言之，傾向個人名譽的保護價值，是低於言論自由，但涉及純私人名譽時，言論自由仍受相當限制之方向，而非如德國作法益衡量時，是向名譽及人格權傾斜。當然，人格是人的第二個生命，政治人物也應有其人格尊嚴；德國大哲學家菲希特在其著名的「自然法的基礎」一書中，曾經明白的指出：「一切權利的本質為人格，國家最先及最高的義務，便是保障國民的人格。這是國家最神聖的義務，與保障人民生命的義務毫無二致」。所以，保障人格的重要已提升為國家的義務；而媒體的新聞自由也是保障國家不淪入獨裁的最有力武器。如何兩者兼顧，以及是否在必要時，司法天秤必須稍微向一方傾斜？也是憲法學者長年討論的重點。合理的推論，也是一個痛苦的決定便是：新聞自由應當具有較大的比重。誠然，面對這種相當「無情」的新聞自由制度，對愛惜羽毛，不容他人隨意誣蔑的從政人士而言，當然情難以堪，也不免忿忿不平，但我們也只能深表同情罷了，也希望法院能夠發現真實，給社會大眾還原事實的真相，同時儘可能給當事人一個公平的交待⁶⁹。

〈2〉在犯罪階層之探討時，三階層犯罪理論批評二階層犯罪理論之理由中，其認為二階層犯罪理論無法比較出殺死一隻蚊子與殺死一個人而有阻卻違法事由之兩行為的差異，也就是三階層犯罪理論認為殺死一隻蚊子之行為不具備構成要件該當性，而殺死一個人而有阻卻違法事由之

⁶⁸ 吳庚，前揭書，224頁至225頁。

⁶⁹ 陳新民，由「亞洲週刊案」誹謗無罪看「新新聞誹謗案」，憲政(評)090-018號，智庫出版品，財團法人國家政策研究基金會。

行爲是該當構成要件，但不具備違法性，所以殺死一隻蚊子與殺死一個人而有阻卻違法事由之兩行爲歸責是不同的。

然而，對三階層犯罪理論的批評之反駁說法認爲，不論是使用二階層犯罪理論、三階層犯罪理論、四階層犯罪理論等採用，皆是方便我們去認定行爲人是否成立犯罪與是否受罰的方法，故在利益衡量下，無論殺死一隻蚊子之行爲或殺死一個人而有阻卻違法事由之行爲，行爲人皆是無罪的，不受處罰的。所以三階層犯罪理論把殺死一隻蚊子之行爲不具備構成要件該當性，而殺死一個人而有阻卻違法事由之行爲是該當構成要件，但不具備違法性的歸責看法，是沒有意義的。

了解上述爭議問答，最主要是想讓各位了解的是二階層犯罪理論、三階層犯罪理論、四階層犯罪理論等採用，皆是方便我們去認定行爲人是否成立犯罪與是否受罰的方法，也就是判斷是否成立犯罪、故意犯或過失犯的方法。而回到刑法第三一〇條第三項定位問題，若在行爲人無認識錯誤的情況下，採刑法第三一〇條第三項應屬於不法要件（無論爲構成要件或違法性）之學說見解或採客觀處罰條件之見解，結果也皆是欲論斷行爲人是否成立誹謗罪罪名；而在審判訴訟程序上，採刑法第三一〇條第三項應屬於不法要件（無論爲構成要件或違法性）之學說見解較對行爲人有利，因在行爲人主觀故意對象上，須包括所指摘或傳述之事項爲不實的情況，也就是說，行爲人須認知其行爲是所指摘或傳述之事項爲不實的，且司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文，「行爲人在不能證明言論內容爲真實，但依其所提證據資料，認爲行爲人有相當理由確信其爲真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩；」，是可以阻卻誹謗罪之誹謗主觀故意，而不成立誹謗罪罪名。但若採客觀處罰條件之見解，在法院盡其澄清義務後，認行爲人具不法與罪責要件時，但仍無法查明該誹謗事件事實真實與否時，被告須承擔事實不明之不利益風險，此時即不適用罪疑唯輕，因此，被告此時始有自行提出真實性證據之責任。所以司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文之見解，經利益衡量評斷下，對個人名譽權而言，是較保障新聞工作者之新聞自由。

〈3〉不論採司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文中：「行爲人雖不能證明言論內容爲真實，但依其所提證據資料，認爲行爲人有相當理

由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩。」之見解（或是認為刑法第三一〇條第三項定位為構成要件層次）或採客觀處罰條件之見解，在我國刑事審判訴訟程序下，仍應按我國刑事訴訟法等規定為之，如檢察官或自訴人仍須按刑事訴訟法第一六一條第一項規定負舉證責任，而法院亦應刑事訴訟法第一六三條規定負澄清義務等，也就是，司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文所明示：「…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。」，即此時追訴者的舉證事項為構成誹謗罪事實，有具指摘或傳述毀人名譽之事實；該行為已造成名譽侵害之具體危險；該言論為不真實或雖為真實但非屬公共議題，侵犯他人隱私等。換言之，刑法第三一〇條第二項與第三項是不同的，前者有包含誹謗故意，而後者是有包含事實查證要求，才有司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文中：「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。」的見解產生。

〈4〉但問題可能出現在，行為人行為時無主觀相信（即無依其所提證據資料，認為有相當理由確信其為真實者），但事後在審判程序上卻能證明客觀為真實之情況下，採刑法第三一〇條第三項定位為構成要件層次（司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文或此見解），反而是須受罰，但經利益衡量下，我們必不須去保障未做到「依其所提證據資料，認為有相當理由確信其為真實」要求之新聞工作者的新聞自由。

〈5〉在行為人有認識錯誤的情況下，若行為人有做到「依其所提證據資料，認為有相當理由確信其為真實」之要求，則採刑法第三一〇條第三項定位為構成要件層次之見解（司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文或此見解），較採客觀處罰條件之見解更是有利，因能阻卻主觀故意而無罪，非僅是阻卻罪責與否而已，此亦是較能保障新聞工作者之新聞自由。若行為人未做到「依其所提證據資料，認為有相當理由確信其為真實」之要求，但此情形很難發生，因行為人並不可能在審判程序上陳述其未做到「依其所提證據資料，認為有相當理由確信其為真實」之要求，而使法院認定其有誹謗主觀故意，有入罪的可能。

第四項 我國刑法第三一一條之探討

壹、 我國刑法第三一一條之定性

在上述（即就我國刑法第三一〇條誹謗罪之解說部分），已說明，誹謗罪所欲規範範圍為損害他人名譽之「事實」陳述，而侮辱罪所欲規範的範圍為損害他人名譽之「意見」陳述；因「事實」是指現在或過去的具體歷程或狀態，並亦具有可檢驗其為「真」或「偽」之特性，與「意見」不同，後者僅純粹的價值判斷，或單純的意見陳述，欠缺可檢驗真偽之性質，與「事實」可檢驗真偽之性質完全不同。故我國刑法第三一一條所規範對象非僅是意見表達或評論，而是混雜事實與意見競合之情狀，也就是，在行為人之行為構成刑法第三一〇條誹謗行為（誹謗罪所欲規範範圍為損害他人名譽之「事實」陳述）時，始有探討是否適用刑法第三一一條之問題，所以單純意見表達不構成刑法第三一〇條誹謗罪，亦勿庸探討刑法第三一一條之適用問題。

當然有學者⁷⁰認為意見表達或評論如涉及誹謗，應依刑法第三一一條定處斷，其理由大致如下，刑法第三一一條第三款規定，「以善意發表言論，而對於可受公評之事，而為適當之評論者，不罰。」，足見，非「善意」或「適當」之評論，並不受刑法第三一一條保障，乃我刑法對於意見表達之評論保障，是採相對主義等語。但本文認為上述見解有不妥處，理由說明如下，基於上述就「事實」與「意見」之說明，（即因「事實」是指現在或過去的具體歷程或狀態，並亦具有可檢驗其為「真」或「偽」之特性，與「意見」不同，後者僅純粹的價值判斷，或單純的意見陳述，欠缺可檢驗真偽之性質，與「事實」可檢驗真偽之性質完全不同），況學者亦認為，評論是否適當，指的是評論本身所根據得事實是否已為大眾所知曉，若不是，評論者在評論同時，有無將該「事實」一併公開陳述等語，足斷「意見表達」或「評論」往往以「事實」為基礎而予以主觀價值判斷評論，或意見表達，因此刑法第三一一條並非限於主觀價值判斷評論，或意見表達而已，而是刑法第三一一條亦是就「事實」為規範對象才對。

⁷⁰ 林天財，前揭文，52頁至53頁；亦有學者認為，刑法第三一〇條規範對象為客觀存在事實，而刑法第三一一條則限於主觀價值判斷評論而已，可參照法治斌，誹謗罪除罪化勢在必行，律師雜誌，1998.2.15出版，2頁至3頁。

一、有認為既不是阻卻違法事由，也不是阻卻構成要件事由⁷¹之見解其認為刑法所規範之行爲者，均屬於權利侵害之惡意行爲，刑法是不會對任何善意行爲加以規範；且誹謗罪所規範的對象，均屬於非受言論自由保護的言論，故根本上僅能將刑法第三一一條是爲一種宣示性規範，其非阻卻違法事由，也不是阻卻構成要件事由。

二、有認為是阻卻違法事由⁷²之見解

有學者認為刑法第三一一條爲特別阻卻違法事由，而較一般阻卻違法事由（即刑法第二一條依法令或公務員職務上之行爲、刑法第二二條業務上正當行爲、刑法第二三條正當防衛等）更爲具體，甚可取代後者。該學者認為「善意」與否，爲主觀違法要素，仍適用罪疑唯輕原則（即有疑唯利被告原則）；而在故意犯不法犯罪成立要件中⁷³，違法性層次的主觀違法要素包含兩者，一爲行爲人主觀上對違法性須有認知，否則可能爲禁止錯誤，影響罪責；另爲行爲人主觀上認知到該阻卻違法事由（如正當防衛須有防衛之意思、緊急避難須有避難之意思、得被害人承諾時須認知到被害人放棄法益之保護等），否則行爲人無法主張阻卻違法事由⁷⁴。

亦有學者認為刑法第三一一條所列舉之四種行爲，性質上均屬正當行爲，若行爲人以善意爲之，並無行爲反價值，而欠缺實質違法性，故得阻卻妨害名譽罪之違法性⁷⁵。

三、有認為是阻卻構成要件事由之見解

有學者是以刑法第三一一條之立法理由⁷⁶爲依據，而認為刑法第三一一條爲阻卻構成要件事由，即其認為憲法所明揭保障之表現自由除言論、講學、著作、出版等自由之外，尚包括傳播自由、討論自由與評論自由

⁷¹ 柯耀程，前揭文，180頁以下。

⁷² 高金桂，前揭文，201頁至208頁；高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照出版有限公司，2003.2月初版，132頁至137頁。

⁷³ 無論是構成要件或違法性層次，都以行爲人主觀上對不法要件有所認識之必要，在構成要件層次，行爲人主觀之「知」與「欲」必須對應到各個客觀的構成要件要素；在違法性層次，行爲人必須具備主觀的違法要素。可參閱林

鈺雄，前揭文，72頁至80頁。

⁷⁴ 林鈺雄，前揭文，72頁至80頁。

⁷⁵ 甘添貴，前揭文，115頁。

⁷⁶ 刑法第三一一條之立法理由爲：「蓋保護名譽，應有相當之限制，否則箝束言論，足爲社會之害，故以善意發表言論，而有本條所列情形者，不問事之真偽，蓋不處罰。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折衷，以求適當。」，請參閱分類小六法 刑法、刑事訴訟法，元照出版有限公司，2003.3月版，139頁。

等。由於本罪之處罰規定，致憲法所保障之基本自由將受到相當大限制，由於表現自由為憲法所保障之基本自由中最具重要性自由，亦為民主憲政不可或缺之基本自由，故不宜輕易使其受制於刑法之制裁，因此立法者乃特設刑法第三一一條阻卻構成要件事由⁷⁷，故行為人既以「善意」發表言論，可知其主觀上即不具誹謗「故意」，其發表言論之行為，即因欠缺構成要件故意而不具備構成要件該當性，不成立誹謗罪⁷⁸。

亦有學者是以刑法第三一一條之立法理由為依據，而認為刑法第三一一條為阻卻構成要件事由，即其認為刑法第三一一條立法意旨謂：「蓋保護名譽，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，蓋不處罰。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折衷，以求適當。」以觀，則刑法第三一〇條與刑法第三一一條兩者，前者為構成要件規定，而後者為阻卻構成要件事由。且從憲法保障密度而言，刑法第三一一條並不能視為補充規定，因若適用較大範圍的構成要件介入人民言論自由，再以阻卻違法事由阻卻，違反憲法之比例原則，國家強索過多代價，且憲法為最高位階，因此，應由刑法第三一〇條與刑法第三一一條共同構成刑法誹謗罪之構成要件，即有刑法第三一一條各款情況下，縱其所言不實，亦不能限制其意見表達自由，否則違反憲法之比例原則。該學者亦認為，合併刑法第三一〇條與刑法第三一一條之刑法誹謗罪之構成要件來看，誹謗罪為雙重意圖犯，即行為人為了某種「非善意」目的，以「散布於眾」為方法，至於其指摘或傳述之事，乃為散布之內容。也就是，「非善意」目的，應是相對於「散布於眾」而言，誹謗行為之目的應是「散布於眾」目的；誹謗故意，散布於眾事「事實的」，而「非善意」是「價值的」⁷⁹。

四、實務見解 – 司法院大法官第五〇九號解釋

我國司法院大法官第五〇九號解釋理由書中，即謂：「刑法第三一一條

⁷⁷ 林山田，前揭書，237頁至240頁。

⁷⁸ 其把「善意」解為「非出於惡意而發表言論」，甚有學者將「善意」解為「非誹謗之意思、動機或目的」，故有學者提出批評，認為上述見解將犯罪動機，解釋為構成要件要素或阻卻違法事由，與刑法基本犯罪論與刑罰論體系出現隔閡，且造成實務判決時，僅以「被告無惡意」而為有罪或無罪判決，嚴重違反法治國之原則，至於構成要件故意，在誹謗罪，是以有無認識其指摘或傳述足以毀損他人名譽為斷。請參閱鄭逸哲，前揭文，241頁至247頁。

⁷⁹ 鄭逸哲，前揭文，244頁至247頁。

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。）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。」，該解釋已明確指出刑法第三一一條規定係法律就誹謗罪特設之阻卻違法事由⁸⁰。

貳、區分上述犯罪類型的實益 - 錯誤理論適用與否

一、錯誤理論之簡介⁸¹

刑法上所稱的「錯誤」，是指行為人主觀認識的事實情狀與客觀上所存在或發生的事實有不一致之情形，而多數者是將錯誤分為「構成要件錯誤」與「違法性錯誤（即禁止錯誤）」兩者。

構成要件錯誤可分為「從無（主觀上）到有（客觀上）」以及「從有（主觀上）到無（客觀上）」，前者即主觀的不知情狀，例如行為人並不知其事實上行為已造成他人死亡的事實情狀，雖不符合刑法第二七一條第一項殺人罪之構成要件規範，但其行為若具備預見可能性及違反注意義務之情狀，須負刑法第二七六條第一項之過失致死罪的規範，此時學說是認為行為人雖不負故意責任，但能有負過失責任的可能；而後者即主觀的誤認情狀，例如行為人認為其行為足致他人死亡，但事實上其行為客體並非他人，此時為失敗未遂（普通未遂）⁸²情狀時，僅成立殺人未遂，但若為迷信未遂情狀時，則不成立犯罪，故阻卻構成要件事由的存在，是須行為人所認識，否則是阻卻誹謗故意。。

違法性錯誤亦可分為「從無（主觀上）到有（客觀上）」以及「從有（主觀上）到無（客觀上）」，前者即主觀的不知情狀，例如行為人認為其行為並不符合刑法規範之行為的濫捕保育類動物，但其行為受野生動物保育法之規範，此時學說是以是否無法避免與否為判斷免責依據（刑法第一六條

⁸⁰ 司法院大法官釋字第 0 九號解釋暨蘇俊雄大法官協同意見書亦同：「立法者另於第三一一條設定多項阻卻違法事由，使法院得據以於個案中就可能的基本權衝突情形，於違法性的判斷上做進一步的衡量決定。」。

⁸¹ 林鈺雄，前揭文，56 頁；黃榮堅，前揭書，351 頁至 363 頁；許玉秀，前揭文，97 頁；陳志龍，前揭文，78 頁至 82 頁。

⁸² 普通未遂與不能未遂之區別，後者即為一般人認為行為人之行為根本不會發生錯誤，而行為人基於重大無知認為其行為足至發該犯罪之結果，而非行為人重大無知，一般人亦會誤認時，則為普通未遂；而別實益在於得依刑法第二六條規定減輕或免除其刑之效果，但兩者仍是未遂情狀，可參閱黃榮堅，前揭書，59 頁至 60 頁。

亦明文，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑；如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑。);而後者即主觀的誤認情狀，例如行為人認為其行為符合刑法通姦罪構成要件規範之行為而與無婚姻關係存在的成年女子合姦，諸不知其行為並無符合刑法通姦罪構成要件之規範，此時為妄想犯或幻覺犯，其行為並不受處罰。

且雖阻卻違法事由為行為人所須認知的對象，故亦會發生「容許構成要件錯誤」情形，即行為人誤認阻卻違法事由的事實情狀，也就是行為人就客觀不存在有阻卻違法事由的事實，但行為人卻誤認有阻卻違法事由事實存在，此時容許構成要件錯誤之處理學說有故意理論、嚴格罪責理論（責任理論）、法律效果的限制責任理論等，而採限制罪責理論，認為可直接適用或類推適用構成要件錯誤法理，阻卻故意不法；但採嚴格罪責理論（責任理論）者認為阻卻違法事由誤認，只是排除違法性認識，但不排除故意，以能否避免錯誤予以判斷是否適用減輕或免除其刑之處罰手段，此亦為刑法第一六條明文規定，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑；如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑⁸³。

而客觀處罰條件並非行為人所須認知的對象，也就是於不法（構成要件該性、違法性）或罪責以外的犯罪成立要件，基於須刑罰性理由而創設的客觀處罰條件，其適用完全取決於客觀上條件是否成就，行為人主觀認知與否，在所不問，故不生錯誤之問題⁸⁴。

二、刑法第三一一條規定定位後之適用差異

在三階層理論犯罪結構下，行為人行為除須具備構成要件當性及違法性，並具備罪責（有責任）外，亦須具備特別犯罪成立要件，如客觀處罰條件、個人阻卻或排除刑罰事由等，始成立犯罪，不論把刑法第三一一條規定定位為阻卻違法事由或阻卻構成要件事由，若行為人不具備上述要件，即不成立犯罪，故此時並無區分之實益存在

惟在行為人主觀認識的事實情狀與客觀上所存在或發生的事實有不一致之錯誤情形時，即有就刑法第三一一條規定定位為阻卻違法事由或阻卻構成要件事由與否的實益。而「阻卻違法事由」及「阻卻構成要件事

⁸³ 張麗卿，前揭文，47頁至52頁；林東茂，刑法綜覽，2002年，181頁。

⁸⁴ 林鈺雄，前揭文，261頁；但亦有學者認為客觀處罰條件的實現，不必有故意或過失，是個別刑事政策思考後結果，並非客觀處罰條件概念上之必然，可參考黃榮堅，前揭書，199頁至202頁。

由」皆為行為人所須認知的對象，而前者會發生「容許構成要件錯誤」之情形，若依我國刑法第一六條明文規定（有認為是責任理論之採用），即不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑；如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑，也就是行為人仍成立故意不法。而後者阻卻構成要件事由的存在，是須行為人所認識，否則阻卻誹謗故意。會發生「構成要件事實錯誤」之情形，但有成立過失犯之可能。

參、 小結

雖然司法院大法官釋字第五〇九號解釋理由書中⁸⁵：『刑法第三一一條規定：「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。」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，不生抵觸憲法問題。』，即是認為刑法第三一一條規定是阻卻違法事由，但本文基於對現今台灣社會新聞工作者而言，為最大限度保障新聞工作者之新聞自由下，即本文卻認為須以新聞自由之保障優先於個人名譽權保障之地位來論述，故本文認為刑法第三一一條規定是阻卻構成要件事由，而理由敘述如下：

〈1〉既然司法院大法官釋字第五〇九號解釋之產生，是為改變以往實務就誹謗罪之見解，並表示：「言論自由為人民之基本權利，憲法第一一條有明文保障，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。」，且司法院大法官吳庚在其著作⁸⁶中曾謂：司法院大法官釋字第五〇九號解釋，顯然將被告之舉證責任相當程度之減輕，嗣後檢察官或自訴人應證明被告之言論虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而為不知其為不實，始足相當。時論多指是採美、日的「真實惡意原則」為立論基礎等語，換言之，傾向個人名譽的保護價值，是低於言論自由，但涉及純私人名譽時，言

⁸⁵ 司法院大法官釋字第五〇九號解釋隻蘇俊雄大法官協同意見書亦同：「立法者另於第三一一條設定多項阻卻違法事由，使法院得據以於個案中就可能的基本權衝突情形，於違法性的判斷上做進一步的衡量決定。」。

⁸⁶ 吳庚，前揭書，224頁至225頁。

論自由仍受相當限制之方向，而非如德國作法益衡量時，是向名譽及人格權傾斜。當然，人格是人的第二個生命，政治人物也應有其人格尊嚴；德國大哲學家菲希特在其著名的「自然法的基礎」一書中，曾經明白的指出：「一切權利的本質為人格，國家最先及最高的義務，便是保障國民的人格。這是國家最神聖的義務，與保障人民生命的義務毫無二致」。所以，保障人格的重要已提升為國家的義務；而媒體的新聞自由也是保障國家不淪入獨裁的最有力武器。如何兩者兼顧，以及是否在必要時，司法天秤必須稍微向一方傾斜？也是憲法學者長年討論的重點。合理的推論，也是一個痛苦的決定便是：新聞自由應當具有較大的比重。誠然，面對這種相當「無情」的新聞自由制度，對愛惜羽毛，不容他人隨意誣蔑的從政人士而言，當然情難以堪，也不免忿忿不平，但我們也只能深表同情罷了，也希望法院能夠發現真實，給社會大眾還原事實的真相，同時儘可能給當事人一個公平的交待⁸⁷。

〈2〉在犯罪階層之探討時，三階層犯罪理論批評二階層犯罪理論之理由中，其認為二階層犯罪理論無法比較出殺死一隻蚊子與殺死一個人而有阻卻違法事由之兩行為的差異，也就是三階層犯罪理論認為殺死一隻蚊子之行為不具備構成要件該當性，而殺死一個人而有阻卻違法事由之行為是該當構成要件，但不具備違法性，所以殺死一隻蚊子與殺死一個人而有阻卻違法事由之兩行為歸責是不同的。

然而，對三階層犯罪理論之批評的反駁說法卻認為，不論是使用二階層犯罪理論、三階層犯罪理論、四階層犯罪理論等皆是方便我們去認定行為人是否成立犯罪與是否受罰的方法，故在利益衡量下，無論殺死一隻蚊子之行為或殺死一個人而有阻卻違法事由之行為，行為人皆是無罪的，不受處罰的。所以三階層犯罪理論把殺死一隻蚊子之行為不具備構成要件該當性，而殺死一個人而有阻卻違法事由之行為是該當構成要件，但不具備違法性的歸責看法，是沒有意義的。

了解上述爭議問答，最主要的是想讓各位了解的是二階層犯罪理論、三階層犯罪理論、四階層犯罪理論等採用，皆是方便我們去認定行為人是否成立犯罪與是否受罰的方法，也就是判斷是否成立犯罪、故意犯或過

⁸⁷ 陳新民，前揭書。

失犯的方法。而回到刑法第三一〇條第三項定位問題，若在行為人無認識錯誤的情況下，採司法院大法官釋字第五〇九號解釋理由書之見解（即是認為刑法第三一一條規定定位為阻卻違法事由，而是違法性層次）或採阻卻構成要件事由，也就是構成要件該當性層次之見解，結果全皆是欲論斷行為人是否成立誹謗罪罪名，而在審判訴訟程序上，兩者皆認為刑法第三一一條規定事項，為行為人主觀認知的對象，並無不同。

〈3〉在行為人有認識錯誤情形時，若採刑法第三一一條規定是「阻卻構成要件事由」之見解，此時會發生「構成要件事實錯誤」之情形，此時可能阻卻故意，但有成立過失犯之可能，可是誹謗罪無過失之處罰，故行為人此時不成立犯罪。若採刑法第三一一條規定是「阻卻違法事由」之見解，會發生「容許構成要件錯誤」之情形，若依我國刑法第一六條明文規定（有認為是責任理論之採用），即不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑；如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑，也就是行為人仍成立故意不法。兩相比較，前者見解較能最大限度保障新聞工作者之新聞自由，即是以新聞自由之保障優先於個人名譽權保障之地位而為論述。

〈4〉雖有學者認為刑法第三一一條是為一種宣示性規範，其非阻卻違法事由，也不是阻卻構成要件事由的見解是推論正確的，但與阻卻構成要件事由之結論見解並無不同，故不採之。

第三節 我國實務就刑事誹謗罪案件之刑事判決

壹、八十七年度上易字第一一九三號臺灣高等法院刑事判決⁸⁸

一、本案判決主文敘述如下：

上訴駁回。

二、本案判決理由中適用法律之主要論述如下：

〈一〉、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實。又不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第一五四條、第三〇一條第一項分別定有明文。次按事實之認定應憑證據，如未能發現

⁸⁸ 引自 司法院法學資料檢索系統，【裁判日期】 1999.12.30。

相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，為裁判基礎（最高法院四十年臺上字第八六號判例參照）。再告訴人（自訴人亦同）之告訴，本以使被告受刑事訴追為目的，故其陳述是否與事實相符，自應調查其他證據，以資審認，苟其所為攻擊之詞，尚有瑕疵，則在此瑕疵未予究明以前，即不能遽採為斷罪之基礎（最高法院六十九年臺上字第一五三一號判例參照）。另按認定犯罪事實，所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致於有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據之為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理性懷疑之存在時，即無從為有罪之認定，此亦有最高法院七十六年臺上字第四九八六號判例可資參照。

〈二〉、復按，言論自由固為憲法所保障之基本權利，任何人或國家不應任意加以侵害，惟為維護個人隱私權，使之不受不合理之侵害，且為避免妨害他人名譽，刑法第三一〇條第一項乃定有誹謗罪之處罰，目的即係在於賦予言論自由合理之約束及規範。誹謗罪之成立，除行為人在客觀上需有指摘或傳述足以毀損他人名譽之事外，尚須行為人在主觀上有毀損他人名譽之故意，方具構成要件該當性，而行為人是否具有主觀構成要件故意，須依行為當時之具體情況客觀判斷之，立法者為免爭論，於一般誹謗罪（即刑法第三一〇條）之情形，以刑法第三一一條明定阻卻構成要件事由，只要行為人之行為係以善意發表言論而客觀上符合該條所規定之要件者，縱足以造成毀損他人名譽之結果，亦不該當於誹謗罪之構成要件，亦即其主觀上並不具備誹謗之故意及散布於眾之不法意圖，藉以解決刑法實務上就主觀不法意圖判斷上之困難，由該二條規定亦可知保護名譽及言論自由應有所折衷，因此，對於保護名譽仍應有相當之限制，否則任意箝束言論，足為社會之害。倘無證據足證行為人係出於惡意之情況下，即應推定其係以善意為之（即所謂真正惡意原則）。

〈三〉、人為理性之動物，對於周圍之人、事、物，常有相當意見，且喜表現其意見於外，以聽取他人之觀感，或期有益於人類社會；昔日專制時代，人民言論、講學、著作及出版之表現自由橫被壓制，除背於人之本性外，更阻礙民主政治之推行及人類社會之進步；有鑑於此，各國

憲法對人民言論、講學、著作及出版之表現自由，莫不加以保護，我國憲法第一一一條即明文規定「人民有言論、講學、著作及出版之自由」。而報紙、雜誌等新聞媒體，以印刷方法，將其欲傳達的資訊或意見散布，屬於出版形式之一；我國憲法既保障出版自由，即包括保障屬於出版形式之「新聞自由」。出版品係人民表達思想、言論之重要媒介，可藉以反映公意、強化民主、啓迪新知，保障新聞自由更有助於新聞媒體發揮監督制衡之制度性功能，攸關國民接受資訊之權利及接近使用媒體之權利（司法院大法官釋字第三六四號解釋參照），而為民主憲政之基礎。惟因新聞出版品無遠弗屆，對人民有教育功能，其良窳對社會具有廣大而深遠之影響，故媒體亦應基於自律觀念善盡社會責任，避免排他性報導，避免提供錯誤與虛假之資訊使他人名譽遭受損害。各國對於出版自由，雖事先不加以限制，事後則恆於必要時，加以相當之處罰；依據我國現行法律規定，報紙、雜誌等新聞媒體構成誹謗者，除民事及行政法責任外，尚有刑事責任；以法律對侵害人民名譽權加以刑事處罰固有其立法沿革，惟鑑於新聞自由為民主憲政與自由社會之基石，自應避免新聞媒體因憚懼誹謗責任而採行自我限制與檢查之寒蟬效應。

〈四〉、媒體之新聞報導如涉及妨害他人名譽，如係以善意發表言論而對於可受公評之事為適當之評論者，依刑法第三一一條第三款規定不加處罰，該條立法理由載明：「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。庶於保護名譽及言論自由兩者折衷，以求適當。」；行為人既以善意發表言論，可知其主觀上不具誹謗故意，亦不具散布於眾之不法意圖；善意發表言論之行為因欠缺構成要件故意及散布於眾之不法意圖，而不具構成要件該當性，即不成立誹謗罪；刑法第三一一條屬阻卻構成要件事由，在探討誹謗罪構成要件是否該當時，就必須注意阻卻構成要件事由是否存在；刑法第三一一條因其條文用語「以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰」，與刑法第一八條第一項、第一九條第一項及第二一條至第二四條、第三一〇條第二項前段用語相同，致有人誤解為係誹謗罪之免責事由或阻卻違法事由，併此說明。為貫徹憲法保障新聞自由之目的，上開規定所稱以善意發表言論，應從寬解釋，即

採取「真正惡意原則」；易言之，新聞媒體發表言論之動機目的，如無毀損他人名譽之惡念，報導者於報導之前已踐行合理查證，確信所報導為真實，縱事後得知與真相有所差異，仍應認為符合上開「善意」之意涵，不具誹謗罪構成要件該當，以免「動輒得咎、噤若寒蟬」有礙整體人類社會進步。又刑事被告依法不負自證無罪之義務，故在別無積極證據之情形下，自難違反刑事訴訟法第一五四條之規定，以被告稍嫌誇張之報導，即推定被告自始即非善意有誹謗他人之故意。

三、本文就上述判決之評析：

〈一〉雖本判決亦是認為刑法第三一一條為阻卻構成要件事由，有以立法理由載明：「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。庶於保護名譽及言論自由兩者折衷，以求適當。」；及惟鑑於新聞自由為民主憲政與自由社會之基石，自應避免新聞媒體因憚懼誹謗責任而採行自我限制與檢查之寒蟬效應等理由，故不同於與刑法第一八條第一項、第一九條第一項及第二一條至第二四條、第三一〇條第二項前段用語相同，致有人誤解為係誹謗罪之免責事由或阻卻違法事由。

〈二〉然本判決仍將刑法第三一〇條之「誹謗故意」與刑法第三一一條之「善意」混為一談，理由敘述如下：

〈1〉刑法第三一〇條之誹謗故意是指行為人對其指摘或傳述足以毀損他人名譽之行為有所認識（認知）即可，或者如通說見解認為，無論是構成要件或違法性層次，都以行為人主觀上對不法要件有所認識之必要，在構成要件層次，行為人主觀之「知」與「欲」必須對應到各個客觀的構成要件要素；在違法性層次，行為人必須具備主觀的違法要素。

雖有學者把刑法第三一一條之「善意」解為「非出於惡意而發表言論」，甚有學者將「善意」解為「非誹謗之意思、動機或目的」，故有學者提出批評，認為上述見解將犯罪動機，解釋為構成要件要素或阻卻違法事由，與刑法基本犯罪論與刑罰論體系出現隔閡，且造成實務判決時，僅以「被告無惡意」而為有罪或無罪判決，嚴重違反法治國之原則，至於構成要件故意，在誹謗罪，是以有無認識其指摘或傳述足以毀損他人名譽為斷⁸⁹

⁸⁹ 請參閱鄭逸哲，前揭文，241頁至247頁。

才對。

然而，本判決竟仍以「行為人既以善意發表言論，可知其主觀上不具誹謗故意，亦不具散布於眾之不法意圖；善意發表言論之行為因欠缺構成要件故意及散布於眾之不法意圖，而不具構成要件該當性，即不成立誹謗罪…」及「新聞媒體發表言論之動機目的，如無毀損他人名譽之惡念，報導者於報導之前已踐行合理查證，確信所報導為真實，縱事後得知與真相有所差異，仍應認為符合上開「善意」之意涵，不具誹謗罪構成要件該當…」，故本判決將刑法第三一〇條之「誹謗故意」與刑法第三一一條之「善意」混為一談，甚為不當。

〈2〉且在我國刑事審判訴訟程序下，仍應按我國刑事訴訟法等規定為之，如檢察官或自訴人仍須按刑事訴訟法第一六一條第一項規定負舉證責任，而法院亦應按刑事訴訟法第一六三條規定負澄清義務等，也就是，司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文所明示：「…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。」，即此時追訴者的舉證事項為構成誹謗罪事實，有具指摘或傳述毀人名譽之事實；該行為已造成名譽侵害之具體危險；該言論為不真實或雖為真實但非屬公共議題，侵犯他人隱私等。換言之，刑法第三一〇條第二項與第三項是不同的，前者有包含誹謗故意，而後者是有包含事實查證要求，才有司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文中：「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。」的見解產生。

故是否如同判決認為「為貫徹憲法保障新聞自由之目的，上開規定所稱以善意發表言論，應從寬解釋，即採取「真正惡意原則」；易言之，新聞媒體發表言論之動機目的，如無毀損他人名譽之惡念，報導者於報導之前已踐行合理查證，確信所報導為真實，縱事後得知與真相有所差異，仍應認為符合上開「善意」之意涵，不具誹謗罪構成要件該當，以免「動輒得咎、噤若寒蟬」有礙整體人類社會進步。」之相反解釋，即新聞媒體發表言論之動機目的，如無毀損他人名譽之惡念，報導者於報導之前未踐行合理查證，確信所報導為真實，縱事後得知與真相有所差異，仍

應認為未符合上開「善意」之意涵，具誹謗罪構成要件該當；因合理查證與否見解理應為考量是否具誹謗罪之故意因素之一而已，重點可放在刑法第三一〇條第三項真實性證明。

貳、八十七年度上易字第四五三七號臺灣高等法院刑事判決⁹⁰

一、本案判決主文敘述如下：

原判決撤銷。

楊〇〇無罪。

二、本案判決理由中適用法律之主要論述如下：

按刑法上之誹謗罪，行為人主觀上必須具誹謗之故意，始足成立。易言之，行為人對其指摘或傳述之事足以損害他人名譽有所認識，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，始具有誹謗之故意。又誹謗罪之故意，雖不以直接故意為限，即未必故意亦足成立。惟言論自由為人民之基本權利，憲法第一一條有明文保障，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。是雖個人名譽、隱私及公共利益須受保護，言論自由亦應受尊重，故誹謗罪之故意，應採「實際惡意原則 (Actual Malice)」，而所謂「實際惡意」係指明知虛假之確定故意或漠視真實之未必故意。故如有善意之誤會或疏忽，應不構成誹謗罪。是以新聞媒體發表言論之動機目的，如無毀損他人名譽之惡念，報導者於報導之前已踐行合理查證，確信所報導為真實，或為平衡報導，縱事後得知與真相有所差距，仍應符合「實際惡意原則」之意涵，不具誹謗罪之故意。

三、本文就上述判決之評析：

〈一〉本判決雖就刑法上之誹謗罪，行為人主觀上必須具誹謗之故意，是指行為人對其指摘或傳述之事足以損害他人名譽有所認識，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；且本判決亦認為誹謗罪之故意，應採「實際惡意原則」，而所謂「實際惡意」係指明知虛假之確定故意或漠視真實之未必故意，亦即「實際惡意」係針對客觀事實的

⁹⁰ 引自 司法院法學資料檢索系統，【裁判日期】 2000.7.19。

明知故犯，其應屬於行爲故意的範圍⁹¹；故如有善意之誤會或疏忽，應不構成誹謗罪，而與司法院大法官釋字第五〇九號解釋意旨相同，故上述本案判決見解並無不當。

〈二〉然本判決仍將刑法第三一〇條之「誹謗故意」與刑法第三一一條之「善意」混爲一談，理由敘述如下：

〈1〉刑法第三一〇條之誹謗故意是指行爲人對其指摘或傳述足以毀損他人名譽之行爲有所認識（認知）即可，或者如通說見解認爲，無論是構成要件或違法性層次，都以行爲人主觀上對不法要件有所認識之必要，在構成要件層次，行爲人主觀之「知」與「欲」必須對應到各個客觀的構成要件要素；在違法性層次，行爲人必須具備主觀的違法要素。

雖有學者把刑法第三一一條之「善意」解爲「非出於惡意而發表言論」，甚有學者將「善意」解爲「非誹謗之意思、動機或目的」，故有學者提出批評，認爲上述見解將犯罪動機，解釋爲構成要件要素或阻卻違法事由，與刑法基本犯罪論與刑罰論體系出現隔閡，且造成實務判決時，僅以「被告無惡意」而爲有罪或無罪判決，嚴重違反法治國之原則，至於構成要件故意，在誹謗罪，是以有無認識其指摘或傳述足以毀損他人名譽爲斷⁹²。

然而，本判決竟仍以「是以新聞媒體發表言論之動機目的，如無毀損他人名譽之惡念，報導者於報導之前已踐行合理查證，確信所報導爲真實，或爲平衡報導，縱事後得知與真相有所差距，仍應符合「實際惡意原則」之意涵，不具誹謗罪之故意。…」，故本判決將刑法第三一〇條之「誹謗故意」與刑法第三一一條之「善意」混爲一談，甚爲不當。

〈2〉且在我國刑事審判訴訟程序下，仍應按我國刑事訴訟法等規定爲之，如檢察官或自訴人仍須按刑事訴訟法第一六一條第一項規定負舉證責任，而法院亦應刑事訴訟法第一六三條規定負澄清義務等，也就是，司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文所明示：「…不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行爲人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其爲真實之義務。」，即此時追訴者的舉證事項爲構成誹謗罪事實，有具指摘或傳述毀人名譽之事實；該行爲已造成名

⁹¹ 柯耀程，前揭文，180頁以下。

⁹² 請參閱鄭逸哲，前揭文，241頁至247頁。

譽侵害之具體危險；該言論為不真實或雖為真實但非屬公共議題，侵犯他人隱私等。換言之，刑法第三一〇條第二項與第三項是不同的，前者有包含誹謗故意，而後者是有包含事實查證要求，才有司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文中：「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。」的見解產生。

故是否如同判決認為「報導者於報導之前已踐行合理查證，確信所報導為真實，或為平衡報導，縱事後得知與真相有所差距，仍應符合「實際惡意原則」之意涵，不具誹謗罪之故意。」之相反解釋，即報導者於報導之前未踐行合理查證，確信所報導為真實，或未為平衡報導，縱事後得知與真相有所差距，仍未符合「實際惡意原則」之意涵，具誹謗罪之故意；此見解稍有疑義，因合理查證與否理應為考量是否具誹謗罪之故意因素之一而已，重點可放在刑法第三一〇條第三項真實性證明。

參、九十年度上更字第五三三號臺灣高等法院刑事判決⁹³

一、本案判決主文敘述如下：

原判決關於黃〇〇、林〇〇部分撤銷。

黃〇〇、林〇〇共同散布文字，指摘足以毀損他人名譽之事，黃〇〇處有期徒刑伍月，林〇〇處有期徒刑肆月；如易科罰金，均以 佰元折算壹日。

二、本案判決理由中適用法律之主要論述如下：

〈一〉被告林〇〇於其報導中稱：「蔡〇〇『大肆裝潢引起非議』」、「由於蔡〇〇花費鉅資重整官舍的動作很大，有人『看不慣』，所以向新黨的立委朱〇〇陳情，檢舉蔡〇〇『奢華』」等語，均係貶抑、負面之不實報導，有誹謗之犯意，足使一般大眾誤認自訴人有浪費公帑、違法支出預算，有違公務員服務法第五條有關公務員應誠實清廉、不得奢侈等規定之情事，致自訴人名譽受損。被告林〇〇所辯自訴人官舍面積五十餘坪，依八十五年間台北之平均物價水準觀之，以二百七十八萬元裝修房舍，尚稱合理，難認有何足堪毀損自訴人名譽云云，尚與客觀情事不符。至於〇〇周刊嗣雖登載交通部來函，惟誹謗罪為即成犯，犯行成立後尚難

⁹³ 引自 司法院法學資料檢索系統。

以事後更正而解免其罪責。何況○○周刊於第四六八期第二十三頁刊載「本刊說明」：「據本刊向朱○○國會辦公室及信義大樓住戶查證，該『新任首長』即為蔡○○」，是被告林○○稱其已於次期登載交通部來函之更正啓事，以平衡報導並無誹謗故意，亦不足採。

〈二〉記者及編輯對於他人之投稿或提供之資料，有查明虛實而後登載之義務，如登載之內容，非僅涉於私德，足以妨害他人名譽或信用，而不能證明真實者，則無論所登載者為自撰文字或轉載他人投稿，均應負刑事上誹謗之責任，有司法院二十三年院字第一一四三號解釋意旨及本院六十二年度法律座談會決議可資參照。而一般最基本之查證，乃訪查事件之當事人。查本件報導並無急迫之情形，被告林瑩秋非但未就上開立法院公報登載之內容盡其查證之義務，向自訴人本人查證，且其所謂之查證，並不能證明為真實事，反而為虛偽誇大之撰述，使用貶抑之字詞，而為上開不實報導，足證被告林瑩秋有誹謗之故意。

〈三〉以善意發表言論而對於中央會議之記事為適當之載述者，不罰，固為刑法第三一一條第四款所明定。考其立法意旨係以中央會議之記事，攸關社會公眾利益至鉅，其記事本宜公諸於眾，行為人如基於善意對之作適當載述，縱有時因而損及他人名譽，亦得執為阻卻違法之事由。倘若會議基於正當理由而明示不宜公開之記事，行為人竟故加載述，或對於未經記載於紀錄之事項或內容故予懸揣或隨意增損予以轉載記述，即已逾越善意之範圍，而未能援引本條款資為阻卻其行為之違法性。查立法委員朱○○於立法院法制委員會第三屆第二會期第三次全體委員會中，就行政首長之裝潢費是否應事先於施政預算時編列乙節提出質詢時，固曾語及某位新任首長耗資二百七十八萬元裝潢官舍，然其質詢內容並未指名該首長之姓名，有當次會議紀錄節錄影本存於原審卷可徵。而該立法委員之助理於被告林○○詢問時亦明確告知不予公開質詢內容所指首長之姓名等情，業經詳述於前，復為被告林○○所不否認，乃被告黃○○、林○○俱未經詳實查證，亦未向自訴人或交通部總務司查詢，即自行懸揣認定該新任首長必為自訴人，而由林○○撰文、黃○○決定刊登關於自訴人大手筆花費二百七十八萬公帑整修宿舍之文字，核其載述內容已逸出原質詢記事範圍而有隨意增捏情事，並無任何實據即遽予

虛指自訴人花費二百七十八萬元整修宿舍，登載於○○周刊供不特定讀者閱覽，自認有誹謗他人之犯意，所為難謂出諸善意，尚與刑法第三十一條第四款所定要件有間，亦不得援以阻卻其行為責任。

〈四〉本件被告等因誹謗自訴人，另經本院民事庭，判決被告等應連帶賠償自訴人新台幣六十萬元，被告聲明不服，提起上訴，最高法院駁回其上訴而確定，有本院八十六年度訴字第二五九號民事判決、最高法院八十八年度台上字第一二六二號民事判決在卷可稽，此亦可供本案佐參。

按我國憲法第一一條關於「人民有出版之自由」之規定，學說咸認所謂出版自由亦涵蓋新聞自由，而認新聞自由同為憲法所保障之一種基本權利，固屬的論。而憲法所以保障新聞自由，端在保障新聞媒體之獨立性與完整性，使新聞媒體得於本諸事實披露真相，滿足人民知之慾望與權利，庶免媒體於意見表達前因疑懼其表達遭致處罰而先行「自我事前檢查」，甚或造成所謂「寒蟬效果」。然憲法所保障之新聞自由，並非絕對之自由，亦非漫無限制，我國刑法為兼顧維護個人隱私權不受不合理之侵害，對於新聞自由亦限制不得逾越一定程度而侵及人民之隱私權，是新聞自由於關涉他人隱私權保護範圍內，應受合理之約束與規範，而其報導內容尤應為「真實之陳述」，如其報導內容非屬「真實之陳述」，而係道聽途說，又不加以求證，或求證結果，並不能證明為真實，且無相當理由確信為真實，只憑主觀之好惡，杜撰或誇大事實，甚或以情緒化等貶抑文字撰寫不實報導，而達於以文字誹謗他人名譽之程度，自非不得律以誹謗罪。查被告林○○為專業記者，自承當時擔任新聞工作已達七年（見本院八十六年五月十三日訊問筆錄），被告黃○○當時為○○周刊之總編輯，負責審核並決定稿件之登載，均具新聞報導之專業知識與判斷能力，衡以被告林○○並無實據而撰文指摘自訴人以高達二百七十八萬元之數額裝潢官舍，其所報導數額與每位首長八十四萬元裝潢費之預算相較，顯逾甚鉅，上開報導客觀上足以使不特定讀者判斷誤認自訴人有虛費公帑、辱損官箴之情事。而筆名「秦漢硯」者所撰文章，其內容關於「氣量狹小」、「趕盡殺絕」、「被鬥下台」、「刻薄寡恩」等字詞，多屬情緒性對自訴人施以人身攻擊之言論，難謂屬出諸善意之適當評

論，且對於自訴人之人格、社會地位、道德形象，俱屬負面、貶抑之評價，均足以貶損自訴人之名譽，甚為彰顯。參以上開文章於刊載當時並無非經立即刊登即喪失時效性之急迫情事，被告二人顯非無予以考證之餘裕時間，乃被告林○○竟未經適當查證，例如最基本之向當事人求證，均未為之，而其所謂查證結果，均不能證明為真實，率行指摘，被告黃○○負有決定文章刊載之權責，未予查明虛實猶同意刊載上開二篇文章並向外發行，其非善意，更非適當，實甚明灼。至被告林瑩秋雖指所報導之主題係以信義大樓為主，然其虛指自訴人花費二百七十八萬元整修宿舍，足以損及自訴人名譽，業如前述，復由黃○○決定登載於○○周刊供不特定讀者閱覽散布，自難謂無誹謗之犯意，所辯屬諉責之詞，洵無足採，其犯行堪資認定。又本件事證既臻明確，被告聲請勘驗自訴人住宅，送請臺北市室內設計裝飾商業同業公會鑑定該屋裝潢費用，並聲請傳喚證人廖○○、李○○、劉○○，以明自訴人所支裝潢費之實際額數暨證明被告確無誹謗之主觀犯意，另聲請向○○電信股份有限公司臺灣北區電信分公司函查（○二）三八九六○○九電話號碼之用戶名稱，資以證明交通部嗣確曾以傳真方式致函商業周刊要求更正報導內容，經核俱與被告已成立之罪責不生影響，尙無予以勘驗、鑑定、傳喚及函查必要，附此敘明。

三、本文就上述判決之評析：

〈一〉本判決依司法院二十三年院字第一一四三號解釋意旨及本院六十二年度法律座談會決議，而認為記者及編輯對於他人之投稿或提供之資料，有查明虛實而後登載之義務，如登載之內容，非僅涉於私德，足以妨害他人名譽或信用，而不能證明真實者，則無論所登載者為自撰文字或轉載他人投稿，均應負刑事上誹謗之責任。然為何在無法規明文規定下，即以上述實務見解而認為記者及編輯對於他人之投稿或提供之資料，有查明虛實而後登載之義務，否則應負刑事上誹謗之責任，故若依上述見解而認定有誹謗故意存在，明顯違反法律保留（如司法院大法官釋字第四四三號解釋理由書：「關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制，而憲法第七條、第九條至第一八條、第二一條及第二

二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」。)、法律明確性（如司法院大法官釋字第三九四號解釋文：「…至於對營造業者所為裁罰性之行政處分，固與上開事項有關，但究涉及人民權利之限制，其處罰額構成要件與法律效果，應由法律定之；法律若授權行政機關訂定法規命令予以規範，亦須為具體明確之規定，始符憲法第二三條法律保留原則之意旨。」。)等原則要求，並違背經驗法則，因如何推論違反上述義務，即有主觀故意存在，而即律以誹謗罪。

〈二〉本判決雖認為刑法第三一一條第四款為阻卻違法事由，但其仍有將刑法第三一〇條之「誹謗故意」與刑法第三一一條之「善意」混為一談，理由敘述如下：

〈1〉刑法第三一〇條之誹謗故意是指行為人對其指摘或傳述足以毀損他人名譽之行為有所認識（認知）即可，或者如通說見解認為，無論是構成要件或違法性層次，都以行為人主觀上對不法要件有所認識之必要，在構成要件層次，行為人主觀之「知」與「欲」必須對應到各個客觀的構成要件要素；在違法性層次，行為人必須具備主觀的違法要素。

雖有學者把刑法第三一一條之「善意」解為「非出於惡意而發表言論」，甚有學者將「善意」解為「非誹謗之意思、動機或目的」，故有學者提出批評，認為上述見解將犯罪動機，解釋為構成要件要素或阻卻違法事由，與刑法基本犯罪論與刑罰論體系出現隔閡，且造成實務判決時，僅以「被告無惡意」而為有罪或無罪判決，嚴重違反法治國之原則，至於構成要

件故意，在誹謗罪，是以有無認識其指摘或傳述足以毀損他人名譽為斷⁹⁴才對。

然而，本判決竟仍以「…核其載述內容已逸出原質詢記事範圍而有隨意增捏情事，並無任何實據即遽予虛指自訴人花費二百七十八萬元整修宿舍，登載於○○周刊供不特定讀者閱覽，自認有誹謗他人之犯意，所為難謂出諸善意，尙與刑法第三一一條第四款所定要件有間，亦不得援以阻卻其行為責任。…」，故本判決將刑法第三一〇條之「誹謗故意」與刑法第三一一條之「善意」混為一談，甚為不當。

〈2〉且在我國刑事審判訴訟程序下，仍應按我國刑事訴訟法等規定為之，如檢察官或自訴人仍須按刑事訴訟法第一六一條第一項規定負舉證責任，而法院亦應刑事訴訟法第一六三條規定負澄清義務等，也就是，司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文所明示：「…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。」，即此時追訴者的舉證事項為構成誹謗罪事實，有具指摘或傳述毀人名譽之事實；該行為已造成名譽侵害之具體危險；該言論為不真實或雖為真實但非屬公共議題，侵犯他人隱私等。換言之，刑法第三一〇條第二項與第三項是不同的，前者有包含誹謗故意，而後者是有包含事實查證要求，才有司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文中：「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。」的見解產生。

但本判決卻認為，「…新聞自由於關涉他人隱私權保護範圍內，應受合理之約束與規範，而其報導內容尤應為「真實之陳述」，如其報導內容非屬「真實之陳述」，而係道聽途說，又不加以求證，或求證結果，並不能證明為真實，且無相當理由確信為真實，只憑主觀之好惡，杜撰或誇大事實，甚或以情緒化等貶抑文字撰寫不實報導，而達於以文字誹謗他人名譽之程度，自非不得律以誹謗罪。…」，雖與司法院大法官釋字第五〇九號解釋文意旨相同，即「…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

⁹⁴ 請參閱鄭逸哲，前揭文，241頁至247頁。

誹謗罪之刑責相繩。…」，但本判決卻認為報導內容須負「真實之陳述」，然若依上述見解而認定有誹謗故意存在，明顯違反法律保留、法律明確性等原則要求，及經驗法則，因如何推論違反義務，即有主觀故意存在，而律以誹謗罪；且未符合經合理查證的真實性的證明要求，是不能以刑法第三一〇條第三項阻卻不法的才對，因合理查證與否見解理應為考量是否具誹謗罪之故意因素之一而已，重點可放在刑法第三一〇條第三項真實性證明。

第四節 美國、德國、日本的刑法誹謗罪規範探討

第一項 美國

其實於名譽權受損時，完全依賴民事賠償機制之國家並不多，美國刑事制裁並未根本絕跡，一九六四年 *Garrison v. Louisiana* 案⁹⁵，即係將同年 *New York Times v. Sullivan* 乙案 所建立的「真實惡意原則」擴張適用於刑事誹謗案件，僅此類刑事案件甚為罕見而已。

而在美國聯邦最高法院的一九六四年 *New York Times Co v. Sullivan*, 376 U.S.254 乙案中曾明示，為確保憲法第一修正案所保障之言論自由，應禁止公務員因他人對其公務行為之批評與事實不符而請求妨害名譽之損害賠償，除非他能夠證明行為人係出於實際惡意而為言論，亦即明知其為不實或出於不管其為真實與否之輕率⁹⁶。也就是，美國聯邦最高法院在該案的判決中，宣示了凡報導或批評政府官員執行公務之行為之言論，縱使侵害了被批評者或被報導者之名譽，也只有在具有真正惡意的情況下，才須受法律制裁而不受憲法的保障⁹⁷；而所謂真正惡意，是指法院只有在主張其名譽被媒體報導所侵害的人，證明媒體報導已確知其所報導非真實，或故意忽視而任意予以刊登⁹⁸。

第二項 德國

壹、德國刑法誹謗罪⁹⁹

德國刑法第一八六條規定：「主張（指摘）或散布有關他人之事實，如

⁹⁵ 379 U.S 64 (1964)，可參考法治斌，前揭文，150 頁以下。

⁹⁶ 張訓嘉，言論自由與公眾人物之名譽，律師雜誌 2 月，第 221 期，12 頁以下。

⁹⁷ 林子儀，言論自由與新聞自由，元照出版公司，1993.9 初版，365 頁以下。

⁹⁸ 林天財，前揭文，42 頁以下。

⁹⁹ 高金桂，前揭書，163 頁至 209 頁。

該事實構成他人知羞辱或足以使其於公眾受到貶損，且所主張或散布之事實無法證明為真者，處一年以下自由刑或罰金，以文書加以散布者，處五年以下有期徒刑或罰金。」¹⁰⁰。

貳、德國刑法真實條款之介紹

一、德國刑法第一八六條規定：

「主張（指摘）或散布有關他人之事實，如該事實構成他人知羞辱或足以使其於公眾受到貶損，且所主張或散布之事實無法證明為真者，處一年以下自由刑或罰金，以文書加以散布者，處五年以下有期徒刑或罰金。」¹⁰¹。

二、德國刑法第一八六條之真實條款規定的定性：

德國通說之見解，認為「無法證明誹謗事實為真」，並非客觀構成要件，亦非阻卻違法事由，而是客觀處罰條件，因而並非主觀歸責對象。至於「能證明誹謗事實為真」，為阻卻刑罰事由，非阻卻違法事由；因此，行為人對事實不真或無法證明，不屬於故意範疇規範，亦即，行為人對事實不真或無法證明若有所欠缺認識或認識錯誤，不屬於構成要件錯誤，因而並無阻卻故意情狀；因「無法證明誹謗事實為真」是客觀處罰條件，故在刑事審判時，對事實是否為真時，有所猶疑，此時「罪疑有利於被告」之原則即不適用，這樣的立法設計及法律見解，隱藏著一個社會生活規範：愈行使言論自由權而貶損他人者，負澄清真實之義務，貶損他人名譽之事實無法證明為真者，即無權主張。此似較能保障個人名譽，並合理節制言論自由權¹⁰²。

參、德國免責事由

一、德國刑法第一九三條規定：

「對於科學、藝術或工商成就所為之非難性的判斷或其他類似之言論表現，如其基於權利之保護或維護正當的利益，不罰。」¹⁰³。

二、媒體對公益事項的善意評論，不罰（德國刑法第一九三條）：

免責要件為（1）出自正當利益（媒體被推定有此利益）；（2）依據可

¹⁰⁰ 高金桂，前揭文，192頁。

¹⁰¹ 高金桂，前揭文，192頁。

¹⁰² 高金桂，前揭文，193頁；高金桂，前揭書，197頁。

¹⁰³ 轉引自高金桂，前揭文，201頁至208頁；高金桂，前揭書，132頁至137頁。

靠消息來源（如公文書）；（3）經澈底查證。應注意的是，縱使陳述經證實為虛偽不實，原告也只能請求不再公佈，不能向媒體請求金錢賠償。且按德國通說認為該條文為阻卻違法事由，且是基於法益或利益衡量為基礎的阻卻可罰事由，也是容許風險之具體化展現，因本條文旨在維護基本法之言論及新聞之自由權的優越性法亦所為之設計。

第三項 日本

壹、日本刑法誹謗罪¹⁰⁴

一、明治十三年之舊刑法：

第三五八條規定，揭發惡事醜行而誹謗他人者，不問事實的有無，依左列規定處斷：

1. 以公然演說誹謗他人者，處時一日以上三月以下重禁錮併科三圓以上三十圓以下罰金。
2. 散佈書類圖畫或作成雜劇布偶而誹謗他人者，處時十五日以上六月以下重禁錮併科五圓以上五十圓以下罰金。

二、明治四十年之現行刑法：

第二三〇條規定，公然指摘事實毀損他人名譽者，不問其事實之有無，處一年以下拘役或五百元以下罰金。

對於死者名譽毀損非出於虛構者，不罰。

貳、日本刑法真實條款之介紹¹⁰⁵

一、昭和二十二年刑法

追加刑法第二三〇條之二規定，前條第一項的行為與公共利害有關且可認係專為公益的目的時，判斷該事實的真假，如能證明其為真實時，不罰。

有關前項規定的適用，對於公訴提起前的犯罪行為，視其為與公共利害相關的事實。

前條第一項的行為，若與公務員或依選舉產生之公務員的候選人有關時，判斷其真假，如能證明其為真實時，不罰。

二、昭和二十二年刑法第二三〇條之二說明：

¹⁰⁴ 謝庭晃，論日本法上名譽毀損罪之立法變遷與言論自由，收錄於甘添貴教授祝壽論文集－刑事法學之理想與探索（二），學林文化事業有限公司，2002.3月一版，211頁至243頁。

¹⁰⁵ 謝庭晃，前揭文，211頁至243頁。

在日本有關名譽誹謗事件之判例中，行為人若欲主張有相當理由有合理確信欲阻卻民、刑事責任，須行為人有對本人進行確認，或進行側面證實查訪充分，而可根據可靠資料或消息來源為之實，始得主張之¹⁰⁶。

〈一〉就公共性而言

其所指摘的事實，不一定要具公共的性質，只要能成為評價或判斷公共性的資料即足¹⁰⁷。若站在人民有知的憲法角度來看，只要是人民在維持自治的範圍內，即使是有關他人名譽之事實，為維持民主社會的發展，應當允許該事實的公布，也就是，只要人民有知的必要時，就應該認為該事實具有公共性。¹⁰⁸就日本最高法院在一九八一年對有關因媒體報導批評日本公明黨之支持母體，宗教團體創價學會會長池田大做的男女關係，而被起訴的月刊ペソ事件¹⁰⁹，指出有關公共利害之事實可分為三類，一為有關政府或公務員報導；另為有關犯罪或裁判等報導；最後為其他社會所關心的事項。

（1）犯罪報導

刑法第二三〇條之二第二項規定，有關前項規定的適用，對於公訴提起前的犯罪行為，視其為與公共利害相關的事實。

（2）公眾人物的言行

刑法第二三〇條之二第三項規定，前條第一項的行為，若與公務員或依選舉產生之公務員的候選人有關時，判斷其真假，如能證明其為真實時，不罰。

〈二〉就公益性而言

雖條文明文為，其行為須「專為公益的目的」始可，但日本實務及學說皆認為，「專為公益的目的」僅須為主要動機即可，但由於人的主觀心理難以證明存在，故有學者¹¹⁰亦認為，只要對事實的公共性認識即可，即可解消該要件之認定。若從憲法角度來看，為了確保人民知的權利，只要人民有知的必要，不管發言者的主觀動機或意圖為何，都應該讓其

¹⁰⁶ 吳永乾，前揭文，1頁以下；李仁淼，前揭文，236頁以下。

¹⁰⁷ 中森喜彥，刑法各論第二版，1996.3月二版一刷，91頁；轉引自謝庭晃，前揭文，222頁。

¹⁰⁸ 平川宗信，名譽毀損罪と表現の自由，昭和58年.8.30初版一刷，125頁；轉引自謝庭晃，前揭文，240頁。

¹⁰⁹ 日本最高法院一九八一年（昭和56）四月一六日第一小法庭判決，刑集35卷3號，84頁；轉引自李仁淼，前揭文，236頁以下。

¹¹⁰ 採解消說學者為野村稔氏、佐伯仁志氏；轉引自謝庭晃，前揭文，222頁。

自由流通，所以以動機為限制，阻止對社會有益的資訊、情報的流通，是對知的權利的不當限制¹¹¹。

三、昭和二十二年刑法第二三〇條之二免責規定的定性¹¹²：

〈一〉處罰阻卻違法事由說：

此說認為刑法第二三〇條之二規定為處罰阻卻違法事由，也就是認為「事實真偽」本身非犯罪成立要件，因此即使認為非事實，但卻偶然被證為真實時，行為人並不受處罰；但若依相當根據，認為係真實，卻無法證明為真實時，行為人仍受處罰。

〈二〉違法阻卻事由說：

事實如果為真實時，可以阻卻違法性，也就是，如果具備「事實的公共性」及「目的公益性」的要件時，則真實的公開，仍是刑法上的正當行為。此說為日認本有力學說。

四、真實性的誤信

以相信事實為真實而公布，卻裁判上無法就真實得為證明時，該如何解決，有以下見解：

〈一〉以錯誤理論連接¹¹³

〈1〉處罰阻卻事由說：

此說認為，依刑法第二三〇條之二規定，若能證明為真實時，可阻卻處罰；即使誤信有理由存在，若無法證明真實，處罰即不能避免。日本判例¹¹⁴亦採此見解：「若無法證明事實的真實性時，不能免其名譽毀損罪的罪責。」。

〈2〉違法性阻卻說：

有認為違法性阻卻事由錯誤解為事實錯誤之立場，因此誤認為真實時，不具名譽毀損的故意，應不成立犯罪。亦有認為將違法性阻卻事由錯誤解為違法性錯誤之立場，因此有相當理由而誤認時，可阻卻責任。

¹¹¹ 平川宗信，名譽毀損罪と表現の自由，昭和 58 年.8.30 初版一刷，132 頁至 133 頁；轉引自謝庭晃，前揭文，241 頁。

¹¹² 前田雅英，名譽毀損と真實性の證明，刑法演習講座，1991.4.30.一版一刷，252 頁至 253 頁；轉引自謝庭晃，前揭文，221 頁。

¹¹³ 平川宗信，名譽毀損罪，刑法基本講座第六卷，各論の諸問題，1993.5.20.初版一刷，119 頁；轉引自謝庭晃，前揭文，223 頁。

¹¹⁴ 請參閱最判昭和 34.5.7 刑集 13 卷 5 號 641 頁；轉引自謝庭晃，前揭文，223 頁。

日本最高法院在 1969 年之「晚報和歌山時事」事件¹¹⁵曾謂：「若無證明刑法第二三〇條之二的事實為真實時行為人誤認該事實為真實，而該誤認是基於確實的資料、或根據，而有相當的理由時，行為人沒犯罪故意，而不成立名譽毀損罪」亦以相當的理由與否為標準，但卻以有無犯罪故意，來判斷成立名譽毀損罪與否。

〈3〉構成要件該當性阻卻說：

此說認為，刑法第二三〇條之二規定的事實係指「可能證明的真實」，所以依據可能證明的資料，而誤信其為真實時，可阻卻構成要件該當性。

〈二〉以違法論連接¹¹⁶

此說認為，行為人在有關事實的真實性上，發言當時若有可信賴的資料當基礎時，則在判斷事實的真實性上，大致上具有合理性。因此，依此而為的言論，可說基於負責的態度，所為真實言論的發表。故應當認為其係正當權利的行使，屬於刑法第三五條正當行為，可阻卻名譽毀損罪的違法性¹¹⁷。

〈三〉以責任論連接¹¹⁸

此說認為，刑法第二三〇條之二規定，原則上是基於政策上的考量，而在憲法上對名譽的保護，作一定範圍的限制，所制定出來的規定。故有認為，因事實的真實性，而阻卻名譽毀損罪的處罰，乃是因其違法性的減少之故，所以將事實的真實性，當成處罰阻卻是由的背後，是因實體上，事實的虛偽性是與違法性相關的處罰條件。因而基於責任主義，對於事實的虛偽性沒有過失，就不能給予處罰。也就是，對於名譽毀損罪的基本構成要件要素，必須有故意存在，但對於事實的虛偽性，則只要有過失即可¹¹⁹。

亦有認為，在責任上，若缺乏預防的必要性時，其責任即被否定，而無處罰的必要。也就是在刑法第二三〇條之二第一項規定上，對於真實

¹¹⁵ 請參閱最大判昭和 44.6.25 刑集 23 卷 7 號 975 頁；轉引自謝庭晃，前揭文，239 頁。

¹¹⁶ 藤木英雄，真實性の誤性と名譽毀損罪，法學協會雜誌，86 卷 10 號，昭和 44 年，22 頁；轉引自謝庭晃，前揭文，224 頁。

¹¹⁷ 藤木英雄，真實性の誤性と名譽毀損罪，法學協會雜誌，86 卷 10 號，昭和 44 年，22 頁；轉引自謝庭晃，前揭文，224 頁。

¹¹⁸ 山口厚，刑法各論，1999.12.30 一版一刷，83 頁；堀內捷三，真實性の錯誤，刑法の爭點，平成 12 年 11.30 第三版，151 頁；轉引自謝庭晃，前揭文，226 頁。

¹¹⁹ 山口厚，刑法各論，1999.12.30 一版一刷，83 頁；轉引自謝庭晃，前揭文，226 頁。

的言論無預防的必要，而對於真實的誤信，若行為人有相當的理由時，也沒預防的意義。所以名譽毀損行為的處罰，最少在真實的誤信上要有過失¹²⁰。

第四項 小結

就美國而言，在一九六四年 Garrison v. Louisiana 案，已將同年 New York Times v. Sullivan 乙案 所建立的「真實惡意原則」擴張適用於刑事誹謗案件，而「真實惡意原則」係指明知虛假之確定故意或漠視真實之未必故意，亦即「實際惡意」係針對客觀事實的明知故犯，其應屬於行為故意的範圍；也就是本文認為誹謗故意是指行為人對其指摘或傳述足以毀損他人名譽之行為有所認識（認知），換言之，以我國刑法來說，刑法第三一〇條第二項與第三項是不同的，前者有包含誹謗故意，而後者是有包含事實查證要求，而司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文中：「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。」的見解，可得知刑法第三一〇條第二項（構成誹謗罪之犯罪構成要件）與第三項（真實抗辯原則）是不同的，前者有包含誹謗故意，而後者是有包含事實查證要求。

就德國而言，「無法證明誹謗事實為真」是客觀處罰條件，故在刑事審判時，對事實是否為真時，有所猶疑，此時「罪疑有利於被告」之原則即不適用，這樣的立法設計及法律見解，隱藏著一個社會生活規範：愈行使言論自由權而貶損他人者，負澄清真實之義務，貶損他人名譽之事實無法證明為真者，即無權主張；無疑是保障個人名譽，並合理節制言論自由權之方向。然本文認為刑法第三一〇條第三項應屬於不法要件（無論是定位為阻卻構成要件事由或阻卻違法事由）之學說見解，如同司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文中：「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。」之見解，這也就是，本文基於對現今台灣社會新聞工作者而言，為最大限度保障新聞工作者之新聞自由下，即

¹²⁰ 堀內捷三，真實性の錯誤，刑法の争點，平成12年11.30第三版，151頁；轉引自謝庭晃，前揭文，226頁。

本文認為須以新聞自由之保障優先於個人名譽權保障之地位來論述，理由如上所述。

就日本而言，該國刑法第二三〇條之二規定，「前條第一項的行為與公共利害有關且可認係專為公益的目的時，判斷該事實的真假，如能證明其為真實時，不罰。有關前項規定的適用，對於公訴提起前的犯罪行為，視其為與公共利害相關的事實。前條第一項的行為，若與公務員或依選舉產生之公務員的候選人有關時，判斷其真假，如能證明其為真實時，不罰。」，而按日認本有力學說刑法第二三〇條之二規定應定性為違法阻卻事由說；與本文認為刑法第三一〇條第三項應屬於不法要件（無論是定位為阻卻構成要件事由或阻卻違法事由）之學說見解大同小異，如同司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文中：「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。」之見解一樣。

第三章 言論自由、商業性言論、廣電自由及新聞自由

第一節 言論自由的意義與功能、重要性

第一項 言論自由的意義

壹、我國而言

一、有學者¹²¹直言憲法第一一條所保障的「言論」，係指任何型態的意見表達，包括言語、書面、動作，或藉由錄音帶或唱片播放，或簽名活動，或藉由廣播、電視或網路等方式表達意見。至於言論內容上，並無限制，包括政治性、商業性的意見等。而言論自由除保障積極表達意見自由外，尚包括消極不表達意見自由，如不表示自己意見自由，不接受他人意見成爲自己意見的自由，即不散布他人意見的自由。

二、另有學者¹²²將言論自由採狹義解釋，即憲法第一一條所保障講學、著作，及出版除外之表現，而表現是將思想、觀念或意見以言行或其可作爲傳達的方式表現於外的意思。藉文學、圖畫、影像、聲音、舞蹈、戲劇及電腦程式等方式發表者，稱爲著作；將各種著作以平面印行方式散布者爲出版；講學是指在學校或其他學術文化機構講授及發展其觀念或意見。

三、甚有學者¹²³先探尋言論自由的基礎理論，並以其中的「表現自我說」爲出發點，而認爲憲法所保障之言論自由，是爲保障每個人自主存在的尊嚴及發展自我成就自我的機會。所以，凡是個人自主的自我表現皆應享有言論自由，故在此意義下，言論自由相當廣泛，僅言論自由與其他基本權相衝突時，有造成明顯或實質重大的危險時，除限制個人言

¹²¹ 李建良，菸品標示「吸菸有害健康」的憲法問題，台灣本土法學，第9期，2000.4月，98頁以下；直接將言論自由給予定義之學者亦有李惠宗，憲法要義，元照出版2001.8月初版，168頁。

¹²² 吳庚，前揭書，209頁。

¹²³ 林子儀，前揭書，1頁以下；其認爲言論自由的基礎理論可分爲「追求真理說」（或「言論自由市場說」、「健全民主程序說」，及「表現自我說」），而其採「表現自我說」之理由：追求真理和健全民主程序最終目的皆是幫助個人自主存在；根據追求真理說及健全民主程序說所保障之言論自由的範圍，表現自我說亦能涵蓋；追求真理說及健全民主程序說是一功利主義的言論自由觀，與個人之自主尊嚴之尊重價值，完全不同等。可參照林子儀，前揭書說明。

論自由之外，別無他法時，此時該言論自由才受相當之限制。

四、我國司法院大法官釋字第五七七號解釋理由書曾謂，「憲法第一一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。」。

貳、 德國而言

言論自由的憲法根據為德國基本法第五條規定，即（1）任何人均享有經由語言、文字及圖畫表現及散布其思想的自由，並得在不受限制的情況下，從公共均可取得之來源得知資訊，新聞自由、廣播及電影之報導自由均受保障，不得加以檢查（指事前檢查）；（2）前項權利，應受一般實定法之規定及有關青少年保護及個人名譽權保護法規之限制；（3）藝術、科學、研究及學說均為自由，但學說之自由不得脫逸對憲法的忠誠。

參、 在美國而言

言論自由的憲法根據為其憲法增補條款第一條，即「國會不得制定法律…剝奪人民的言論及出版的自由（the freedom of speech ,or of the press）」。

第二項 言論自由的功能、重要性

從我國司法院大法官釋字解釋中得知，我國司法院大法官釋字解釋曾表示言論自由具有下列功能：「憲法第一一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。」（釋字第五〇九號解釋理由書）、「次查憲法第一四條規定人民有集會之自由，此與憲法第一一條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇。本於主權在民之理念，人民享有自由討論、充分表達意見之權利，方能探究事實，發見真理，並經由民主程序形成公意，制定政策或法律。因此，表現自由為實施民主政治最重要的基本人權。國家所以保障人民之此項權利，乃以尊重個人獨立存在之尊嚴及自由活動之自主權為目的。」（釋字第四四五號解釋理由書）、「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，啓迪新知，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，為憲法第一一條所保障之範圍。」(釋字第三六四號解釋理由書)、「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。」(釋字第四一四號解釋理由書)。

第二節 商業性言論與廣電自由

第一項 商業性言論的意義

依據美國行銷學會在Journal of Marketing期刊中，對廣告做出如下定義：「廣告是經由特定的贊助者以付費的方式，對其商品、服務或理念所進行非個人的傳播活動」¹²⁴。而學者認為：「所謂廣告，乃以廣告主的名義，透過大眾傳播媒體，向非特定的大眾，傳達商品或勞務的存在、特徵和顧客所能得到的利益，經過對方理解、滿意後，以激起其購買行動，或者為了培植特定觀念、信用等，所做的有費傳播」¹²⁵。亦有學者¹²⁶認為，基本上，通說均主張宣傳或推廣某種商品或服務的言論，而其目的在直接刺激該項物品或服務的交易，以獲取商業利益者，均是所謂的商業性言論。我國司法院大法官釋字第四一四號解釋理由書曾謂，「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第一五條及第一一條之保障。」；及釋字第五七七號解釋理由書亦謂，「憲法第一一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第一一條言論自由保障之範圍，業經本院釋字第四一四號解釋所肯認。」。

¹²⁴ Dorothy Cohen (1998), Advertising, p.5。轉引自林承宇，菸品廣告規範之研究，政治大學廣播電視學研究所碩士論文，2002，13頁。

¹²⁵ 樊志育，廣告設計學，1992，三民，2頁。

¹²⁶ 林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊 2 卷 8 期，24 頁。

第二項 廣電自由之意義

德國基本法第五條規定：「任何人有權，以語言、文字及圖畫自由的發表與傳播自己之意見，以及從大眾可及之來源，不受限制地獲取資訊。新聞報業出版自由予以電影及廣電方式所為報導的自由，同受保障。事前審查不許進行。」其將新聞報業自由以及影片和廣電報導自由，特別予以保護，因此此三項自由權又稱為大眾傳播自由權。¹²⁷，而我國憲法中並未有廣電自由或新聞自由的明文規定，但我國司法院大法官於釋字第三六四號揭示：「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第一一條所保障言論自由之範圍。為保障此項自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配，對於人民平等「接近使用傳播媒體之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重，並應以法律定之」，故經由此一解釋，廣電自由受憲法言論自由之保障殆無疑義。

第三節 新聞自由的意義與憲法根據及保障新聞自由之基本權的功能

第一項 新聞自由的意義

有學者¹²⁸直接將新聞自由予以定義，新聞自由是透過大眾媒介傳布資訊或概念（理念），而不受到政府限制（干預）的權利。且新聞自由內涵內涵包括以下：（1）採訪新聞自由；（2）傳遞新聞自由；（3）發表新聞自由；（4）閱聽與收聽新聞自由。

亦有學者¹²⁹指出，新聞自由的內容（錢震教授「新聞論」），包括以下：（1）經營傳播媒介自由；（2）採訪新聞自由；（3）傳播新聞自由；（4）傳播意見自由；（5）收受新聞或意見自由。而新聞業亦享有以下四種新聞自由（鄭貞銘教授）：（1）採訪自由；（2）傳遞自由；（3）發表自由；（4）收受或不收受自由。在一九五一年國際新聞學會指出，新聞自由的標準有（1）採訪自由；（2）通訊自由；（3）出版自由；（4）批評自由。

¹²⁷ 翁曉玲，新聞報導自由與人格保護-從我國與德國釋憲機關對新聞報導自由解釋之立場談起，收錄於當代公法新論（上），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照，88頁以下。

¹²⁸ 周慶祥、方怡文，新聞採訪寫作，風雲論壇出版，2003.7月版，467頁以下。

¹²⁹ 沈征郎，實用新聞-編採寫作，聯經出版，2003.6月21刷，384頁以下。

在西方傳統新聞自由的涵義包括以下：(1) 出版前不須請領執照或特許，亦不須繳納保證金；(2) 出版前免於檢查，出版後除擔負法律責任外，不受干涉；(3) 有報導、討論及批評公共事務的自由；(4) 政府不得以重稅或其他經濟力量迫害新聞事業，亦不得以財力津貼或賄賂新聞事業；(5) 政府不得經營新聞事業；(6) 自由接近新聞消息來源，加強新聞發佈，保障採訪自由；(7) 自由使用意見傳達工具，免於新聞檢查，保障傳遞自由；(8) 閱讀及收聽自由，包括不閱讀不收聽之自由。¹³⁰

而新聞自由是以新聞媒體自由表達思想、觀念及意見的權利；起源於人類表達思想意見的自由；人類表意的方式很多，包括口語 (speaking)、書寫 (writing)、印刷 (printing)、廣播 (broadcasting)、視訊傳送 (televising)，這些方式均得藉由媒體為之。且新聞自由的權利內涵就現代民主國家而論，至少應包括下列各項自由：(1) 建立新聞事業的自由；(2) 採訪及蒐集資訊的自由：資訊自由 (freedom of information)，即人民得請求政府提供檔案資料及其他公益資訊的權利；(3) 傳遞及發表的自由；(4) 規範發表自由的立法主義，即預防制：包括登記、許可、報備、保證金、課稅、事前檢查等，及追懲制：發表後如內容違反法律規定或侵害他人權益，再依法追究、處罰，事先不加任何限制；而編輯自由，是發表自由的一部分，強調編輯人員在新聞題材選擇及呈現方式的自主權；(5) 收聽收看的自由。(6) 不揭露消息來源的自由，此一權利尚在形成當中，容易與司法程序發現真實的目標相違背。

美國最高法院大法官 Potter Stewart 提出第四權理論 (the fourth estate theory)，作為新聞自由之理論基礎。該理論認為憲法保障新聞自由的目的，乃在保障一個有組織、完整、獨立、自主的新聞傳播媒體，使其能夠成為政府行政、立法、司法三權以外的第四權，提供未被政府控制或影響的資訊或意見，促使人們對政府及公共事務的關心，並進而引起公眾討論，以發揮監督政府及揭露政府濫權的功能。亦即只有擁有自由接近、自由傳播、自由出版、自由評論的社會才有可貴的民主政治。

一個完整、獨立自主的現代新聞媒體，將足以扮演監督政府的角色；故將憲法上保障新聞自由的條款，解釋為一種制度性的組織條款，來說

¹³⁰ 李瞻，新聞學，三民書局，1999.4月，35頁以下。

明新聞自由。「新聞自由」之訴求，不僅在能保障新聞傳播媒體自由傳播之工作自由，其終極目的則在確保人民知的權利，以及監督政府施政，因此民主法治國家，莫不以新聞自由之程度，作為民主及民權政治之重要指標或標竿。

聯合國「新聞自由公約」在權利方面明白的指出政府應給予媒體享有充分的自由：

(1) 國內及國際新聞及意見的自由交換，為人類的基本權利，且為世界和平與政治、經濟和社會各方面進步所必須；(2) 各國應予本國人民及友邦人士，在本國境內，依法發展或採取各種新聞及意見的自由，政府不加干涉；(3) 各種新聞傳遞工具，各國政府決不因政治上的原因，或個人的原因，或以種族、性別、文字、語言、宗教的不同，而予任何人民以差別的待遇；(4) 凡以採訪新聞而傳達於公眾為職業者，各國應予鼓勵，予以便利，包括請求入境的便利、居住、行動及採訪等自由。

然而一個政府是否賦予媒體有充分的新聞自由，關係到國家形象的塑造。我國自民國四十年代迄七十七年元旦解除報禁，這段時期因為實施報禁而使我國國際形象受到很大的斷傷。民國四十八年陶百川先生赴美國訪問時，國際新聞學會（International Press Institute）就我國的新聞自由提出調查報告，對我國有很不利的批評，民國四十九年成舍我先生赴美國國務院訪問時，當時眾議院外交委員會遠東小組召集人柴布勞基（Clement Zablocki）對台灣當時新聞的不自由提出強烈的批評。當年，國際新聞學會在東京舉行年會，便拒絕我國幾位記者的入會申請，理由是因為新聞自由方面有待努力。¹³¹

第二項 新聞自由的憲法根據¹³²

我國憲法本文第一一條規定，「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」，並無將新聞自由列舉其中，且在司法院大法官解釋中¹³³亦無明示新聞自由憲法上基本權之根據。

¹³¹ 呂郁女，新聞自由與國家形象，中央日報 2003.04.26 觀念世界。

¹³² 江嘉琪，論新聞自由，法學講座第 26 期，3 頁以下；張嘉尹，內部新聞自由的可能性及其界限，台灣本土法學 37 期，2002.8 月，142 頁以下；張永明，從我國與德國釋憲機關之相關解釋與裁判論新聞傳播自由之界線與我國新聞傳播之立法，收錄於憲法解釋之理論與實務第三輯，中央研究院中山人文社會科學研究所專書（52），194 頁以下；林子儀，前揭書，61 頁以下；

¹³³ 如司法院大法官第三六四號、第四一四號、第四四五號、第五〇九號等解釋。

而我國有許多學者認為，可從憲法本文第一一條規定所保障表現自由中的言論自由或出版自由，為新聞自由憲法上基本權之根據，理由敘述如下：

〈一〉有學者是從司法院大法官第三六四號解釋得知，即「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第一一條所保障言論自由之範圍。」，雖沒提及新聞自由，但廣播電視自由與新聞自由同屬新聞媒體自由的一環，因此從此號解釋可推論，大法官會承認憲法第一一條所保障的言論自由範圍亦包括新聞自由¹³⁴。

〈二〉有學者就憲法第一一條保障「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」的精神來看，而認為本條是對意見表達自由的概括性保障條款。而新聞媒體係藉由報紙、雜誌、廣播、電視等媒介，以印刷或錄音、攝影等方式，將各種不同意見或思想傳達於大眾，故認為憲法第一一條的出版自由，包括新聞自由在內¹³⁵。或擴張憲法第一一條所規定的言論自由及出版自由之解釋，亦包括新聞自由在內¹³⁶。

〈三〉亦有學者¹³⁷雖亦認為新聞自由應為憲法第一一條所規定的出版自由的實質意義所包含，但明白表示言論自由與新聞自由不完全相同，也就是，並不贊同僅是將新聞自由視為言論自由表達的一種形式，而是一種獨立於言論自由以外的一種基本權利，因言論自由是一種個人基本權利，為憲法保障個人自我表現或自我實現，及尊重表意人自我決斷的自主的一種基本權；而新聞自由是一種制度性基本權，是憲法為保障新聞傳播媒體作為現代社會一個重要的制度。並以「第四權理論」(the fourth estate theory)保障新聞自由的理論基礎為出發點，認為憲法所以要保障新聞自由的目的，是在保障新聞媒體的獨立性及完整性，以維持新聞媒體自主性，使其能提供未被政府控制或影響的資訊、意見及娛樂，以促使人們對政府及公共事務的關心，並進而引起公眾討論，而能善盡監督政府的功能。

有學者在對新聞自由與傳統概念下的個人言論自由，應有不同的理解下，因此主張憲法對新聞自由的保障，直接援引憲法第二二條規定為妥，可釐清新聞自由與個人言論自由的概念，且以憲法第二二條為根據，對

¹³⁴ 張嘉尹，前揭文，142頁以下。

¹³⁵ 法治斌、董保城合著，憲法新論，2003初版，176頁；江嘉琪，前揭文，3頁以下。

¹³⁶ 張永明，前揭文，194頁以下。

¹³⁷ 林子儀，前揭書，61頁以下。

新聞自由保障較完整。

本文認為新聞自由以憲法第一一條規定即可，或可擴張解釋「言論」自由的涵義而包含新聞自由，理由敘述如下，而且已可把憲法第一一條規定視為保障新聞自由之根據，故並不須援引憲法第二二條概括規定為根據：

〈1〉因從司法院大法官釋字第三六四號解釋中，即「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第一一條所保障言論自由之範圍。」，得知言論自由包含廣泛，可把新聞自由包含在內。

〈2〉雖我國司法院大法官第五〇九號解釋雖文中僅言「言論自由」而已，但本件釋字聲請人（即具有原審確定判決的被告身分）卻是新聞工作者，再加上新聞自由與言論自由性質上往往有重疊之處，這也就是為何有學者¹³⁸是認為因新聞工作者、記者的身分，致其言論自由受到特別保障，而形成新聞自由，包括蒐集資料、編輯自由、評論自由等看法，故就新聞自由的解釋，理當亦可依本號解釋而加以闡釋為之。而司法院大法官釋字第五〇九號解釋也是以憲法第一一條之言論自由為憲法的根據。

在德國方面，新聞自由的憲法根據為德國基本法第五條規定，即（1）任何人均享有經由語言、文字及圖畫表現及散布其思想的自由，並得在不受限制的情況下，從公共均可取得之來源得知資訊，新聞自由、廣播及電影之報導自由均受保障，不得加以檢查（指事前檢查）；（2）前項權利，應受一般實定法之規定及有關青少年保護及個人名譽權保護法規之限制；（3）藝術、科學、研究及學說均為自由，但學說之自由不得脫逸對憲法的忠誠。

在美國方面，新聞自由的憲法根據為其憲法增補條款第一條，即「國會不得制定法律…剝奪人民的言論及出版的自由（the freedom of speech ,or of the press）」。而新聞自由可從「the freedom of speech 」的規定導出。

第三項 「第四權理論」

¹³⁸ 李惠宗，愛刺探秘密的記者，月旦法學教室第 68 期，2001.1，第八頁以下。

有學者¹³⁹認為新聞自由應為憲法第一一條所規定的出版自由的實質意義所包含，但明白表示言論自由與新聞自由不完全相同，也就是，並不贊同僅是將新聞自由視為言論自由表達的一種形式，而是一種獨立於言論自由以外的一種基本權利，因言論自由是一種個人基本權利，為憲法保障個人自我表現或自我實現，及尊重表意人自我決斷的自主的一種基本權；而新聞自由是一種制度性基本權，是憲法為保障新聞傳播媒體作為現代社會一個重要的制度。並以「第四權理論」保障新聞自由的理論基礎為出發點，認為憲法所以要保障新聞自由的目的，是在保障新聞媒體的獨立性及完整性，以維持新聞媒體自主性，使其能提供未被政府控制或影響的資訊、意見及娛樂，以促使人們對政府及公共事務的關心，並進而引起公眾討論，而能善盡監督政府的功能；即認為新聞自由為一種獨立於言論自由以外的一種基本權利，認為新聞自由包括：設立新聞媒體事業的權利、蒐集資訊的權利、不揭露資訊來源的權利、編輯權利、傳播散發資訊的權利等。

壹、新聞自由的理論基礎 - 「第四權理論」

首由美國聯邦最高法院Potter Stewart大法官提出「第四權理論」，其認為憲法所以保障新聞自由的目的就在保障一個有組織的傳播媒體，使其能成為政府三權之外的第四權，以監督政府，防止政府濫權，發揮制度性功能。亦有稱該理論為「監督功能理論」(the watchdog function theory)。¹⁴⁰

貳、「第四權理論」之存在理由：

(1) 從民主理論出發，認為政府如濫權將會產生相當大的弊病，故第四權理論可為防止政府濫權，監督政府，而健全民主社會為目的。

(2) 從事實上及經驗上，可肯定新聞媒體在社會中擔負監督政府的角色與功能，作為立論基礎。

(3) 將憲法保障新聞自由的條款解釋為制度性的組織條款，而認為憲法保障新聞媒體的自主性，使其能成為政府三權之外的第四權，發揮監督政府功能。

(4) 基於促進資訊的接近取得及流通、建立接近使用媒體權制度、及

¹³⁹ 林子儀，前揭書，61頁以下。

¹⁴⁰ 實際上，美國聯邦最高法院的多數意見從未明白聲明新聞自由與言論自由為兩種不同的基本權利，故其第四權理論並非無爭議的，請參照林子儀，新聞自由的意義及其理論基礎，台大法學論叢第22卷第1期，1992.12月版，收錄於林子儀，前揭書，76頁以下。

維護新聞媒體的內部自主性等考量。

參、「第四權理論」下之新聞自由與言論自由之比較：

一、從理論基礎比較

言論自由的基礎理論可分為「追求真理說」(其主張憲法保障言論自由的理由是在呈現不同意見,幫助人民追求真理。)或、「健全民主程序說」(其主張憲法保障言論自由的功能是在提供人民充分資訊,助成民主程序的健全。),及「表現自我說」(其主張憲法保障言論自由的理由是在保障個人自我表現,促成個人完成自我,實現自我。),而不同於第四權理論,其認憲法保障新聞自由的理由,主要目的在於保障新聞媒體發揮監督政府的功能。

二、權利性質及內容的比較

言論自由是一種個人性基本權利,不同於基於第四權理論的新聞自由,其係一種「制度性的基本權利」,且是「工具性權利」¹⁴¹,並僅由具有新聞工作者身分者享有該權利。

三、判斷是否合憲標準的比較

為了判定政府對言論自由所為的限制措施有無違反言論自由,而根據各種不同類型言論,所發展出各種判斷標準,亦可適用新聞自由類似案件上,如為判斷政府對煽動他人為暴力內亂或違法行為言論的限制是否違反言論自由,所發展出的「明顯而立即危險原則」¹⁴²,亦可適用到新聞媒體所為類似言論上。

同樣的,為了判定政府對新聞自由所為的限制措施有無違反新聞自由,而根據各種不同類型新聞報導,所發展出各種判斷標準,亦可適用言論自由類似案件上,如在新聞報導上對公眾人物名譽造成損害時,政

¹⁴¹ 根據第四權理論,憲法保障新聞自由的理由,主要目的在於保障新聞媒體發揮監督政府的功能,憲法保障新聞自由具有幫助達成特殊社會目的的工具價值,而根據不同言論自由理論,言論自由有可能是一種「工具性權利」,或可能是一種「非工具性權利」,如採追求真理說或健全民主程序說即認為言論自由是一種「工具性權利」,而採表現自我說即認為言論自由是一種「非工具性權利」。請參照林子儀,前揭書,1頁以下。

¹⁴² 美國聯邦最高法院 Brandenburg 案中所確立之「明顯而立即危險原則」,其第一要件是表意人以該言論來達成煽動或產生立即的非法行為之目標,即顯示表意人具有煽動或產生非法行為之故意,亦顯示只有表意人所表達之言論內容,才是評價對象,非言論在客觀環境下引致危險的可能性;其次,又強調非法行為之立即性及可能性;亦即政府如要對煽動他人以暴力為政治或社會變革行為之言論加以限制,須舉證(1)表意人具有煽動他人立即以暴力為為政治或社會變革行為之故意,(2)表意人所表達之言論內容依其正常合理的用法,可以理解是煽動他人立即以暴力為為政治或社會變革行為,(3)衡量客觀環境,表意人的言論卻有引致立即以暴力為為政治或社會變革行為可能性。請參照林子儀,前揭書,197頁以下。

府是否可對此加以限制或處罰，有「真正惡意原則」作為界定新聞自由的界限，而此原則，在一般人言論涉及公眾人物之名譽損害時，亦得適用。

但仍應注意新聞自由與言論自由在理論基礎、權利性質、權利內容等不同處，而分別適用不同標準才對。

第四項 新聞自由與言論自由的界限

從上述學說見解可得而知：

有學者¹⁴³以新聞學角度來區別言論自由與新聞自由的差異，其認為(1) 言論是人類的本能，不須外界機械協助；而後者為進化文明的一種制度，常藉各種新機器運用，產生強大又廣泛的影響力。(2) 言論為人類普遍需求，歸每一個自然人享有；後者是一種人為與機械活動，僅少數出版商享有。(3) 說話僅是一種藝術，不能成為職業；後者是一種職業。(4) 言論影響力僅及於談話對象；而新聞事業的對象廣泛，數以萬計。

採第四權理論下的新聞自由者，其認為¹⁴⁴新聞自由應為憲法第一一條所規定的出版自由的實質意義所包含，亦明白表示言論自由與新聞自由是不完全相同的，也就是，並不贊同僅是將新聞自由視為言論自由表達的一種形式，而是一種獨立於言論自由以外的一種基本權利。且將第四權理論下之新聞自由與言論自由作如下比較：

〈1〉從理論基礎比較

言論自由的基礎理論可分為「追求真理說」(其主張憲法保障言論自由的理由是在呈現不同意見，幫助人民追求真理。)或、「健全民主程序說」(其主張憲法保障言論自由的功能是在提供人民充分資訊，助成民主程序的健全。)，及「表現自我說」(其主張憲法保障言論自由的理由是在保障個人自我表現，促成個人完成自我，實現自我。)，而不同於第四權理論，其認憲法保障新聞自由的理由，主要目的在於保障新聞媒體發揮監督政府的功能。

〈2〉權利性質及內容的比較

言論自由是一種個人性基本權利，不同於基於第四權理論的新聞自

¹⁴³ 李瞻，新聞學，三民書局，1999.4月，42頁以下。

¹⁴⁴ 林子儀，前揭書，61頁以下。

由，其係一種「制度性的基本權利」，且是「工具性權利」，並僅由具有新聞工作者身分者享有該權利。

有學者就憲法第一一條保障「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」的精神來看，而認為本條是對意見表達自由的概括性保障條款。而新聞媒體係藉由報紙、雜誌、廣播、電視等媒介，以印刷或錄音、攝影等方式，將各種不同意見或思想傳達於大眾，故認為憲法第一一條的出版自由，包括新聞自由在內¹⁴⁵。從這些論述來看，從憲法第一一條出版自由為出發的新聞自由，是不同於以憲法第一一條明文規定的言論自由，也就是說，該新聞自由與言論自由是不同的基本權利。

也有學者在對新聞自由與傳統概念下的個人言論自由，應有不同的理解下，因此主張憲法對新聞自由的保障，直接援引憲法第二二條規定為妥，可釐清新聞自由與個人言論自由的概念，且以憲法第二二條為根據，對新聞自由保障較完整。從這些論述來看，從憲法第二二條概括權利定為出發的新聞自由，是不同於以憲法第一一條明文規定的言論自由，也就是說，該新聞自由與言論自由亦是不同的基本權利。

有學者是從司法院大法官第三六四號解釋得知，即「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第一一條所保障言論自由之範圍。」，雖沒提及新聞自由，但廣播電視自由與新聞自由同屬新聞媒體自由的一環，因此從此號解釋可推論，大法官會承認憲法第一一條所保障的言論自由範圍亦包括新聞自由¹⁴⁶。從這些論述來看，從憲法第一一條言論自由為出發的新聞自由，亦是相同於以憲法第一一條明文規定的一般言論自由，也就是說，該新聞自由與言論自由亦是相同的基本權利。

而本文亦是認同該最後學者之見解較為可採，即新聞自由的憲法根據為憲法第一一條言論自由，其理由除該見解所敘理由外，另一個理由亦可得知：雖我國司法院大法官第五〇九號解釋雖文中僅言「言論自由」而已，但本件釋字聲請人（即具有原審確定判決的被告身分）卻是新聞工作者，再加上新聞自由與言論自由性質上往往有重疊之處，這也就是為何有學者¹⁴⁷是認為因新聞工作者、記者的身分，致其言論自由受到特

¹⁴⁵ 法治斌、董保城合著，前揭書，176頁；江嘉琪，前揭文，3頁以下。

¹⁴⁶ 張嘉尹，前揭文，142頁以下。

¹⁴⁷ 李惠宗，前揭文，第八頁以下。

別保障，而形成新聞自由，包括蒐集資料、編輯自由、評論自由等看法，故就新聞自由的解釋，理當亦可依本號解釋而加以闡釋為之。而司法院大法官釋字第五〇九號解釋並也是以憲法第一一條之言論自由為憲法的根據。且本文亦採第四權理論見解，即認為新聞自由為一種獨立於言論自由以外的一種基本權利，認為新聞自由包括：設立新聞媒體事業的權利、蒐集資訊的權利、不揭露資訊來源的權利、編輯權利、傳播散發資訊的權利等，即本文前言所述新聞自由的權利內涵，至少可包括下列各項自由：(1) 建立新聞事業的自由；(2) 採訪及蒐集資訊的自由；資訊自由；(3) 傳遞及發表的自由；(4) 規範發表自由的立法主義，即預防制：包括登記、許可、報備、保證金、課稅、事前檢查等，及追懲制：發表後如內容違反法律規定或侵害他人權益，再依法追究、處罰，事先不加以任何限制；而編輯自由，是發表自由的一部分，強調編輯人員在新聞題材選擇及呈現方式的自主權；(5) 收聽收看的自由。(6) 不揭露消息來源的自由；以落實保障新聞媒體的獨立性及完整性，以維持新聞媒體自主性，使其能提供未被政府控制或影響的資訊、意見及娛樂，以促使人們對政府及公共事務的關心，並進而引起公眾討論，而能善盡監督政府等功能，而達成目的之手段方法如同本文前言所述聯合國「新聞自由公約」所指出政府應給予媒體享有充分的自由：(1) 國內及國際新聞及意見的自由交換，為人類的基本權利，且為世界和平與政治、經濟和社會各方面進步所必須；(2) 各國應予本國人民及友邦人士，在本國境內，依法發展或採取各種新聞及意見的自由，政府不加干涉；(3) 各種新聞傳遞工具，各國政府決不因政治上的原因，或個人的原因，或以種族、性別、文字、語言、宗教的不同，而予任何人民以差別的待遇；(4) 凡以採訪新聞而傳達於公眾為職業者，各國應予鼓勵，予以便利，包括請求入境的便利、居住、行動及採訪等自由。

當然，人格是人的第二個生命，本文亦不認為新聞自由可無限上綱的主張，而置個人名譽權於不顧，但在必要時，司法天秤必須稍微向一方傾斜？也是憲法學者長年討論的重點。本文的看法，新聞自由應當具有較大的比重；如同司法院大法官第五〇九號解釋中，吳庚大法官協同意見書亦是相同意旨，即「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。蓋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，顯然有較高之價值。」。

第五項 就保障新聞自由之基本權的功能

雖第四權理論建構新聞自由者，是認新聞自由係一種制度性基本權利，而不是屬於言論自由中為一種個人性基本權權利，也就是，新聞自由權利享有者為新聞媒體，而非一般社會大眾所享有之權利，並認新聞自由的保障是一種手段，目的非保護媒體本身，而是保障訊息、意見的傳播，貫徹對政府的監督。

且在上述第四權理論的角度下出發，認新聞自由不同於一般言論自由下，故形成僅有政治、文化、世界相關或涉及公共利益的新聞自由及評論才受到新聞自由的保障，至於一般八卦消息、娛樂新聞並無對公共利益或監督政府等民主價值功能存在，故非以新聞自由保障，而是以一般言論自由保障即可。

然有學者¹⁴⁸並不贊同上述看法，其雖認同新聞自由的制度性、功能性功能，固然有助於突顯其與一般言論自由的差異，但如何區分、判斷媒體所提供的資訊種類及價值，且新聞自由本質上與歷史發展上，的確與一般言論自由內涵有相當的重疊性。故該學者贊同德國學說及實務見解，認憲法對新聞自由的保障具有雙重意義，新聞自由不僅是個人主觀防禦性的基本權，亦是制度性保障。而個人主觀防禦性基本權是保障個別新聞媒體不受政府不當干預，並與新聞媒體在現代民主國家所負公共任務理解相結合的制度性保障，保障新聞媒體，作一個制度，除要求國家權利不得立法侵害新聞媒體制度外，另一方面，國家甚至有義務去規制、形成新聞媒體的制度性內容，使其能夠健全無礙地監督政府功能¹⁴⁹。而本文亦贊同此見解，而認為言論自由較偏重個人權利的保護，新聞自由則是兼具制度性的權利性質，故第四權理論仍有貢獻之處，並非無可運用，故本文以學說上基本權功能角度敘述如下。

壹、基本權的功能及分類

¹⁴⁸ 江嘉琪，前揭文，7頁以下。

¹⁴⁹ 張嘉尹，前揭文，143頁以下。

基本權的功能之意義，是指擁有基本權的人民，直接依據憲法下之基本權規定，究竟能向國家主張什麼？也就是，國家基於上述憲法基本權規定，而被課予何種作為或不作為義務？

有學者¹⁵⁰分為消極要求國家不作為、不干預之「防禦權功能」、積極要求國家提供給付或服務的「受益權功能」、課予國家基採取措施，以保護基本權免於受第三人侵害的「保護義務功能」、課予國家提供適當程序以落實或保護基本權的「程序保障功能」、及課予國家提供適當制度保障，以幫助基本權的實現的「制度保障功能」。

亦有學者¹⁵¹將基本權功能分為防禦功能、參與功能、分享功能、程序保障功能，及制度性保障功能等，本文即以此基本權功能分類為主，合先敘明。

貳、保障新聞自由之基本權的功能

一、防禦功能

稱基本權具有防禦功能，是指該基本權賦予人民於國家侵犯該基本權所保護之法益時，得直接請求國家停止其行為，藉以達到防禦該基本權所欲保護之法益，而免於國家任意干預。自由權是典型的防禦權，而新聞自由為自由權之一種，故具有防禦功能；也就是保障個別新聞媒體不受政府不當干預。

新聞自由也屬於特定形式的意見表達，則以新聞方式呈現的意見表達與傳播本身，自然受新聞自由保障。此外，新聞的公開過程，是以廣泛的前置作業與執行措施為前提，因此從資訊的取得、編輯、付印、傳送，都應受到新聞自由的保障。所有典型的新聞作業的相關活動，以及使新聞作業運作成為可能的輔助行為，如新聞的採訪、對人的訪問、對人事物的調查、電話訪談、檔案資料搜尋、與新聞通訊社的接觸等；也包括傳播內容不事前的檢查，而對新聞事業或新聞相關職業設立任何的許可制度之禁止。

二、參與功能

稱基本權具有參與功能，是指憲法所規定的參政權及應考試服公職

¹⁵⁰ 許宗力，基本權的功能〈基本權利：第二講〉，月旦法學教室，第2期，72頁以下。

¹⁵¹ 吳庚，前揭書，118頁以下。

權，所提供的就是參與功能，而新聞自由非上述權利，故無此功能。

三、 分享功能

分享可認為除分享各種自由權外，也有對給付義務的受益性質，且分享功能其來源自由權與社會權兼而有之。而新聞自由為自由權之一種，故具有分享功能。

四、 程序保障功能

有學者認為¹⁵²基本權具有程序保障功能，是指課予國家提供適當組織與程序之義務，以積極營造一個適合基本權實踐的環境，幫助人民基本權落實的功能。例如釋字第三六四號解釋之解釋文曾謂：「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第一一條所保障言論自由之範圍。為保障此項自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配，對於人民「接近使用傳播媒體」之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重，並均應以法律定之。」，此文意在予以廣播及電視表達意見自由，而課予國家積極採取特定措施的義務，以達公平合理分配電波頻率之使用，而公平合理分配電波頻率之使用須有適當組織及程序設計始可。而為達上述公平合理分配電波頻率之使用理由，可從釋字第三六四號解釋之解釋理由書得知：「廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨佔，國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定，藉此謀求廣播電視之均衡發展，民眾亦得有更多利用媒體之機會。」。而新聞自由為自由權之一種，故具有程序保障功能。

五、 制度性保障功能

制度保障一詞，首見於釋字第三六八號解釋之吳庚大法官協同意見書中：「憲法所保障之各種基本權利，無論屬於消極性防止公權力侵害之防衛權—各類自由權屬之，或積極性要求國家提供服務或給付之受益權—社會權為其中之典型，國家均負有使之實現之任務。為達成此項任務，國家自應就各個權利之性質，依照社會生活之現實及國家整體發展之狀況，提供適當之制度的保障（institutionelle Garantie）。」，且其亦認為¹⁵³制

¹⁵² 許宗力，前揭文，77頁以下。

¹⁵³ 吳庚，前揭書，123頁以下。

度性保障可理解為從個人基本權中產生的保障功能，舉凡從憲法實施起已存在的各種保障基本權的制度，以及衡量社會生活的現實與國家發展狀況，所應建立的保障制度都包括在內。而新聞自由為自由權之一種，故具有此功能。新聞媒體因其再代議民主制度中對於公共意見形成的貢獻、加上希望其負擔監督政府的公共任務，所以給予制度性保障，而一般性法律，若涉及制度性保障下的新聞自由，應作限縮解釋，在此，應把新聞自由與法律所欲保護的利益作利益衡量，如與公共利益關係重大的新聞內容，比起與公共意見無關的報導，自然較具重要性。

且德國聯邦憲法法院¹⁵⁴亦認為，對於新聞自由制度性保障實質內涵，包括國家有義務建立關於新聞的規範秩序，以維護其自由，包括自由建立新聞機構、自由選擇新聞作為職業、政府官署有義務對新聞提供資訊、以及國家有義務消除新聞自由可能遭受意見獨占的危險。

第六項 我國近年來就保障新聞自由基本權功能的立法體現

壹、二〇〇三年六月五日經立法院修正廣播電視法、有線廣播電視法、衛星廣播電視法

附帶決議¹⁵⁵¹⁵⁶：為使黨政軍勢力徹底退出媒體，以維護新聞自由與民主健全發展，不以任何形式介入媒體經營，無線電視台釋股，應由立法院依政黨比例推薦之代表、社會公正人士及無線電視台員工組成釋股監督委員會，制定並執行釋股之相關事宜。¹⁵⁷然卻有學者認為：這樣的變革只是媒體改革運動的一小步，如果在黨政軍「退出」媒體之後，無法有效與合理的規劃由誰「進入」媒體的規範，那麼，黨政軍退出媒體將可能為台灣的民主與媒體文化帶來新一波的災難。雖部分人士主張，解決之道在於透過「股權大眾化」的方式，將釋出的所有權以股票公開上市的方式，讓人人皆有機會成為媒體的主人；但同時也有另一派指出，「股權大眾化」將導媒體財團化，因為有能力經營媒體的通常不是市井小民而是有錢的經營者，媒體將不屬於人民，而是財團的禁臠，因此，他們

¹⁵⁴ 關於明鏡雜誌的判決，轉引自吳庚，前揭書，122頁以下。

¹⁵⁵ 附帶決議與主決議不同，僅屬於建議事項，惟附帶決議一旦通過，即會構成政治上壓力，因而具有事實上之拘束力；請參閱蔡茂貞，預算之主決議與附帶決議之效力，台灣本土法學，57期，2004.4月，77頁以下。

¹⁵⁶ 立法院公報，第92卷，第57期，院會紀錄，491頁至506頁。

¹⁵⁷ 參閱管中祥，公共化才能還媒於民，December 17, 2003，引於台灣媒體觀察教育基金會 公共化才能還媒體。

強調「確立頻道公共性格」、「樹立媒體文化性格」，並且提出媒體公共化的主張，還媒體於民，以解決私有化所帶來的問題。而該學者認為解決政黨控制媒體問題，以及為台灣媒體文化帶來更多契機的作法，未必只要透過私有化的途徑，且從實例來看，公共化其實是另一種世界潮流，是黨政軍退出媒體之後的另一個重要選項。因為不但能仿照目前台灣內湖公視透過制度的設計，防止政黨與財團聯手染指媒體，也能夠在全球化的媒體競爭環境中，為本地的影視產業找到新的出路，若非如此，黨政軍退出媒體將可能只是讓政黨借屍還魂，財團擴大版圖的踏腳石。

貳、 二〇〇四年一月十二日經立法院廢止新聞記者法
廢止理由如下說明¹⁵⁸：

〈一〉新聞記者法於西元一九四五年修正公布施行起今已久，法律全文充滿政府箝制新聞自由的條文，新聞記者須促進「三民主義闡發」等任務，實屬不合時宜，不符獨立自主的精神，建請廢止「新聞記者法」，以保障新聞自由。

〈二〉新聞媒體代表行政、立法、司法三權之外，監督制衡政府的第四權，新聞自由是一種憲法所保障之基本權利，我國憲法雖沒有明文規定，但新聞自由為憲法第一一條所保障的出版自由所包含。憲法之所以保障新聞自由的目的，是在於保障新聞媒體的獨立性與完整性，維持新聞媒體的自主性，使其能提供未被政府控制或影響之資訊、意見及娛樂，以促使人們對政府及公共事務的關心，並進而引起公共討論，而善盡監督政府的功能，是一種「制度性的基本權」，一種「工具性的基本權」，身為新聞從業人員的記者，扮演者極重要之角色。

〈三〉但長久以來，對於何為新聞記者，一直未有明確的界定，加以媒體管理規範之不足，與實俱進的新興媒介大量出現及複合傳媒產業不斷演變，新聞記者法第一條：「本法所稱新聞記者，謂在日報社或通訊社擔任發行人、撰述、編輯、採訪或主辦發行及廣告之人。」，現行法規已無法對新聞媒體從業人員的規範與界定。

〈四〉對於聲請新聞記者證書及資格，缺乏及條件之限制，以確保新聞記者具有足以勝任其職務之專業能力，缺乏法律地位之保障，未有國

¹⁵⁸ 立法院公報，第 93 卷，第 6 期，院會紀錄，218 頁至 219 頁。

家專技考試及訓練管道得證明與肯定，缺乏有效管理的機制，在職場競爭中出現工作素質不齊，或大家都有「記者證」的浮濫現象。

〈五〉新聞作透過「自律」來規範從業人員，新聞記者公會屬以新聞從業人員自發性籌組的社會團體，依法登記組織獨立運作，性質實不宜再定由新聞記者法加以限制或賦予任務，應以自治方式維持其自主性。

〈六〉過去「出版法」被視為箝制言論自由的惡法審議廢止，代表台灣民主政治的進步，今新聞記者法中尤有引出版法不合時宜的條文，竟有主管機關會同台灣政府未有社會部的規定，且新聞記者法諸多法條以有關法律規範，其久未修定過時廢弛之法令，形同「虛法」，實有廢止本法之必要。

參、一九九九年一月十二日經立法院廢止出版法

〈一〉行政院函請立法院廢止出版法之說明¹⁵⁹：

本院新聞局函以，出版法自西元一九二〇年十二月十六日公布實施至今，經六次修正，惟其中諸多條文已窒礙難行或不合時代潮流，且現行規定對出版品或出版事業之登記已形同無限制，而有關於出版品或出版事業之管理，對發行色情出版品業者有刑法第二三五條規範，色情廣告有兒童及少年性交易防治條例第三三條規範，保護性侵害事件被害人之資訊有性侵害防治法第一〇條規範，防止色情出版品進口則依關稅法第四五條及五四條規定處理；相關法令已周全，不須出版法另刑規範。至於出版法第二四條有關新聞紙、雜誌、教科書及經政府獎勵之重要學術專門著作之發行，得免徵營業稅規定，於營業稅法第八條第一項第六款及第九款已有明文。另有關於出版事業之輔導及獎勵，出版法廢止後，該局將另訂法令辦理。爰經檢討，認實無施行之必要，應予以廢止。

〈二〉在經聯席委員會審查通過後，有以下委員之補充發言：

〈1〉葉菊蘭委員曾謂¹⁶⁰：

這部有近七十年歷史之出版法，在台灣「威權時代」與「強人政治時代」，扼殺言論自由空間，非常多的人無法自由表達出其心聲，無論是出版人、作者等動輒被以「挑撥政府與人民的情感」為由，而被沒收書籍

¹⁵⁹ 立法院公報，第 88 卷，第 5 期，院會紀錄，38 頁。

¹⁶⁰ 立法院公報，第 88 卷，第 5 期，院會紀錄，42 頁。

或沒入雜誌，也因此損失鉅額之財產，但更重要的事，因此而入獄或失去生命者，更是無以計數。

今天，我們已明白這部出版法是一部惡法，行政單位能體察民意潮流所在，並了解言論自由是民主最重要的基石。此依出版法不僅透過管制的方式絕阻言論自由，阻礙言論自由的空間，同時還運用國家資源以獎勵方式為掌有威權國家當權者服務，對於符合權者聲音者給予獎勵，配合當權者意志者給於補助。

…希望在廢止此一出版法後，每個人都可獲極大的空間，依據新聞專業、言論自由、新聞自主自立等原則，使得自由民主的空間更為寬廣，社會也會因此更健全。

〈2〉翁金珠委員亦曾謂¹⁶¹：

…希望未來的新聞自由，在健康的環境下將有更大的發揮，亦希望未來媒體的經營者與工作者，能夠珍惜此一遲來的正義。須知媒體是社會的公器，絕不宜作為營私、特定政黨或個人操縱的工具，希望能確定作到監督政府的施政作為，並維護台灣人權，保障個人尊嚴，以營造公平正義之社會。

¹⁶¹ 立法院公報，第 88 卷，第 5 期，院會紀錄，43 頁。

第四章 新聞媒體的自律與新聞工作者的抗辯事

由

第一節 新聞媒體的自律

第一項 新聞媒體自律的必要性

除國家權力以立法等方式來拘束新聞媒體的新聞報導、評論以落實保障憲法上的個人名譽權外，新聞媒體仍不可避免的須以內部自律的管制手段或公眾控制等方式，更有效率的達成新聞自由與受報導人名譽的均衡；這也是新聞媒體所應負的社會義務與責任，以避免有失控的巨獸產生，因就國家權力而言，不論三權分立或五權分立，彼此有相互制衡的力量，予以避免單方的權力的不當擴張，然而在新聞媒體新聞報導、評論時，有誰可監督制衡？

我國學者曾指出，一般民主社會儘管有充分的新聞自由，然最主要的制衡管道還是法律規範。再者，任何清明社會又必須講求媒介組織與媒介成員的自我節制，像強調新聞道德、自律，自組評議組織，或者經由專業教育訓練，推動媒介內部的社會化工作。然而社會中廣大的閱聽人如何組織起來，進行公眾控制，則是最重要的一種制衡方式。公眾控制乃透過不同方法，將廣大的社會成員視為媒介的監督者。公眾可以透過評級（如收視率調查）方式制衡媒介內容；公眾也可以透過投書、電話表示他們的意見與不滿；公眾更可組成社會評議團體（與前述自律性評議會不同），對媒介不當行為進行道德制裁；公眾也可以聯合媒介工作者（以個人參與身份）出版「媒介評論」刊物，定期對媒介的表現深入探討。由於社會大眾事實上是媒介的衣食父母，「公眾控制」通常被認為是比較積極有效的一種制衡方式。但要做好，公眾控制卻有兩大前提：(1) 社會大眾對媒介與社會關係有深切的認識，這種認識必可化約為一種責任、一種關懷。也正是我們常說的，有耳聰目明的社會大眾，才會有功能正常的大眾媒介。(2) 媒介社會內有充分自主的專業化成員。這種自主與專業化是公眾控制品質提升的最佳助力，換言之，如果媒介的專業精

神不夠，媒介人士只能在他的行業企求自保，無法協助公眾深入媒介評鑑；媒介本身也不會接納公眾制衡這個途徑。¹⁶²

第二項 新聞媒體自律

壹、新聞倫理

有學者¹⁶³認為新聞倫理(Journalism ethics)，是指媒體及媒體工作者出於自律的需求，而訂定的成文或不成文規範。其是非官方、非法律性質、無強迫性、無處罰條款的行為準則。

而世界上第一個新聞自律組織是將近八十年前（一九一六年）在瑞典創立的，英國在一九五三年創立「英國新聞評議會」，美國於一九七二年創立全國性的新聞評議會，許多州亦各自成立類似組織，以調查並裁決大眾對報業的控訴。

如美國「專業新聞記者協會倫理規範」揭示：(1) 責任，即公眾對於重大的、和公眾利益有關的事件之知之權利；(2) 新聞自由，即「不能被剝奪的新聞自由；(3) 倫理，即有些談到明顯不合倫理的行為（抄襲是不誠實的行為），有些條文則是列舉出一些特定的禁止行為。例如：倫理類目中的第二條指出，記者在外兼差、參與政治活動、擔任公職，以及在社區組織內服務，「如果會影響記者和媒體負責人的信譽」，那就應該避免做這些事情。倫理類目的條文也提醒記者避免收取任何免費入場券。在同一類目中的相關條文更直率地要求記者「不要收取任何有價物品；(4) 正確與客觀，即強調記者有責任報導事件真相，以及必須從可靠的消息來源處獲得資訊，並應確保報紙的標題和內文相符。新聞照片和電視新聞應該「對事件提供精確的畫面，而且不可在不指出事件背景的狀況下，強調任何偶發事件。」這一類目中的條文也提醒記者，必須明確區分新聞報導和新聞評論，並且在發表評論時，必須清楚標明是記者的個人意見；(5) 公正處理，即相關的規範條文提醒專業新聞記者協會的成員，在採訪新聞時，永遠要尊重消息來源的尊嚴、隱私和權利。這個類目中的條文也特別提到，新聞工作者不可以「對別人提出足以影響他人聲譽或道德形象的非官方指控，而又不讓被指控的一方有機會回

¹⁶² 潘家慶、媒介理論與現實，天下文化，1991，253頁以下。

¹⁶³ 周慶祥、方怡文，新聞採訪寫作，風雲論壇出版，2003.7月版，470頁以下；Ray Eldon Hiebert、Donald F.Ungurait、Thomas W. Bohn等合著，潘邦順譯，大眾媒介與社會，風雲論壇出版，1996，333頁以下。

應。」有一項關於公正報導的規範條文指出，記者應該對公眾負責，而且，媒體也應該鼓勵公眾對媒介組織提出申訴。¹⁶⁴及「美國編輯人協會報業信條」明示：(1) 責任；(2) 新聞自由；(3) 獨立；(4) 誠信；(5) 公平；(6) 正直；(7) 莊重。¹⁶⁵

而上述之美國「專業新聞記者協會倫理規範」(The Code of Ethics of the Society of Professional Journalists)是制定於一九二六年，並分別於一九七三年、一九八四年及一九八七年三度修訂內容。一九八七年修訂的版本引起熱烈爭議。該組織的內部刊物仍然在毫無顧忌地批評這個最新的修訂版，因為一九八七年的修訂版刪除了自我檢查(self-censure)的條文。修訂前的版本在結語部份誓言「新聞記者應該積極主動地自我檢討，並且要防止違反規範中的各種行事標準。而且，新聞記者應該鼓勵所有新聞工作者相互監督彼此的行為。」，及一九八七年修訂版的結語指出，「專業新聞記者協會將要藉著開辦教育課程和其他辦法，來鼓勵記者遵守規範中的基本原則，並且要讓印刷和電子新聞機構的負責人體認到，他們有責任制定一套能夠被組織內的受雇者接受及執行的倫理規範，以做為達成工作目標的指導原則。」。¹⁶⁶

而我國目前的新聞倫理規範如「中國新聞記者信條」、「中華民國報業道德規範」、及「中華民國無線電廣播道德規範」等倫理信條。在「中國記者信條」十二條是馬星野先生撰寫的，並於一九五五年由「報紙事業協會」及「台北市新聞記者公會」通過遵行。這十二條條文可以歸納為四個新聞道德標準¹⁶⁷：

(1) 不重個人私利，不為個人私利、黨派利益和地域利益作宣傳；熱心公益，深入民間、勤求民疾、發動社會服務、促進民生福利。

(2) 報導正確、評論公正；不使一字不真，一語失實，及造謠誇大。凡是是非非、善善惡惡，一本善良純潔之動機，冷靜精密之思考，以求證實；文字圖片健康，不作誨淫誨盜、驚世駭俗的報導。

¹⁶⁴ Carl Hausman 著，胡幼偉譯，良心危機-新聞倫理學的多元觀點，五南，1995，255 頁以下。

¹⁶⁵ 王洪鈞，新聞報導學，正中書局，2000.9 月初版，542 頁以下；林永頌、翁雅欣，媒體從業人員與誹謗-自律還是他律，全國律師 5 月號，59 頁以下。

¹⁶⁶ Carl Hausman 著，胡幼偉譯，良心危機-新聞倫理學的多元觀點，五南，1995，255 頁以下。

¹⁶⁷ 周慶祥、方怡文，新聞採訪寫作，風雲論壇出版，2003.7 月版，472 頁以下；Ray Eldon Hiebert、Donald F.Ungurait、Thomas W. Bohn 等合著，潘邦順譯，大眾媒介與社會，風雲論壇出版，1996，333 頁以下。

(3) 守道義、行忠信。廣告之真偽良善，決不因金錢之收入，而出賣讀者之利益；生活嚴謹愛惜名節，除絕一切不良嗜好，做到貧賤不能移、富貴不能淫、威武不能屈。

(4) 廣博知識、嚴守專業精神；隨時學習，不斷求知，以求對公眾問題深入瞭解，並奉新聞事業為吾人終身職業，堅守崗位，造福國家人類。

貳、新聞自律

有學者¹⁶⁸認為在新聞從業人員自覺與自反下，進而做到自制自治。新聞記者一方面應珍重新聞自由，維護本身職業的尊嚴，另一方面則應重視對社會所負的道德責任，對國家利益與安全所負的法律責任。但是道義祇是一種精神力量，並無強制執行的紀律；而法律的條文雖極其周密，但知法犯法者仍有不少空隙可鑽，得以逍遙法外。因此，新聞工作者最崇高的理想是各本良知良能，在自省自律的原則之下，對於每一項新聞的報導和評論，先就其可能發生的影響與後果，予以縝密的考慮，然後審慎落筆，庶幾無忝於職守，不愧為一個忠於國家民族和忠於社會讀者的報人。也就是，新聞自律是經由新聞業者自行成立的組織，依共同接受的倫理信條，自行監督策勉¹⁶⁹。

而根據西方民主政治的理論，一個鞏固的民主政體必然存在一個強有力的公民社會（civil society），以制衡擁有龐大人力及物力資源的政府。媒體就是公民社會中最重要力量之一，它一方面傳達社會上多元的聲音，另一方面扮演監督政府的角色。有人會問難道媒體就不需要監督嗎？一八九六年至一九〇一年紐約新聞報及紐約世界報間黃色新聞競爭引發美西戰爭及麥金萊總統遇刺殞命之殷鑒不遠。媒體是應該有約束的力量，這個力量可以是自律、他律及法律，但是歐美先進國家都是以自律為主，例如我國八大新聞團體成立的「中華民國媒體自律協會」及「中華民國新聞評議委員會」。最近三年來，新聞評議委員會檢視國內九家電視晚間新聞（各新聞台自晚間六點至八點）及十三家主要報紙（勁報、自立晚報停刊後剩下十一家）全部版面之色情、血腥、暴力的內容，每三個月發表一次檢視結果並邀請產官學界共同討論，提出建議，各媒體

¹⁶⁸ Ray Eldon Hiebert、Donald F. Ungurait、Thomas W. Bohn 等合著，潘邦順譯，大眾媒介與社會，風雲論壇出版，1996，333 頁以下。

¹⁶⁹ 王洪鈞，新聞報導學，正中書局，2000.9 月初版，545 頁以下。

在這三年內有長足的進步，可以知道我國傳播媒體有自律的精神，這是值得欣慰的。¹⁷⁰

第三項 新聞媒體自律的著手

有學者認為除媒體內加強編輯審核、設監察人接受利害關係人申訴外，成立全國性的媒體自律組織，如新聞評議會或報業榮譽法庭。前者除注重組成多元性外，其任務為直接接受被害人申訴、根據個案性質邀集專家學者列席討論、進行調查與聽證及依媒體倫理規範審核誹謗申訴是否成立等，而處分方式有除名、停止職務、更正錯誤聲明及道歉聲明、使權利受侵害者有相同提出及答辯機會、發表意見等；而後者組成人員除媒體專業人員外，較具司法性質，須置有法官，其任務同新聞評議會，而處分方式有除名、停止職務、更正錯誤聲明及道歉聲明、使權利受侵害者有相同提出及答辯機會、公布判決等。¹⁷¹

亦有學者指出，媒介若能從三方面著手，齊頭並進，自我控制的效果應該是良好的：

(1)新聞評議組織：

即由新聞媒介自組評議團體使它儘量超然獨立，並接受評議的建言。實際上這種組織並不容易做好。如眾所知，我們早有「中華民國新聞評議委員會」，由八個國內新聞團體聯合組成。形式上它顯示了報業、廣播、電視有自律意願；惟實際運作中，評議委員由八個團體協議聘定，評議經費由八個團體全部負擔，難免使此組織不易超然。我們只要看評議會決議未受媒介尊重，可見現行評議會制度上的瓶頸難以突破。今後要能發揮這個自律組織的功能，必須要在人事、經費上有另外一套辦法，增強其「公眾」性，減少其「依賴」性，才能有較好的作為。

而我國已依法設立相關評議委員會，並有制定以下法規，如中華民國新聞評議委員會處理陳訴案及檢舉案程序¹⁷²等，而落實新聞媒體能以內

¹⁷⁰ 呂郁女，新聞自由與國家形象，中央日報 2003.04.26 觀念世界。

¹⁷¹ 林永頌、翁雅欣，前揭文，59 頁以下。

¹⁷² (一)本會評議新聞、評論、節目、廣告等案件，除因其有嚴重危害公序良俗或公眾利益之明顯情形得由本會主動評議者外，依本程序處理之。(二)前條所定案件之直接受害當事人，得向本會提出陳訴案。媒體如有危害公序良俗或公眾利益者，則任何個人或團體，均得向本會提出檢舉案。前項陳訴案或檢舉案，除隨函述明陳訴檢舉要點並簽名蓋章外，均須檢具個人身份證影本或機關公文，連同刊播資料於新聞、評論、節目、廣告等刊播日起一百八十日內，向本會提出，逾期不予受理。(三)除八團體所屬會員以外，新聞媒體內容有類似前條所定之情形者，準用本程序之相關規定，並於委員會議決後，由本會公開發表建議文。(四)本會收到陳訴案或檢舉案，由秘書處先行審查是否合於程

部自律的管制手段，更有效率的達成新聞自由與受報導人名譽的均衡之目標。然我國新聞評議制度有以下缺點：一為經費不足；由民國五十二年初創時每月一萬元，到七十三年二十萬，新聞評議會的經費增加二十倍，但較美國新聞評議會每年四十萬美金、日本新聞協會年度預算十億日圓（六十七年）不啻天壤之別，格於經費，所應開展的工作，也受限制。況乎，經費來源，主要係向各新聞機構募款，缺乏獨立財源，影響其獨立的地位。二為人力不足；受到經費的限制，秘書處人手有限，無法做廣泛的評議、蒐集資料工作，評議的範圍，很難兼及各種媒介的表現。三為沒有強制、制裁媒介權力；我國評議會僅規定「對評議案件決議，各單位有刊載或播報業務，」純為精神制裁，缺乏強制力。

(2)專業人員團體：

台灣地區的媒介並不乏這種專業性的從業人員組織，像記者公會、編輯人協會、廣播電視業協會等等，不過，由於它們的功能「禮儀性」大於「自律性」，「形式」多於「實質」，各團體並沒有發揮應有的功能，特別是自律的功能。一個正常的從業者團體，通常必須是業者自行掌握的團體，它的成員擁有充分的自主性，以發揮教育訓練、維護權益、以及自評與互評的砥礪功效。今日業者多以平日時間壓力為由，無法專注這些團體的會務。假如媒介當局真有心推動自律自制，必須承認並尊重這些團體的運作，同時在制度上配合各專業團體的企劃與活動，那麼我們的媒介自律工作當可往前邁出一大步。

(3)業者自我批評：

即由媒介工作人員透過組織，特別是對外發行「出版品」，從事媒介批評工作。這個工作我們可能最缺少。反觀自七十年代起，以美國為例，大小城鎮不斷出現各式「新聞評論」(Journalism Review)的出版品。曾任

序規定，並報請主任委員核示是否受理。如有疑義，並得送請委員會議討論之。陳訴案或檢舉案有不合本程序之規定者，由秘書處通知原陳訴人或檢舉人補正。如經通知仍未補正時，本會不予受理。(五)陳訴案或檢舉案經本會受理後，應推定委員一至三人負責調查或審查。如原陳訴人或檢舉人認為有撤回案件之必要者，應以書面正式通知本會。但案件已經委員會議裁定者，不得為之。(六)陳訴案或檢舉案經調查或審查後，得由本會委員會議決定是否應舉行聽證。案件舉行聽證與否，均由調查或審查委員擬具裁定文草案，提委員會議決定原案是否成立。(七)陳訴案、檢舉案或主動評議案一經委員會議裁決後，即可發布新聞稿，並由秘書處於七日內印發裁定文或決議文。(八)當事人對於前項裁定或決議如有異議時，得於收文後十五日內申請覆議。覆議案經受理後，除原審查委員外，加派委員二人參與審查，並於提經委員會議決定後，發布新聞稿、覆議文及裁定文。(九)陳訴案或檢舉案，在司法程序進行中者，本會是否仍予繼續評議，由本會會議決定之。

華盛頓郵報「公評人」的梅 拉德(R. Maynard)說得好：「報業內部幾乎沒有品質控制。我們常常致力品評別人，然對本身的缺失，甚少揭揚。」。

這種業者自我覺醒意識，導致了一九六八年芝加哥首先成立了地區性的自律出版品——「芝加哥新聞評論」。這個「評論」針對媒介在新聞處理、操縱，乃至攻擊行為上作公平評斷。他們更努力對媒介內容與政策加以檢討。此後，丹佛、費城、聖路易、檀香山各地紛紛響應，創刊「新聞評論」。此外，早在一九六一年就出版，由學界領導，哥倫比亞大學的「哥倫比亞新聞評議」更是名聞遐邇，其主要撰稿者，仍為各大報資深記者，他們努力尋求全國性的閱聽人共鳴，成為媒介的重要良友之一。¹⁷³

又有學者¹⁷⁴是以經濟秩序角度為出發點，其認為台灣的新聞亂象頻仍、倫理不彰、自律無門，這一連串問題的癥結其實是在於過多媒體之間的惡性競爭，節目內容每況愈下，為了些微收視率，狠心的踐踏倫理與自律者比比皆是，令識者遺憾。以電視為例，台灣目前有六十多家有線電視系統業者，再加上四個商業電視台，其媒體密度是全世界之最，目前大部份的媒體正在大賠小賠的狀態之下天人交戰。

在這種底線的生存競爭之中，我們看到的新聞價值變成了：管他客觀公正還是公共利益，只要能衝高收視率的內容就是好新聞。不論是鋼管秀養眼畫面、血腥屍體暴力畫面、個人的情色八卦私生活、政壇男女偏執的口水戰，畫面越來越不堪、語言越來越粗鄙，新聞倫理所強調的專業良知和公共利益，與錙銖必較的收視率拔河之中，就離中線越來越遠了。

因此，要提振新聞媒體的專業品質、倫理規範、自律的要求，其實不僅是在於要求學校教育、責成自律機構，而是追本溯源的要求政府重整媒體產業秩序，衡量市場的大小與媒體事業的數量、在 WTO 的開放趨勢下，務實的協助產業合理發展。

當然，這需要政府全面的介入廣電秩序的重建，在合理的規劃產業秩序的同時，即應該針對新聞媒體專業的提升，訂定適當的辦法。參照先進國家的媒體管理趨勢，例如要求業者自行訂定自律辦法、提高違規罰

¹⁷³ 潘家慶、媒介理論與現實，天下文化，1991，253 頁以下。

¹⁷⁴ 張錦華，新聞自律的明天在哪裡？，2003.10.23，大紀元 10 月 23 日訊。

款金額、強化累進違規記點制與換照審查、支持民間監督媒體團體、推動媒體素養教育、甚至要求違規媒體播出彌補性節目（這是指違反法規的媒體，應在同一時段播出由相關團體參加的公聽會節目）等。

第二節 新聞自由下新聞工作者的抗辯事由

就事業主（資方）與編輯、新聞記者（勞方）之間關係，事業主作為新聞媒體所有權的歸屬主體，其新聞自由權表現於享有一定程度的「傾向決定權限」，可以決定該新聞媒體的原則與方針；編輯與新聞記者的新聞自由權表現於其新聞專業上，亦即新聞媒體內容的具體呈現，如題材的選取、採訪、報導、評論等。事業主不得要求新聞記者違背其本意撰寫文稿，新聞記者亦不得要求該新聞媒體刊登其文稿，而在歐美國家中，通常事業主與新聞記者暨編輯之間簽定「編輯室規章」，即是調整兩者新聞自由權的平衡¹⁷⁵，此亦為「內部新聞自由」的體現。

而「內部新聞自由」意指新聞從業人員在媒體內部享有的專業自主權利。傳統的新聞自由著重在排除來自新聞媒體外部，主要是政府公權力的不當侵害或壓制；換言之，新聞從業人員所爭取的，是一種對公權力不當侵犯的抵抗或防衛權利，稱之為外部新聞自由。隨著新聞事業私有化以及現代私有財產制度的發展，新聞從業人員，包括編輯及記者，漸漸發覺對其專業自主性的挑戰，往往不限於來自政府公權力的介入。在以追求利潤為導向的私有企業制度下，媒體的所有者與經營者常因利益考量而不當地干涉新聞報導對象的選擇及內容的表現方式。此一做法衍生出新聞從業人員如何排除來自媒體內部不當侵害其專業自主性的問題，也就是如何爭取內部新聞自由。

第一項 真正惡意（actual malice）原則¹⁷⁶¹⁷⁷

¹⁷⁵ 張嘉尹，前揭文，145頁以下。

¹⁷⁶ 林子儀，前揭書，365頁以下；張訓嘉，前揭文，12頁以下；林天財，前揭文，42頁以下；林子儀，前揭文，43頁；段重民，媒體之新聞報導與誹謗－報導與評論之界限？，全國律師5月號，1997.5.15出版，47頁。

¹⁷⁷ 吳庚大法官在其著作中曾述，司法院大法官第五0九號釋示：「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。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。」，據此，本號解釋顯然將被告之舉證責任相當程度之減輕，嗣後檢察官或自訴人應證明被告之言論虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而為不知其為不實，始足相當。時論多指是採美、日的「真實惡意原則」為立論基礎。

在美國聯邦最高法院的一九六四年 *New York Times Co v. Sullivan*,³⁷⁶ U.S.254 乙案中曾明示，為確保憲法第一修正案所保障之言論自由，應禁止公務員因他人對其公務行為之批評與事實不符而請求妨害名譽之損害賠償，除非他能夠證明行為人係出於實際惡意而為言論，亦即明知其為不實或出於不管其為真實與否之輕率¹⁷⁸。也就是，美國聯邦最高法院在該案的判決中，宣示了凡報導或批評政府官員執行公務之行為之言論，縱使侵害了被批評者或被報導者之名譽，也只有在具有真正惡意的情況下，才須受法律制裁而不受憲法的保障¹⁷⁹；而所謂真正惡意，是指法院只有在主張其名譽被媒體報導所侵害的人，證明媒體報導已確知其所報導非真實，或故意忽視而任意予以刊登¹⁸⁰；或謂¹⁸¹真正惡意焦點集中在行為人對虛偽性的認識，無論是明知或完全不在乎，而在明知不實時，通常原告只須證明被告撒謊即可，完全不在乎是指被告於傳述誹謗言論時，對及可能存在的虛偽性具有很高程度的認知。

在美國聯邦最高法院的一九六七年 *Curtis Publishing Co v. Butts* 及 *Associated Press v. Walker* 等案中已將對公務員所為言論責任限制延伸到公眾人物。公眾人物有兩種類型，一為社會上享有普遍盛名或惡名昭彰者；二為主動投入某一爭執的公共問題，期能影響其結果者¹⁸²。而在一九七一年 *Rosebloom v. Metromedia* 案中，將真正惡意原則適用在對公共或一般利益有關的事務所為非以公眾人物為對象之言論。然在一九七四年 *Gertz v. Robert Welch*,案中，卻認為究應保護言論自由或個人名譽，應由法官依個案衡量決定¹⁸³。

第二項 合理評論原則（Fair Comment Principle）

有學者¹⁸⁴認為一言論符合合理評論原則之構成要件有四：（一）其為一種意見表達，非事實的陳述；（二）其所評論者為與公共利益有關事項；（三）其所評論之依據的事實或根據須隨同評論一併公開陳述，或公眾

¹⁷⁸ 張訓嘉，前揭文，12 頁以下。

¹⁷⁹ 林子儀，前揭書，365 頁以下。

¹⁸⁰ 林天財，前揭文，42 頁以下。

¹⁸¹ 吳永乾，前揭文，1 頁以下。

¹⁸² 林子儀，前揭書，365 頁以下。

¹⁸³ 張訓嘉，前揭文，12 頁以下。

¹⁸⁴ 林子儀，前揭書，365 頁以下；段重民，前揭文，47 頁。

所知；(四)表意人評論時，其動機非以毀損被評論人爲唯一的目的。如同我國刑法第三一一條第三款規定，「(以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰。)對於可受公評之事，而爲適當之評論者。」。

而在美國聯邦最高法院一九七四年 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 案中，Powell 大法官於 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 乙案中，曾表達：「在言論自由之下，並無所謂的虛偽或不實的意見，任何一個意見，不論是多麼的惡毒，我們並不依賴法官或陪審團的良心來匡正他，而是藉由其他的意見與該意見的競爭來匡正他」，即在 Powell 大法官的信念中，意見表達是受到憲法絕對的保障¹⁸⁵。

且在美國聯邦最高法院一九八五年 *Ollman v. Evans* 及一九八六年 *Janklow v. Newsweek* 兩案中，提出四項標準來區分意見與事實：(一)爭議言論的精確性與特殊性(或依一般正常用法及意義，分析該陳述是一種事實或意見)：如稱某人爲「法西斯份子」；(二)言論是否可以查證(或分析該陳述是否可經由驗證爲真或偽?)：若無法查證，此一言論非事實；(三)發表言論的文義脈絡(或了解該陳述當時之事實情境及全部陳述，已確定該陳述的真正含意，而判斷該陳述是一種事實或意見)：如檢驗刊物類型、寫作風格等來決定是否爲意見或事實；(四)言論的大眾脈絡(或探求陳述時的客觀社會狀態，以判斷該陳述是一種事實或意見)：如言論牽涉憲法修正案的核心價值時，則可能視爲意見表達¹⁸⁶。

第三項 真實報導要求(或真實查證義務)？

新聞媒體是否有真實報導義務的問題，有學者¹⁸⁷認爲新聞媒體爲有效運作，經濟上得以存活，必須依賴儘可能快速、且有時不能完全確定其真實性的資訊。故要求新聞工作者，一定要查證其真實性與正確性才能傳佈，實在強媒體所難。因此只在媒體明知或因輕率不知而爲散佈不實之消息，始不受新聞自由保護。

第三節 我國實務就保障名譽權之民事判決

¹⁸⁵ 可參照林天財，前揭文，52頁至53頁；林子儀，前揭文，43頁。

¹⁸⁶ 林子儀，前揭書，365頁以下；段重民，前揭文，47頁。

¹⁸⁷ 江嘉琪，論新聞自由，法學講座第26期，12頁以下。

壹、 八十八年度台上字第一二六二號最高法院民事判決¹⁸⁸

一、 本案判決主文敘述如下：

原判決關於命上訴人登報道歉及負擔該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院。其他上訴駁回。

上訴訴訟費用關於駁回上訴部分由上訴人連帶負擔。

二、 本案判決理由中適用法律之主要論述如下（即以最高法院認同臺灣高等法院原審判決而言）：

〈一〉林○○既未經詳實查證，即率行撰文遽指被上訴人花費二百七十八萬元整修宿舍，並交付黃○○刊登於○○公司所發行之○○周刊第四六七期，以供不特定之讀者閱覽。

〈二〉又筆名「秦漢硯」者之撰文，其內容關於「氣量狹小」、「趕盡殺絕」、「刻薄寡恩」等詞語，顯屬情緒化對被上訴人人身之攻擊，難認屬適當之評論，且對被上訴人之人格、社會地位、道德形象，俱屬負面貶抑之評價，足以貶損被上訴人之名譽至明，乃竟未詳查即決定刊載於該○○周刊第四六七期並對外發行，均難認為無故意或過失。

〈三〉按報刊雜誌負責採訪之記者及負責審查之編輯，對於他人所提供之資料或投搞，有查明真實而後刊登之義務，如其刊登內容僅涉及私德、或足以妨害他人名譽而不能證明為真實，即難認其對於誹謗他人名譽之行爲毫無故意或過失可言。

三、 本文就上述判決之評析：

〈一〉雖最高法院亦採臺灣高等法院原審判決見解，即新聞工作者須詳實查證，使得加以報導；甚認為報刊雜誌負責採訪之記者及負責審查之編輯，對於他人所提供之資料或投搞，有查明真實而後刊登之義務，如其刊登內容僅涉及私德、或足以妨害他人名譽而不能證明為真實，即難認其對於誹謗他人名譽之行爲毫無故意或過失可言。也就是說，其刊登內容僅涉及私德、或足以妨害他人名譽而不能證明為真實時，即不能免責，因前者經利益衡量時，刊登內容僅涉及私德與涉及公共利益者相比，並不受新聞自由的保障；而後者如同真實抗辯原則（例如刑法第三一〇條第三項規定）的適用。

¹⁸⁸ 引自 司法院法學資料檢索系統，【裁判日期】1999.6.11

〈二〉最高法院上述見解中，即報刊雜誌負責採訪之記者及負責審查之編輯，對於他人所提供之資料或投搞，有查明真實而後刊登之義務，亦是須詳實查證，否則對於誹謗他人名譽之行爲有故意或過失。但本文認爲最高法院上述見解中仍有不妥之處，理由如下：

(1) 基於法律保留原則¹⁸⁹及法律明確性原則¹⁹⁰下，並無明定報刊雜誌負責採訪之記者及負責審查之編輯，對於他人所提供之資料或投搞，有查明真實而後刊登之義務，實增加法律所無之限制，而隨意苛責行爲人之義務。

(2) 雖我國司法院大法官第五〇九號解釋雖文中僅言「言論自由」而已，但本件釋字聲請人（即具有原審確定判決的被告身分）卻是新聞工作者，且新聞自由亦是同與言論自由是以憲法第一一條爲依據，再加上新聞自由與言論自由性質上往往有重疊之處（所以有學者¹⁹¹是認爲因新聞工作者、記者的身分，致其言論自由受到特別保障，而形成新聞自由，包括蒐集資料、編輯自由、評論自由等看法。），故就新聞自由的解釋，理當亦可依本號解釋而加以闡釋爲之。且我國司法院大法官第五〇九號解釋亦無明示民事上是否採用真正惡意原則，但吳庚大法官在其著作中曾述，司法院大法官第五〇九號釋示：「刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其爲真實者不罰，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爲人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行爲人雖不能證明言論內容爲真實，但依其所提證據資料，認爲行爲人有相當理由確信其爲真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩。」，據此，本號解釋顯然將被告之舉證

¹⁸⁹ 如司法院大法官釋字第四四三號解釋理由書：「關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較爲詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制，而憲法第七條、第九條至第一八條、第二一條及第二二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式爲之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令爲補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令爲必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令爲依據之必要，乃屬當然。」。

¹⁹⁰ 如司法院大法官釋字第三九四號解釋文：「…至於對營造業者所爲裁罰性之行政處分，固與上開事項有關，但究涉及人民權利之限制，其處罰額構成要件與法律效果，應由法律定之；法律若授權行政機關訂定法規命令予以規範，亦須爲具體明確之規定，始符憲法第二三條法律保留原則之意旨。」。

¹⁹¹ 李惠宗，前揭文，第八頁以下。

責任相當程度之減輕，嗣後檢察官或自訴人應證明被告之言論虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而為不知其為不實，始足相當。時論多指是採美、日的「真實惡意原則」為立論基礎。換言之，既然以美、日的「真實惡意原則」為立論基礎，為何不在民事上適用真正惡意原則。

(3) 而美國聯邦最高法院的一九六四年 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 乙案中宣示了凡報導或批評政府官員執行公務之行為之言論，縱使侵害了被批評者或被報導者之名譽，也只有在具有真正惡意的情況下，才須受法律制裁而不受憲法的保障；而所謂真正惡意，是指法院只有在主張其名譽被媒體報導所侵害的人，證明媒體報導已確知其所報導非真實，或故意忽視而任意予以刊登。其實於名譽權受損時，完全依賴民事賠償機制之國家並不多，美國刑事制裁並未根本絕跡，一九六四年 *Garrison v. Louisiana* 案¹⁹²，即係將同年 *New York Times v. Sullivan* 乙案所建立的「真正惡意原則」擴張適用於刑事誹謗案件，僅此類刑事案件甚為罕見而已。而該案 (*New York Times v. Sullivan* 乙案) 卻是典型的民事侵權行為訴訟，其所建立的真正惡意法則則具有憲法位階¹⁹³。

(4) 在上曾述，已有學者¹⁹⁴亦認為新聞媒體為有效運作，經濟上得以存活，必須依賴進可能快速、且有時不能完全確定其真實性的資訊。故要求新聞工作者，一定要查證其真實性與正確性才能傳佈，實在強媒體所難。因此只在媒體明知或因輕率不知而為散佈不實之消息，始不受新聞自由保護。且已對於媒體工作者產生陣陣寒意的「寒蟬效應」，新聞記者除了「採訪」新聞，更須「善盡查證」新聞之真實性，否則將被課以高額賠償¹⁹⁵。

(5) 綜上，報刊雜誌負責採訪之記者及負責審查之編輯，對於他人所提供之資料或投搞，並無有查明真實而後刊登之義務，亦並不是須負詳實查證義務，而新聞工作者僅在明知或因輕率不知而為散佈不實之消息，始不受新聞自由保護。

¹⁹² 379 U.S. 64 (1964)，可參考法治斌，前揭文，150 頁以下。

¹⁹³ 吳永乾，前揭文，1 頁以下。

¹⁹⁴ 江嘉琪，前揭文，12 頁以下。

¹⁹⁵ 林世宗，寒蟬效應 籠罩新聞界，中國時報，2004.4.30。

貳、 九十二年度台上字第一四〇八號最高法院民事判決¹⁹⁶

一、 本案判決主文敘述如下：

原判決關於駁回上訴人之上訴及該訴訟費用部分廢棄，發回台灣高等法院。

二、 本案判決理由中適用法律之主要論述如下（即是以最高法院未將臺灣高等法院原審判決廢棄發回更審部分而言）

〈一〉新聞自由並非毫無限制，新聞報導應對於所報導之事件作客觀的描述，為維護新聞報導當事人及關係人之利益，避免因新聞報導而受不當侵害，新聞報導並應遵守「中華民國新聞評議委員會」所訂「中華民國報業報導規範」等相關原則。即新聞報導應守莊重原則，不得誇大渲染，在明瞭真相前，不作臆測。新聞報導除為保護消息來源或有必要守密原因外，應明示消息來源。新聞報導對於有爭議事件應同時報導各方不同之說辭或觀點，力求平衡，如有損害名譽情事，應在原報導版面與位置提供篇幅，給予可能受到損害者申訴或答辯之機會。有關股票、房地產等理財或投資分析報導，不得扭曲以謀私利。

〈二〉又司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋，係對刑法第三百十條規定是否違憲為解釋，解釋文中並未提及有關毀謗之民事損害賠償責任問題，該解釋對於毀謗之民事賠償責任並無適用。且民法侵權行為責任係以故意或過失為構成要件，故民法侵權行為構成要件顯較刑法上之毀謗罪構成要件寬鬆，行為人有過失即構成，不以行為人在主觀上必須具有故意或惡意為必要。

三、 本文就上述判決之評析：

〈一〉在最高法院未將臺灣高等法院原審判決廢棄發回更審部分中，認為新聞自由並非毫無限制，新聞報導應對於所報導之事件作客觀的描述，為維護新聞報導當事人及關係人之利益，避免因新聞報導而受不當侵害，新聞報導並應遵守「中華民國新聞評議委員會」所訂「中華民國報業報導規範」等相關原則。即新聞報導應守莊重原則，不得誇大渲染，在明瞭真相前，不作臆測。新聞報導除為保護消息來源或有必要守密原因外，應明示消息來源。新聞報導對於有爭議事件應同時報導各方不同

¹⁹⁶ 引自 司法院法學資料檢索系統，【裁判日期】2003.6.30

之說辭或觀點，力求平衡，如有損害名譽情事，應在原報導版面與位置提供篇幅，給予可能受到損害者申訴或答辯之機會。有關股票、房地產等理財或投資分析報導，不得扭曲以謀私利。上述見解，本文深表贊同，因新聞工作者理應有一定的行為規範要求，故新聞工作者有違反上述要求，可加入判斷其是否構成民法侵權行為責任之參考要素。

〈二〉然在最高法院未將臺灣高等法院原審判決廢棄發回更審部分中，卻認為司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋，係對刑法第三百十條規定是否違憲為解釋，解釋文中並未提及有關毀謗之民事損害賠償責任問題，該解釋對於毀謗之民事賠償責任並無適用。且民法侵權行為責任係以故意或過失為構成要件，故民法侵權行為構成要件顯較刑法上之毀謗罪構成要件寬鬆，行為人有過失即構成，不以行為人在主觀上必須具有故意或惡意為必要。上述見解，本文深感不妥，理由敘述如下：

（1）雖我國司法院大法官第五〇九號解釋雖文中僅言「言論自由」而已，但本件釋字聲請人（即具有原審確定判決的被告身分）卻是新聞工作者，且新聞自由亦是同與言論自由是以憲法第一一條為依據，再加上新聞自由與言論自由性質上往往有重疊之處（所以有學者¹⁹⁷是認為因新聞工作者、記者的身分，致其言論自由受到特別保障，而形成新聞自由，包括蒐集資料、編輯自由、評論自由等看法。），故就新聞自由的解釋，理當亦可依本號解釋而加以闡釋為之。且司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋，係對刑法第三一〇條規定是否違憲為解釋，解釋文中並未提及有關毀謗之民事損害賠償責任問題，但並不表示該解釋之「真正惡意原則」對於毀謗之民事賠償責任並無適用，故該判決未提出理由，而直接論斷該解釋對於毀謗之民事賠償責任並無適用，稍嫌過快。

（2）另司法院大法官會議釋字第三號解釋亦曾明示，「監察院關於所掌事項是否得向立法院提出法律案，憲法無明文規定，而同法第八七條則稱考試院關於所掌事項得向立法院提出法律案，論者因執「省略規定之事項應認為有意省略」以及「明示規定其一者應認為排除其他」之拉丁法諺，認為監察院不得向立法院提案，實則此項法諺並非在任何情形之下均可援用，如法律條文顯有闕漏或有關法條尚有解釋之餘地時，則

¹⁹⁷ 李惠宗，前揭文，第八頁以下。

此項法諺，即不復適用，…」，故雖司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋，係對刑法第三一〇條規定是否違憲為解釋，解釋文中並未提及有關毀謗之民事損害賠償責任問題，但該解釋之「真正惡意原則」對於毀謗之民事賠償責任仍有適用的解釋可能性。

(3) 甚吳庚大法官在其著作中曾述，司法院大法官第五〇九號釋示：「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。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。」，據此，本號解釋顯然將被告之舉證責任相當程度之減輕，嗣後檢察官或自訴人應證明被告之言論虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而為不知其為不實，始足相當。時論多指是採美、日的「真正惡意原則」為立論基礎。

(4) 又美國聯邦最高法院的一九六四年 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 乙案中宣示了凡報導或批評政府官員執行公務之行為之言論，縱使侵害了被批評者或被報導者之名譽，也只有在具有真正惡意的情況下，才須受法律制裁而不受憲法的保障；而所謂真正惡意，是指法院只有在主張其名譽被媒體報導所侵害的人，證明媒體報導已確知其所報導非真實，或故意忽視而任意予以刊登。而該案(*New York Times v. Sullivan* 乙案) 卻是典型的民事侵權行為訴訟，其所建立的真正惡意法則則具有憲法位階¹⁹⁸。

(5) 其實於名譽權受損時，完全依賴民事賠償機制之國家並不多，美國刑事制裁並未根本絕跡，一九六四年 *Garrison v. Louisiana* 案¹⁹⁹，即係將同年 *New York Times v. Sullivan* 乙案 所建立的「真正惡意原則」擴張適用於刑事誹謗案件，僅此類刑事案件甚為罕見而已；而該案(*New York Times v. Sullivan* 乙案) 卻是典型的民事侵權行為訴訟，其所建立的真正惡意法則則具有憲法位階²⁰⁰。

¹⁹⁸ 吳永乾，前揭文，1 頁以下。

¹⁹⁹ 379 U.S. 64 (1964)，可參考法治斌，前揭文，150 頁以下。

²⁰⁰ 吳永乾，前揭文，1 頁以下。

(6) 在上本文曾述，已有學者²⁰¹亦認為新聞媒體為有效運作，經濟上得以存活，必須依賴進可能快速、且有時不能完全確定其真實性的資訊。故要求新聞工作者，一定要查證其真實性與正確性才能傳佈，實在強媒體所難。因此只在媒體明知或因輕率不知而為散佈不實之消息，始不受新聞自由保護。

(7) 既然新聞工作者受到憲法新聞自由基本權的保障，故應限縮民法侵權行為責任係以故意或過失為構成要件之條件，因此民法侵權行為構成要件理當等同刑法上之毀謗罪主觀構成要件，即只在媒體明知或因輕率不知而為散佈不實之消息，始不受新聞自由保護，而應負民法侵權行為責任；也就是只要新聞工作者本其專業，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，而是依其所提證據資料，認為有相當理由確信其為真實時，亦不應負民法侵權行為責任。

參、九十三年度台上字第八五一號最高法院民事判決²⁰²

一、本案判決主文敘述如下：

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人連帶負擔。

二、本案判決理由中適用法律之主要論述如下（即最高法院維持臺灣高等法院原審判決）

至於司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋雖謂：「刑法第三一〇條第一項及第二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，符合憲法第二三條規定之意旨。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。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。就此而言，刑法第三一〇條第三項與

²⁰¹ 江嘉琪，前揭文，12頁以下。

²⁰² 引自 司法院法學資料檢索系統，【裁判日期】2004.4.29

憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸。」，乃係針對刑法第三一〇條誹謗罪之規定有無牴觸憲法保障人民言論自由基本權之疑義所為解釋。惟名譽權之侵害非即與刑法之誹謗罪相同，依民法第一八四條第一項、第一九五條第一項規定，不法侵害他人之名譽，不論故意或過失均可構成侵權行為，與刑法誹謗罪之構成要件不同。…構成侵權行為之過失，係指抽象輕過失即欠缺善良管理人之注意義務而言。行為人已否盡善良管理人之注意義務，應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價，而有所不同。新聞自由攸關公共利益，國家應給予最大限度之保障，俾新聞媒體工作者提供資訊、監督各種政治及社會活動之功能得以發揮；倘嚴格要求其報導之內容必須絕對正確，則將限縮其報導空間，造成箝制新聞自由之效果，影響民主多元社會之正常發展。故新聞媒體工作者所負善良管理人之注意義務，應從輕酌定之。倘其在報導前業經合理查證，而依查證所得資料，有相當理由確信其為真實者，應認其已盡善良管理人之注意義務而無過失，縱事後證明其報導與事實不符，亦不能令負侵權行為之損害賠償責任。惟為兼顧個人名譽法益之保護，倘其未加合理查證率予報導，或有明顯理由，足以懷疑消息之真實性或報導之正確性，而仍予報導，致其報導與事實不符，則難謂其無過失，如因而不法侵害他人之名譽，即應負侵權行為之損害賠償責任。公眾人物之言行事關公益，其固應以最大之容忍，接受新聞媒體之監督，然新聞媒體就其言之報導，仍負查證之注意義務，僅其所負注意程度較為減輕而已。

三、本文就上述判決之評析：

〈一〉在最高法院未將臺灣高等法院原審判決廢棄發回更審部分中，認為「構成侵權行為之過失，係指抽象輕過失即欠缺善良管理人之注意義務而言。行為人已否盡善良管理人之注意義務，應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價，而有所不同。新聞自由攸關公共利益，國家應給予最大限度之保障，俾新聞媒體工作者提供資訊、監督各種政治及社會活動之功能得以發揮；倘嚴格要求其報導之內容必須絕對正確，則將限縮其報導空間，造成箝制新聞自由之效果，影響民主多元社會之正常發展。

故新聞媒體工作者所負善良管理人之注意義務，應從輕酌定之。倘其在報導前業經合理查證，而依查證所得資料，有相當理由確信其為真實者，應認其已盡善良管理人之注意義務而無過失，縱事後證明其報導與事實不符，亦不能令負侵權行為之損害賠償責任。」等語，雖有批評²⁰³，如新聞媒體為何負有善良管理人之注意查證義務而非媒體一般專業標準的查證義務？所謂從輕酌定到底是輕在哪裡？都欠缺說明。但該判決仍與司法院大法官釋字第五〇九號解釋給予新聞自由最大的保障的意旨相同，即「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。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。」。

〈二〉但最高法院仍以司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋雖謂：「刑法第三一〇條第一項及第二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，符合憲法第二三條規定之意旨。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。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。就此而言，刑法第三一〇條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸。」，乃係針對刑法第三一〇條誹謗罪之規定有無牴觸憲法保障人民言論自由基本權之疑義所為解釋。惟名譽權之侵害非即與刑法之誹謗罪相同，依民法第一八四條第一項、第一九五條第一項規定，不法侵害他人之名譽，不論故意或過失均可構成侵權行為，與刑法誹謗罪之構成要件不同。但不同與本

²⁰³ 中時社論，一項令人惋惜的判決！中國時報，2004.4.30。

文看法，因本文認為真正惡意法則仍適用民事誹謗行為制裁上，理由如同本文以上所述。

第五章 新聞自由的法律節制正當性

第一節 國家權力對新聞自由的立法限制

第一項 我國對新聞自由的立法限制（他律）

壹、 民事規定

民法第一九五條第一項規定，「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，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損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」。

民法第一八條規定，「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。」。

貳、 刑事規定

刑法第三一〇條規定，「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。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。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。」。

刑法第三一一條規定，「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。」。

刑法第三一二條第二項規定，「對於已死之人犯誹謗罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」。

參、 其他特別法

例如性侵害犯罪防治法第一〇條規定，「宣傳品、出版品、廣播電視、網際網路或其他媒體不得報導或記載性侵害事件被害人之姓名或其他足以識別被害人身分之資訊。但經被害人同意或因偵查犯罪之必要者，不在此限。違反前項規定者，新聞主管機關對其負責人及行為人，得各處

以新台幣三萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得沒入前項物品。行政機關及司法機關所製作必須公示之文書，不得揭露足以識別被害人身分之資訊。」。²⁰⁴

兒童及少年性交易防制條例第二九條規定，「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人爲性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金。」。

法院組織法第九〇條規定，「法庭開庭時，應保持肅靜，不得有大聲交談、鼓掌、攝影、吸煙、飲食物品及其他類似之行爲。非經審判長核准，並不得錄音。前項錄音辦法，由司法院定之。」。

少年事件處理法第七三條規定，「審判得不公開之。第三十四條但書之規定，於審判不公開時準用之。少年、少年之法定代理人或現在保護少年之人請求公開審判者，除有法定不得公開之原因外，法院不得拒絕。」。

第二項 就基本權（新聞自由）限制的合憲要件

我國司法院大法官至今無就以新聞自由基本權爲違憲之審查解釋，僅就言論自由、廣電傳播自由及出版自由等基本權爲違憲之審查解釋，如釋字第一〇五號、第二九四號、第三六四號、第四〇七號、第四一四號、第五〇九號等，但本文仍須就基本權（新聞自由）限制的合憲要件，簡要地敘述如下：

壹、 法律保留原則

法律保留，是指對人民基本權的限制，應保留由立法者以法律規定，無法律的依據時，行政機關不得自行爲之。法律保留之發生於十九世紀歐陸的自由憲法運動，係爲保障人民自由與財產權利，使免於遭受傳統上由君主控制的行政權（國家）之恣意侵害。時至今日，在議會民主共和政治體制下，一切國家權利均來自人民，故法律保留應在於國會的組成，多元民主正當性基礎、意市程序爲直接、透明、言詞辯論與多數決等，而符合國家機關最適功能配置原則緣故²⁰⁵。

²⁰⁴ 性侵害犯罪防治法第一〇條規定的構成要件中，何謂「足以識別被害人身分之資訊」是不確定法律概念，且主管機關台北市新聞處至今尙未訂定裁罰基準，以致媒體不知如何依循法規，及主管機關台北市新聞處對自由時報（於西元二〇〇三年十二月五日第一八版之一則高雄地區疑似性侵害新聞報導）之處罰案例有違法或失當之虞慮。可參閱自由時報，社會話題，第一九頁，2004.2.3。

²⁰⁵ 許宗力，基本權利：第六講 基本權的保障與限制（上），月旦法學教室第11期，72頁以下。

我國憲法本文第二三條規定，「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」，文中所稱「除…，不得以法律限制之。」是指法律保留。且司法院大法官釋字第四四三號解釋理由書建立了層級化法律保留，即「至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」。

有學者認為如須作彈性反映的事務、發展變遷中的事務、本質上具故有自律性的事務、試驗性的事務、有因地制宜需要的事務以及自治保留的事務，皆不宜採嚴格國會保留，或有助於個案的判斷²⁰⁶。

貳、 比例原則

我國憲法本文第二三條規定，「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」，文中所稱「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要」是指比例原則，又稱過度禁止原則。

比例原則之內涵，我國司法院大法官釋字第四七一號、第四七六、第五四四號，第五五一號等解釋曾加以闡釋比例原則，如釋字第四七六號即謂，「倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則」。

而若以德國法所理解比例原則來詮釋我國憲法本文第二三條的比例原則時，比例原則除要求限制基本權的目的須具憲法的正當性外，還要求

²⁰⁶ 許宗力，論法律保留原則，法與國家權力，第二版，201頁以下。

所採限制手段首先必須適合目的的達成（適合性要求）；其次須屬不得已的手段，即對基本權限制最小的手段（必要性要求）；以及最後，達成目的所獲得的利益須大於對私人基本權限制所造成的損害（衡量性、狹義比例原則要求）²⁰⁷。

一、目的合憲性的審查

消極面為禁止立法者追求明顯違憲的立法目的，積極面為要求立法目的，須符合憲法所預設並允許的基本權限制目的。而德國聯邦憲法法院在藥房判決（Apothekenurteil）發展出三階理論，該判決將國家限制職業自由所追求的公益為目的區分為三類，要求立法者對職業自由設定主觀許可要件之限制時，須追求「重要公益」始得為之，設定客觀許可要件之限制時，須追求「極端重要公益」，至於一般職業執行行為之規制，則追求一般公益即可。而「極端重要公益」是指獨立於社會共同體當時政治的氛圍外，且先於立法者存在的公共價值；「重要公益」是指基於立法者特別的經濟、社會政策目的所產生，亦因立法者的設定才具重要性的公共價值。

二、手段適合性的審查

適合性是要求限制基本權的手段必須適合所追求公益目的的達成。而德國聯邦憲法法院發展出三種認定標準，明白性審查（Evidenzkontrolle）、可支持性審查（Vertretbarkeitskontrolle）、強烈內容審查（intensive Inhaltskontrolle），前者明白性審查，在一般理智、謹慎的市民眼中不認為具有公然、明顯的錯誤為標準；在可支持性審查尚須進一步要求其判斷須合乎事理、可以支持，說得過去；而強烈內容審查，是法院須能確信立法者的判斷是正確的，舉證的不利由立法者負擔。

惟何種情形應適用何種標準判斷審查，德國聯邦憲法法院以所涉及規範領域範圍、形成有足夠把握之決定可能性的大小，以及所涉及相關法益重要性等而定之，然仍不甚明確，大致上說，若在經濟管制領域上，若營業自由基本權只外圍被觸及時，適用明白性審查標準；在經濟基本

²⁰⁷ 許宗力，基本權利：第六講 基本權的保障與限制（下），月旦法學教室第 14 期，51 頁以下；李建良，前揭文，101 頁以下；李建良，藥物廣告的限制及其合憲性，台灣本土法學，第 28 期，2001.11 月，88 頁以下；吳庚，前揭書，189 頁以下；鄭昆山，通姦犯罪在法治國刑法的思辯－評釋字第五五四號解釋，月旦法學雜誌第 105 期，2004.2 月版，218 頁以下；鄭昆山，誣告反坐在特別刑法的法治國原則思辯－評大法官釋字第五五一號解釋，月旦法學雜誌第 93 期，2003.2 月版，285 頁以下。

權領域，若預測可能性較有把握，適用可支持性審查，若涉及生命或人身自由等重大基本權之限制，則採強烈內容審查。

三、手段必要性的審查

必要性是指要求立法者應在所有同樣適合達成目的之限制基本權的手段中，選擇對私人基本權限制最小者。

四、手段合比例性的審查

係審查限制基本權的手段所追求或增進之公益是否大於對私人所造成的損害或不利益。

比例原則若以美國模式予以理解，大致有三種審查標準，合理審查基準（rational relationship test）、中度審查基準（intermediate scrutiny test）、嚴格審查基準（strict scrutiny test），前者合理審查基準只要求立法者所追求的是合法利益即可；中度審查基準是立法者所追求目的是實質或重要政府利益，雖非必須手段是最小侵害手段，但至少手段須與目的有實質聯性，如非針對高價值言論內容之言論限制等；而嚴格審查基準是立法者所追求目的是相當急迫且常重要的政府利益，且手段必須是最小侵害手段，如針對高價值言論內容之言論限制等²⁰⁸。

第三項 我國司法院大法官釋字第五〇九號解釋的審查密度

壹、 違憲審查基準

若以美國模式予以理解，大致有三種審查標準，合理審查基準（rational relationship test）、中度審查基準（intermediate scrutiny test）、嚴格審查基準（strict scrutiny test）。

前者合理審查基準只要求立法者所追求的是合法利益即可；根據該審查標準，法院在審查法律或其他政府措施是否合憲時，並不曾嚴格地審查該

²⁰⁸ 如我國司法院大法官第四一四號解釋理由書、「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」，及第五七七號解釋理由書：「憲法第十一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第十一條言論自由保障之範圍，業經本院釋字第四一四號解釋所肯認。惟國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或為增進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊。」，亦是如此分類而加以審查。

法律或政府措施的目的是否為追求「重要的或迫切的政府利益」，只要其為「合法的」利益即可；同樣的，在手段的審查方面，法院也不會嚴格地要求該法律或政府措施所選擇的手段，是否經過嚴密的設計而未超過目的的必要範圍，或是否尚有其他侵害性較小的手段可供選擇，法院只要求系爭的法律或政府措施所用的手段與目的的達成有「合理關聯性」即可²⁰⁹，且縱使因此產生若干不平等之情形，亦非當然違憲。²¹⁰

中度審查基準是立法者所追求目的是實質或重要政府利益，雖非必須手段是最小侵害手段，但至少手段須與目的有實質聯性，如非針對高價值言論內容之言論限制等；也就是法院在適用中度的審查標準，審查系爭的法律或政府措施是否合憲時，首先會審查該法律或政府措施之目的，是否在追求「實質重要的」政府利益，其次則審查其所選擇的手段是否為經過適當的選擇而為侵害性較小的手段，或是否與達成目的具有實質的關聯性。因此，依據中度的審查標準，只要系爭的法律或政府措施是為了追求實質重要的政府目的，且該目的的追求是在國會的權限範圍之內，而讓法律或政府措施所選擇的手段，是經過適當的選擇而為侵害性較小的手段，或與達成該目的具有實質的關聯性，即為憲法所允許²¹¹。

而嚴格審查基準是立法者所追求目的是相當急迫且常重要的政府利益，且手段必須是最小侵害手段，如針對高價值言論內容之言論限制等。也就是當法院在以嚴格的審查標準審查系爭之法律或政府措施是否合憲時，法院會先審查該法律或政府措施之目的，是否為了追求相當急迫及非常重要的政府利益；其次則審查其為達到該目的所採用的手段，是否為達成該目的之必要且侵害最小的手段。由於要符合嚴格的審查標準幾不可能，因此，只要法院是使用嚴格的審查標準，所有被審查的法律或政府措施幾乎難逃過被法院宣告為違憲的命運。²¹²

（一）雙軌理論²¹³

²⁰⁹ 林子儀，言論自由導論，收錄於李鴻禧等著，台灣憲法之縱剖橫切，2002，元趙出版，167頁以下。

²¹⁰ 法治斌，法治國家與表意自由，2003，正典出版，214頁。

²¹¹ 林子儀，前揭文，167頁以下。

²¹² 林子儀，前揭文，167頁以下。

²¹³ 林子儀，前揭書，139頁以下。

近來，美國聯邦最高法院在處理言論自由的案件時，所發展出來的最重要的一個整合性原則，就是所謂的「雙軌理論」²¹⁴。所謂雙軌理論，是指在處理有關言論自由約具體個案時，將會對言論自由造成限制效果的法律或政府其他規制措施，根據是否直接針對言論表達的內容或針對言論表達可能造成的影響為標準，分為「言論自由內容的規制」與「非針對言論內容的規制」兩大類，並分別以不同的審查標準，審查其合憲性。

在「言論自由內容的規制」這一軌中，發展的主要基礎是美國聯邦最高法院於一九四二年的Chaplinsky v. New Hampshire案²¹⁵之主張，Murphy大法官所執筆的法院判決書中認為：「從最廣的角度來看增修條文第一條的文義及其目的，很明顯的知道，言論自由並不是在任何時間、任何情況下，都是絕對地受保障。有一些被謹慎地定義或範圍有限的幾類言論，其限制或處罰並未引起憲法上的爭議，這些包括淫蕩及猥褻性言論、粗俗的言論、誹謗性言論及侮辱或挑愛性言論。從長期觀察，這些類型的言論不涉及任何思想或意見的表達。而且從追求真理的角度而論，這些類型言論並無任何社會價值。即使有些許的價值，這些可能的利益也小於限制這些言論所欲維持的社會秩序及道德規範之社會利益」。

有學者²¹⁶就指出受美國法影響痕跡最顯著者當推司法院大法官釋字第四四五號解釋。大法官在該號解釋表示，「有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及公共利益所必要。屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所妨害，與憲法保障忌諱自由之意旨尚無抵觸」。「集會遊行法第一一條第一款規定違反同法第四條規定者，為不予許可之要件，乃對『主張共產主義或分裂國土』之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違」，足見大法官確實是將集遊法相關規定區分為不涉及言論內容與涉及言論內容之規定，並使其分別適用從嚴與從寬的審查標準審查合憲性，就此而言，有濃厚美國法雙軌理論的影響痕跡。

²¹⁴ 林子儀，前揭文，156頁以下。

²¹⁵ 315 U.S. 568。

²¹⁶ 許宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於戰鬥的法律人-林山田教授退休祝壽論文集，2004.01，222頁以下。

（二）雙階理論²¹⁷

雙階理論主張以言論對社會的價值加以判斷，可將言論分為高價值言論與低價值言論，並應給予不同的保障。根據該理論，在解決有關言論自由約具體個案時，首先應先判斷系爭的言論是屬於高價值言論或低價值言論，再分別依不同的審查標準，審查政府對之限制之合憲性。美國聯邦最高法院在不同的案件中，針對不同類型的低價值言論，提出不同的審查標準，被歸類為低價值言論包括：誹謗、揭露隱私資訊、商業性言論、淫蕩粗俗不雅的言論、色情言論、仇恨性言論等，高價值言論包括：政治、文學、藝術、科學性言論等。

貳、我國司法院大法官釋字第五〇九號解釋的審查密度

我國司法院大法官釋字第四一四號解釋理由書謂：「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第一五條及第一一條之保障。言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」及第五七七號解釋理由書亦謂：「憲法第一一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第一一條言論自由保障之範圍，業經本院釋字第四一四號解釋所肯認。惟國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或為增進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊。」；而第四四五號解釋曾謂：「其中有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之

²¹⁷ 林子儀，前揭書，158頁以下。

事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無抵觸。集會遊行法第一一條第一款規定違反同法第四條規定者，為不予許可之要件，乃對『主張共產主義或分裂國土』之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違；同條第二款規定：『有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者』，第三款規定：『有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者』，有欠具體明確，對於在舉行集會、遊行以前，尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作為集會、遊行准否之依據部分，與憲法保障集會自由之意旨不符，均應自本解釋公布之日起失其效力。」。

從上可得知，比例原則若以美國模式予以理解，大致有三種審查標準，合理審查基準、中度審查基準、嚴格審查基準，前者合理審查基準只要求立法者所追求的是合法利益即可；中度審查基準是立法者所追求目的是實質或重要政府利益，雖非必須手段是最小侵害手段，但至少手段須與目的有實質聯性，如非針對高價值言論內容之言論限制等；而嚴格審查基準是立法者所追求目的是相當急迫且常重要的政府利益，且手段必須是最小侵害手段，如針對高價值言論內容之言論限制等²¹⁸；而上述司法院大法官釋字第四一四號解釋與第五七七號解釋明顯是以中度審查基準來認定該聲請案有無侵害憲法第一一條言論自由的保障，且依兩者解釋意旨，亦是如同美國模式，即分類非針對高價值言論內容之言論限制與針對高價值言論內容之言論限制，前者以中度審查基準來判斷是否符合憲法第二三條的比

²¹⁸ 如我國司法院大法官第四一四號解釋理由書，「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」，及第五七七號解釋理由書：「憲法第十一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第十一條言論自由保障之範圍，業經本院釋字第四一四號解釋所肯認。惟國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或為增進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊。」，亦是如此分類而加以審查是否符合憲法第二三條比例原則的要求。

例原則要求，而後者是以嚴格審查基準來判斷是否符合憲法第二三條的比例原則要求；有學者²¹⁹就指出司法院大法官釋字第四四五號解釋文中，大法官確實是將集遊法相關規定區分為不涉及言論內容與涉及言論內容之規定，並使其分別適用從嚴與從寬的審查標準審查合憲性，就此而言，有濃厚美國法雙軌理論的影響痕跡，並以是否有明白而立刻危險事態作為違憲審查的判準，則是不折不扣美國法「明白而立刻危險原則」影響下之產物。

〈一〉我國司法院大法官釋字第五〇九號解釋理由書謂：「憲法第一一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。惟為保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家對言論自由尚非不得依其傳播方式為適當限制。至於限制之手段究應採用民事賠償抑或兼採刑事處罰，則應就國民守法精神、對他人權利尊重之態度、現行民事賠償制度之功能、媒體工作者對本身職業規範遵守之程度及其違背時所受同業紀律制裁之效果等各項因素，綜合考量。以我國現況而言，基於上述各項因素，尚不能認為不實施誹謗除罪化，即屬違憲。況一旦妨害他人名譽均得以金錢賠償而了卻責任，豈非享有財富者即得任意誹謗他人名譽，自非憲法保障人民權利之本意。」。

〈二〉該號蘇俊雄大法官協同意見書中補充說明：「多數意見通過的解釋文，對刑法第三一〇條第三項就誹謗罪所設定之客觀處罰條件做了進一步的合憲法律解釋，從而肯定刑法第三一〇條處罰誹謗行為之立法，尚符合憲法第一一條及第二三條規範意旨；就此解釋結論，本席亦表贊同。惟對國家一方面必須保障言論自由，而他方面又必須滿足對人民人格名譽權益加以適當保護之義務要求的兩難情況下，對於此際所面臨的「基本權衝突」問題，究應如何解決？這項課題於立法上及法律的解釋適用上，又應如何考量？就此多數意見通過的解釋文及解釋理由，於論理說明上恐未盡明確。另查言論自由，就個人之自我實現以及政治社會生活的活潑發展而言，均至關重大，理應於立憲法秩序下，受到最大限

²¹⁹ 許宗力，前揭文，222頁以下。

度之保障；從而，針對限制言論自由（特別是言論內容）之法規範的違憲審查，自應採取最為嚴格之審查標準，俾確保此項規範意旨之貫徹。不過，系爭的法律規範因另涉及基本權衝突問題的價值權衡，基於功能法的考量，釋憲機關恐仍應適度尊重具有民主正當性之立法者所為的價值權衡；故本案於審查標準的擇取上乃必須有所修正。可惜對於此項基本審查立場，多數意見未能於解釋理由中適切闡明，致令本件解釋致力探求在權益平衡下賦予言論自由最大保障之苦心美意，恐難為社會大眾所明確感知，甚或懷疑大法官保護言論自由之用心不足。為填補上述二點缺憾，爰提出協同意見書，補充說明如次：

〈1〉憲法保障言論自由之基礎理論

多數意見通過的解釋文，認言論自由有個人實現自我、促進民主政治、實現多元意見等多重功能；對此項憲法保障言論自由之基礎理論說明，本席亦表贊同。惟解釋文中另強調之促進「監督」政治、社會公意的功能，此對媒體來說，固不無促進新聞公正報導的作用，但是就人民意見表現之自由而言，恐引起誤導，尚有予以澄清的必要。蓋言論自由既攸關人性尊嚴此項憲法核心價值的實現，在多元社會的法秩序理解下，國家原則上理應儘量確保人民能在開放的規範環境中，發表言論，不得對其內容設置所謂「正統」的價值標準而加以監督。從而針對言論本身對人類社會所造成的好、壞、善、惡的評價，應儘量讓言論市場自行節制，俾維持社會價值層出不窮的活力；至如有濫用言論自由，侵害到他人之自由或國家社會安全法益而必須以公權力干預時，乃是對言論自由限制的立法考量問題，非謂此等言論自始不受憲法之保障。故若過份強調其監督政治、社會活動的工具性功能，恐將讓人誤以為憲法已對言論內容之價值做有評價，甚至縮限了對於言論自由的理解範圍。準此，吾人固不否定言論自由確實具有促進政治社會發展之功能，但是應注意並強調憲法保障言論自由之意旨，並不受此項工具性思考所侷限，更不應為其所誤導。

〈2〉基本權之衝突及其解決之道

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一亦即，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。由於憲法所揭示的各種基本權，並沒有特定權利必然優先於另外一種權利的抽象位階關係存在，故在發生基本權衝突的情形時，就必須而且也只能透過進一步的價值衡量，來探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。就此，立法者應有「優先權限」(Vorrang)採取適當之規範與手段，於衡量特定社會行為態樣中相衝突權利的比重後，決定系爭情形中對立基本權利實現的先後。而釋憲者的職權，則在於透過比例原則等價值衡量方法，審查現行規範是否對於相衝突的基本權利，已依其在憲法價值上之重要性與因法律規定而可能有的限制程度做出適當的衡量，而不至於過份限制或忽略了某一項基本權。至於在個案適用法律時，行政或司法機關亦應具體衡量案件中法律欲保護的法益與相對的基本權限制，據以決定系爭法律的解釋適用，追求個案中相衝突之基本權的最適調和。由誹謗行為所引起的社會爭議，基本上便是一種典型的基本權衝突問題；蓋此際表意人所得向國家主張之言論自由防禦權，會與人格名譽受侵害者所得要求國家履行的基本權保護義務，發生碰撞衝突。面對此項難題，立法者一方面必須給予受到侵擾的人格名譽權益以適當之保護，滿足國家履行保護義務的基本要求，他方面亦須維持言論自由的適度活動空間，不得對其造成過度之干預限制。而在社會生活型態多樣的情況下，如何妥慎區分不同的生活事實以進行細緻之權衡決定，更是此項基本權衝突能否獲致衡平解決的重要關鍵。

〈3〉針對刑法第三一〇條之違憲審查與合憲解釋

基於上述的理解，對於刑法第三一〇條以下有關誹謗行為之處罰規定，我們可以析繹出立法者就此所為的三項基本權衡決定：(1) 立法者首先選擇以刑法規範機制—此種干預強度較大的方式，來保護人民的人格名譽權益，使人格名譽受到侵擾之人民，得以請求國家以刑罰方式制裁相對人，而非僅透過民事賠償制度解決其間之紛爭。(2) 立法者藉由第三一〇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。簡言之，其係以言論事實陳述的「真實性」以及「公共利益關連性」兩

項標準，對於此際所涉及的基本權衝突情形做了類型區分，並分別做了不同的價值權衡。從而，於言論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，立法者特將之排除於誹謗罪之處罰範圍外；而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。(3) 立法者另於第三一一條設定多項阻卻違法事由，使法院得據以於個案中就可能的基本權衝突情形，於違法性的判斷上做進一步的衡量決定。上述立法者所為的權衡決定，固然履行了國家對於人民人格名譽權益的保護義務，並且具備憲法第二三條就國家限制人民基本權利（言論自由）時所要求的目的正當性；可是其是否已對言論自由造成過度的、不必要的干預限制，毋寧仍存有相當的違憲疑義。就此，本席同意多數意見的看法，認為單從立法者選取刑法規範約制人民言論自由之作法本身，尚無法推導出系爭規範已過度干預言論自由之違憲結論。因為做為可能之替代方案的民事損害賠償制度，固在干預強度上較為輕微，可是其是否可達到與刑法保護法益相同的有效性強度，尚非無疑義。有關誹謗行為是否應予除罪化的問題，因此仍應尊重立法者於衡量政治、社會、文化等各種情狀後所為的政策決定，而無法逕由釋憲機關代為決定。然而，本席必須強調，如果系爭規範並未針對不同類型的生活事實做出妥慎的衡量決定—亦即未將誹謗罪之處罰範圍限定於必要的範圍內，則該規範仍屬過度侵犯人民之言論自由，而應受違憲的評價。對此，本席認為立法者以事實陳述之「真實性」以及「公共利益關連性」兩項基準進行權衡的作法及其結論，固然具有一定的合理性；但是如過分執著於真實性的判別標準或對真實性為僵硬之認定解釋，恐將有害於現代社會的資訊流通。蓋在社會生活複雜、需求快速資訊的現代生活中，若要求行為人（尤其是新聞媒體）必須確認所發表資訊的真實性，其可能必須付出過高的成本，或因為這項要求而畏於發表言論，產生所謂的「寒蟬效果」。無論何種情形，都會嚴重影響自由言論所能發揮的功能，違背了憲法保障言論自由的意旨。另一方面，如果進而將第三一〇條第三項之規定，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。為避免上開違憲狀態之發生，吾人實應對第三一〇條之處罰範圍做嚴格之認定，而對第三一〇條第三項規定，做取向於合乎憲法意旨的解釋。從而，所言為真實之舉證責任不應加諸於行為人，法院對於系爭言論是否為真實仍有發現之責任；並且對於所謂「能證明為真實」其證明強度不必至於客觀的真實，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，皆應將之排除於第三一〇條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。在對相關的刑法規定做出限縮解釋後，本席方得出現行關於誹謗罪之規定，乃為保護人格權而對特定類型言論所為之必要限制，因而與憲法第一一條、第二三條並無牴觸。

〈4〉法院衡平之裁量責任

最後，在對系爭規定做出合憲認定之後，本席仍不辭贅言地要提醒相關機關（包括檢察官與法院等），其亦有責任在個案的法律適用中，貫徹憲法對言論自由高度保障之意旨。除了對於刑法第三一〇條之解釋適用，應依前述解釋意旨嚴格認定誹謗罪之處罰範圍外，更須審慎衡量個案中是否具備第三一一條所提示之阻卻違法事由及其他可能之超法規事由，俾於權益衡平之前提下，確保言論自由之最大活動空間。

〈三〉該號吳庚大法官協同意見書中補充說明：本件解釋開宗明義揭櫫言論自由對建立民主多元社會有無可替代之功能，憲法應予以最大限度之保障。惟基於諸多因素，大法官盱衡現階段社會發展實際情況，並未採納時論甚囂塵上之誹謗除罪化主張，而對刑法第三一〇條誹謗罪之構成要件該當性作限縮解釋，在此一前提之下，認為上開刑法條文符合憲法第二三條之比例原則，與憲法保障言論自由之意旨，尚無違背。是本件係以轉換同條第三項涵義之手段，實現對言論自由更大程度之維護同時又不致於宣告相關條文違憲，在解釋方法上屬於典型之符合憲法的法律解釋。

從上可得知，比例原則若以美國模式予以理解，大致有三種審查標準，合理審查基準、中度審查基準、嚴格審查基準，前者合理審查基準只求立法者所追求的是合法利益即可；中度審查基準是立法者所追求目的

是實質或重要政府利益，雖非必須手段是最小侵害手段，但至少手段須與目的有實質聯性，如非針對高價值言論內容之言論限制等；而嚴格審查基準是立法者所追求目的是相當急迫且常重要的政府利益，且手段必須是最小侵害手段，如針對高價值言論內容之言論限制等²²⁰；而上述司法院大法官釋字第五〇九號解釋應非採用嚴格審查基準來認定刑法第三一〇條誹謗罪是否違反憲法第二三條的比例原則，從該號蘇俊雄大法官協同意見書中補充說明得知；且該號認為刑法第三一〇條誹謗罪是符合憲法第二三條的比例原則，理由可參照上述吳庚大法官協同意見書及蘇俊雄大法官協同意見書可得知，如：

〈1〉基於諸多因素，大法官盱衡現階段社會發展實際情況，並未採納時論甚囂塵上之誹謗除罪化主張，而對刑法第三一〇條誹謗罪之構成要件該當性作限縮解釋，在此一前提之下，認為上開刑法條文符合憲法第二三條之比例原則，與憲法保障言論自由之意旨，尚無違背。而大法官所考量的因素，如就國民守法精神、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。

〈2〉在蘇俊雄大法官協同意見書所下的見解：（1）立法者首先選擇以刑法規範機制—此種干預強度較大的方式，來保護人民的人格名譽權益，使人格名譽受到侵擾之人民，得以請求國家以刑罰方式制裁相對人，而非僅透過民事賠償制度解決其間之紛爭。（2）立法者藉由第三一〇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。簡言之，其係以言論事實陳述的「真實性」以及「公共利益關連性」兩項標準，對於此際所涉及的基本權衝突情形做了類型區分，並分別做了不同的價值權

²²⁰ 如我國司法院大法官第四一四號解釋理由書、「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」，及第五七七號解釋理由書：「憲法第十一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第十一條言論自由保障之範圍，業經本院釋字第四一四號解釋所肯認。惟國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或為增進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊。」，亦是如此分類而加以審查。

衡。從而，於言論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，立法者特將之排除於誹謗罪之處罰範圍外；而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。(3) 立法者另於第三一一條設定多項阻卻違法事由，使法院得據以於個案中就可能的基本權衝突情形，於違法性的判斷上做進一步的衡量決定。上述立法者所為的權衡決定，固然履行了國家對於人民人格名譽權益的保護義務，並且具備憲法第二三條就國家限制人民基本權利（言論自由）時所要求的目的正當性；可是其是否已對言論自由造成過度的，不必要的干預限制，毋寧仍存有相當的違憲疑義。

第二節 基本權的第三人效力（就基本權之衝突而言）

221

憲法所規定的基本權之目的在於保護人民來對抗恣意的國家權力，故基本權利是以國家權力為其拘束對象。如基本權利可對立法權、行政權、司法權及其他國家權力的拘束予以探討²²²。

而基本權的第三人效力，是在於私法關係中的一般私人相互間是否可以主張基本權利，或者基本權利對私人間往來關係是否亦發生拘束力的問題。當然，基本權對私人效力問題，所涉及的本就是決定法院判決內容的實體法適用問題，也就是，唯當基本權發生效力，法院始應受基本權之拘束²²³。

壹、直接效力說

此說認為基本權利具有絕對效力，且基本權利不僅拘束國家，亦可拘束私人，毋庸間接透過民事法律的媒介，即得直接適用於私人相互關係中。理由為當私人中出現社會或經濟勢力，足以對其他私人的基本權利

²²¹ 與基本權之競合的不同，後者是指同一基本權主體的某特定行為同時落入數個基本權的保護領域之意。可參閱許宗力，前揭文，67頁以下。

²²² 可參閱許宗力，基本權利：第四講 基本權利對國家權力的拘束，月旦法學教室第7期，87頁以下。

²²³ 可參閱許宗力，基本權利：第五講 基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室第9期，64頁以下；李惠宗，論新聞自由與隱私權的衝突－愛滋病學童案，台灣本土法學第3期，1999.8版，162頁以下；吳庚，前揭書，151頁以下。

造成不亞於國家自身所施加之侵害；甚在國家憲法中以揭示維護社會安全與正義為目的的社會國原則（德國基本法第二〇條規定），或民享主義（我國憲法本文第一條規定），足以支持將基本權直接適用在私人相互間的私法關係上。

例如在侵權行為而言，將基本權利視為民法第一八四條第一項前段所稱的「他人之權利」，始因過意或過失不法侵害他人基本權利者，負損害賠償責任；而在法律行為而言，將基本權利視為民法第七一條所稱的「禁止規定」，使違反基本權規定的私人法律行為，因之而無效。

貳、 間接效力說

此說認為基本權利只拘束國家，而不拘束私人。雖不否認基本權利對私法亦有影響，但為維護司法獨立性，避免私法自治遭到破壞，仍認為基本權利不能直接適用，只能透過私法規範，對私人相互間法律關係發生效力。

例如以民法第一八四條第一項後段，「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」，負損害賠償責任；而在法律行為而言，以民法第七二條，「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」，或民法第一四八條第二項，「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」。亦即將上述規定中的「善良風俗」、「公共秩序或善良風俗」、「誠實及信用方法」等開放性概念中，導入基本權利，並藉此有闡釋、運用基本權利的機會。

綜上，直接效力說與間接效力說兩說中，有學者²²⁴與通說見解相同，採間接效力說，理由是以：（一）從憲法第二三條與基本權理念史，知基本權具「針對國家性」；（二）直接效力說跳過普通法律，違背權利分立；（三）直接效力說過度侵犯私法自治；（四）間接效力說的合理化。然卻有學者²²⁵，不採通說見解，反而是採直接效力說，其理由是以：私法自治固應尊重，但如果其內容已悖離憲法的基本權所代表的基本價值秩序時，難道私法自治也凌駕於憲法之上？或當民事法規所代表的價值與憲法上的基本價值相衝突時，為何不以後者為優先？故該學者承認基本權

²²⁴ 可參閱許宗力，前揭文，64頁以下。

²²⁵ 吳庚，前揭書，151頁以下。

的直接效力，並可改進我國長久以來，將憲法視為政治綱領，未與庶民生活發生關係的現象。

而本文認為採與通說的間接效力說較妥，因在民事請求權基礎上及按司法院大法官案件審理法等規定，如何以憲法所規定的基本權直接當作請求權基礎或受損害的權利，便成問題；且採間接效力說時，亦可從民事上規定的「善良風俗」、「公共秩序或善良風俗」、「誠實及信用方法」等開放性概念中，導入基本權利，並藉此有闡釋、運用基本權利的機會，落實憲法規定基本權的基本價值。

第三節 新聞自由與名譽權兩者基本權衝突的解決機制

第一項 新聞自由與名譽權兩者基本權之衝突

在新聞工作者於其新聞報導時，該新聞報導內容、評論或有損於個人之名譽權之情形，例如眾所皆知的副總統呂秀蓮要求新新聞週報回復名譽案即是適例。因此，所欲討論的是，在憲法保障新聞自由下，新聞工作者的新聞報導、評論，如何與憲法所保障之個人名譽權取得平衡？在新聞工作者的新聞報導內容、評論或有損於個人之名譽權之情形時，或有將其行為論罪化之必要（並須考量的是是否因刑罰化下而有動輒得咎、寒蟬效應情況產生，或是否因此而減損現今新聞媒體的存在功能效用，如可使人民若要作政治決定，除可獲全部資訊外，還有認識他人意見機會，並得加以判斷衡量；亦得藉新聞媒體取得資訊、表達立場，並分別呈現多元的公共意見、輿論，而形成人民政治上決定與判斷；且在現當代議政治裡，新聞媒體得成為彙集人民民意與監督國家政府的管道與工具等功能存在。）？或僅以民事損害賠償之方式，回復被害人名譽之機制即可？（亦即是否有將刑法誹謗罪除罪化可能性？），而本文下文就此探討之。

第二項 新聞自由與名譽權兩者基本權之衝突解決機制

在我國新聞自由與名譽權兩者基本權衝突的解決機制立法中，除以民法第一八四條、第一九五條規等規定，名譽受損之個人得據此請求權基

礎，請求新聞報導內容、評論損害其名譽的新聞工作者負損害賠償外，此時尚有刑法第三一〇條第一項、第二項之刑事誹謗罪，規範著新聞工作者就新聞報導內容、評論之入罪的可能。

壹、我國實務－司法院大法官釋字第五〇九號解釋

我國司法院大法官釋字第五〇九號解釋意旨認為，「言論自由為人民之基本權利，憲法第一一條有明文保障，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。惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。刑法第三一〇條第一項及第二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，符合憲法第二三條規定之意旨。」，該解釋認為刑法第三一〇條第一項及第二項誹謗罪合憲的理由，在該號解釋理由書曾謂，「惟為保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家對言論自由尚非不得依其傳播方式為適當限制。至於限制之手段究應採用民事賠償抑或兼採刑事處罰，則應就國民守法精神、對他人權利尊重之態度、現行民事賠償制度之功能、媒體工作者對本身職業規範遵守之程度及其違背時所受同業紀律制裁之效果等各項因素，綜合考量。以我國現況而言，基於上述各項因素，尚不能認為不實施誹謗除罪化，即屬違憲。況一旦妨害他人名譽均得以金錢賠償而了卻責任，豈非享有財富者即得任意誹謗他人名譽，自非憲法保障人民權利之本意。刑法第三一〇條第一項：「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」係分別對以言詞或文字、圖畫而誹謗他人者，科予不同之刑罰，為防止妨礙他人自由權益所必要，與憲法第二三條所定之比例原則尚無違背。」。

另在該號蘇俊雄大法官協同意見書中亦認為刑法第三一〇條第一項及第二項誹謗罪合憲，其補充表示，「惟對國家一方面必須保障言論自由，而他方面又必須滿足對人民人格名譽權益加以適當保護之義務要求的兩難情況下，對於此際所面臨的「基本權衝突」問題，究應如何解決？這項課題於立法上及法律的解釋適用上，又應如何考量？就此多數意見通

過的解釋文及解釋理由，於論理說明上恐未盡明確。…（一）憲法保障言論自由之基礎理論多數意見通過的解釋文，認言論自由有個人實現自我、促進民主政治、實現多元意見等多重功能；對此項憲法保障言論自由之基礎理論說明，本席亦表贊同。惟解釋文中另強調之促進「監督」政治、社會公意的功能，此對媒體來說，固不無促進新聞公正報導的作用，但是就人民意見表現之自由而言，恐引起誤導，尙有予以澄清的必要。蓋言論自由既攸關人性尊嚴此項憲法核心價值的實現，在多元社會的法秩序理解下，國家原則上理應儘量確保人民能在開放的規範環境中，發表言論，不得對其內容設置所謂「正統」的價值標準而加以監督。從而針對言論本身對人類社會所造成的好、壞、善、惡的評價，應儘量讓言論市場自行節制，俾維持社會價值層出不窮的活力；至如有濫用言論自由，侵害到他人之自由或國家社會安全法益而必須以公權力干預時，乃是對言論自由限制的立法考量問題，非謂此等言論自始不受憲法之保障。故若過份強調其監督政治、社會活動的工具性功能，恐將讓人誤以為憲法已對言論內容之價值做有評價，甚至縮限了對於言論自由的理解範圍。準此，吾人固不否定言論自由確實具有促進政治社會發展之功能，但是應注意並強調憲法保障言論自由之意旨，並不受此項工具性思考所侷限，更不應為其所誤導。（二）基本權之衝突及其解決之道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。由於憲法所揭示的各種基本權，並沒有特定權利必然優先於另外一種權利的抽象位階關係存在，故在發生基本權衝突的情形時，就必須而且也只能透過進一步的價值衡量，來探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。就此，立法者應有「優先權限」採取適當之規範與手段，於衡量特定社會行為態樣中相衝突權利的比重後，決定系爭情形中對立基本權利實現的先後。而釋憲者的職權，則在於透過比例原則等價值衡量方法，審查現行規範是否對於相衝突的基本權利，已依其在憲法價值上之重要性與因法

律規定而可能有的限制程度做出適當的衡量，而不至於過份限制或忽略了某一項基本權。至於在個案適用法律時，行政或司法機關亦應具體衡量案件中法律欲保護的法益與相對的基本權限制，據以決定系爭法律的解釋適用，追求個案中相衝突之基本權的最適調和。由誹謗行為所引起的社會爭議，基本上便是一種典型的基本權衝突問題；蓋此際表意人所得向國家主張之言論自由防禦權，會與人格名譽受侵害者所得要求國家履行的基本權保護義務，發生碰撞衝突。面對此項難題，立法者一方面必須給予受到侵擾的人格名譽權益以適當之保護，滿足國家履行保護義務的基本要求，他方面亦須維持言論自由的適度活動空間，不得對其造成過度之干預限制。而在社會生活型態多樣的情況下，如何妥慎區分不同的生活事實以進行細緻之權衡決定，更是此項基本權衝突能否獲致平衡解決的重要關鍵。(三) 針對刑法第三一〇條之違憲審查與合憲解釋基於上述的理解，對於刑法第三一〇條以下有關誹謗行為之處罰規定，我們可以析繹出立法者就此所為的三項基本權衡決定：(1) 立法者首先選擇以刑法規範機制—此種干預強度較大的方式，來保護人民的人格名譽權益，使人格名譽受到侵擾之人民，得以請求國家以刑罰方式制裁相對人，而非僅透過民事賠償制度解決其間之紛爭。(2) 立法者藉由第三一〇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。簡言之，其係以言論事實陳述的「真實性」以及「公共利益關連性」兩項標準，對於此際所涉及的基本權衝突情形做了類型區分，並分別做了不同的價值權衡。從而，於言論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，立法者特將之排除於誹謗罪之處罰範圍外；而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。(3) 立法者另於第三一一條設定多項阻卻違法事由，使法院得據以於個案中就可能的基本權衝突情形，於違法性的判斷上做進一步的衡量決定。上述立法者所為的權衡決定，固然履行了國家對於人民人格名譽權益的保護義務，並且具備憲法第二三條就國家限制人民基本權利（言論自由）時所要求的目的正當性；可是其是否已

對言論自由造成過度的，不必要的干預限制，毋寧仍存有相當的違憲疑義。就此，本席同意多數意見的看法，認為單從立法者選取刑法規範約制人民言論自由之作法本身，尚無法推導出系爭規範已過度干預言論自由之違憲結論。因為做為可能之替代方案的民事損害賠償制度，固在干預強度上較為輕微，可是其是否可達到與刑法保護法益相同的有效性強度，尚非無疑義。有關誹謗行為是否應予除罪化的問題，因此仍應尊重立法者於衡量政治、社會、文化等各種情狀後所為的政策決定，而無法逕由釋憲機關代為決定。然而，本席必須強調，如果系爭規範並未針對不同類型的生活事實做出妥慎的衡量決定—亦即未將誹謗罪之處罰範圍限定於必要的範圍內，則該規範仍屬過度侵犯人民之言論自由，而應受違憲的評價。對此，本席認為立法者以事實陳述之「真實性」以及「公共利益關連性」兩項基準進行權衡的作法及其結論，固然具有一定的合理性；但是如過分執著於真實性的判別標準或對真實性為僵硬之認定解釋，恐將有害於現代社會的資訊流通。蓋在社會生活複雜、需求快速資訊的現代生活中，若要求行為人（尤其是新聞媒體）必須確認所發表資訊的真實性，其可能必須付出過高的成本，或因為這項要求而畏於發表言論，產生所謂的「寒蟬效果」。無論何種情形，都會嚴重影響自由言論所能發揮的功能，違背了憲法保障言論自由的意旨。另一方面，如果進而將第三一〇條第三項之規定，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。為避免上開違憲狀態之發生，吾人實應對第三一〇條之處罰範圍做嚴格之認定，而對第三一〇條第三項規定，做取向於合乎憲法意旨的解釋。從而，所言為真實之舉證責任不應加諸於行為人，法院對於系爭言論是否為真實仍有發現之責任；並且對於所謂「能證明為真實」其證明強度不必至於客觀的真實，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，皆應將之排除於第三一〇條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。在對相關的刑法規定做出限縮解釋後，本席方得出現行關於誹謗罪之規定，乃為保護人格權而對特定類型言論所為之必要限制，因而與憲法第一一條、第二三條並無抵觸。(四) 法院衡平之裁量責

任最後，在對系爭規定做出合憲認定之後，本席仍不辭贅言地要提醒相關機關（包括檢察官與法院等），其亦有責任在個案的法律適用中，貫徹憲法對言論自由高度保障之意旨。除了對於刑法第三一〇條之解釋適用，應依前述解釋意旨嚴格認定誹謗罪之處罰範圍外，更須審慎衡量個案中是否具備第三一一條所提示之阻卻違法事由及其他可能之超法規事由，俾於權益衡平之前提下，確保言論自由之最大活動空間。)

又在該號吳庚大法官協同意見書中亦認為，「本件解釋開宗明義揭櫫言論自由對建立民主多元社會有無可替代之功能，憲法應予以最大限度之保障。惟基於諸多因素，大法官盱衡現階段社會發展實際情況，並未採納時論甚囂塵上之誹謗除罪化主張，而對刑法第三一〇條誹謗罪之構成要件該當性作限縮解釋，在此一前提之下，認為上開刑法條文符合憲法第二三條之比例原則，與憲法保障言論自由之意旨，尚無違背。是本件係以轉換同條第三項涵義之手段，實現對言論自由更大程度之維護同時又不致於宣告相關條文違憲，在解釋方法上屬於典型之符合憲法的法律解釋。…按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。蓋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，顯然有較高之價值。」。

貳、我國學者之見解

有學者²²⁶主張刑法第三一〇條第一項及第二項誹謗罪應除罪化的理由，言論自由係憲法所保障之自由與權利最重要的基本自由，人民若不能完整享有言論自由，民主憲政無法建立。且將發表言論之行爲犯罪化，使刑事司法人員有權判斷某一言論係屬憲法保障的言論自由，或屬刑法所定制裁的誹謗行爲；況司法裁判品質低落，法官用法往往欠缺合憲性解釋，故本罪之刑事司法審判，反而不當限制或剝奪人民言論自由。又

²²⁶ 林山田，前揭書，240頁以下。

在美國現行法律及實務，已改以民事侵權行為論處，不致發生刑法壓制憲法言論自由的危險，且對被害人較具實益性，發生實質的救濟效果。也會因政治立場差異，彼此間批評，往往使本罪成為極具政治性之刑事案件。

但有學者²²⁷批評該號解釋理由書中，「況一旦妨害他人名譽均得以金錢賠償而了卻責任，豈非享有財富者即得任意誹謗他人名譽，自非憲法保障人民權利之本意。」等論點，既高估刑罰的作用，甚可能被誤解刑罰萬能之心態，又對富人存有偏見，並可在此邏輯下，不妨考慮民事侵權行為、民事債務不履行等行為，悉數納入刑罰制裁體系內，俾免「享有財富者以金錢賠償而了卻責任」？其實於名譽權受損時，完全依賴民事賠償機制之國家並不多，美國刑事制裁並未根本絕跡，一九六四年Garrison v. Louisiana案²²⁸，即係將同年New York Times v. Sullivan乙案²²⁹所建立的「真正惡意原則」擴張適用於刑事誹謗案件，僅此類刑事案件甚為罕見而已。其他國家之刑法迄今多有類似我國刑法誹謗罪之規定，不過於實務運作上，偏向採取民事救濟途徑，故關鍵是在刑法規定內容是否合憲，而非單就以刑罰處罰妨害名譽行為，就可認定。

甚有學者²³⁰直接認為憲法第一一條雖為言論自由之保障，但對於不法侵害他人名譽的言論，以非屬言論自由權保障的範圍，而是具體的名譽侵害情況，必須以刑法加以規範；亦即刑法誹謗罪所規範者，並非言論自由的干預問題，而是對於名譽侵害情況的刑事制裁；所以刑法所涵蓋的範圍，僅在於非屬言論保障範圍的不法侵害他人名譽之行為。

²²⁷ 法治斌，前揭文，150頁以下。

²²⁸ 379 U.S 64 (1964)。

²²⁹ 376 U.S 254 (1964)。

²³⁰ 柯耀程，前揭文，176頁以下。

第六章 法治國刑法原則與刑法誹謗罪除罪化問

題

第一節 法治國刑法原則

第一項 法治國刑法原則

法治國原則是指一切國家措施皆須有法律依據，尤其是干涉基本權利的措施，此即為「形式的法治國原則」。不過，單純的法律保留未必可以保障人民的權利，所以法治國的真義更在於，法律的制定必須有正義的基礎，有正當性的根源，我們稱此為「實質的法治國原則」。國家權力發動的法律依據是否正當，在一個自由開放的社會，必須允許討論、辨證與嚴厲批判的。經過辯證，如果察覺國家權力的發動是錯誤的，此權力就必須撤除。²³¹

而法治國刑法的任務在於：一為保護功能(保護社會秩序、保護刑法法益、保護社會倫理之行爲價值、保護每個人之基本人權);二為鎮壓與預防犯罪功能(一般社會大眾的威嚇預防、犯罪行爲人的特別預防再犯)。²³²

雖刑罰為維持社會秩序所不可或缺之手段，然刑罰之目的，有以下三種主張，而通說採綜合理論，本文亦認為是如此，即兼含應報及預防之見解較為可採，各不為所偏：

壹、 應報理論概說

應報理論主張，刑罰之意義，乃在於報應行爲之惡害，以其痛苦來均衡犯罪人之罪責，而實現正義之理念。故刑罰並不負有維持或改善社會共同生活秩序之任何目的，只是一種基於報應或贖罪而應加予犯人之一種痛苦²³³。

貳、 預防理論概說

刑罰之意義應在積極預防犯罪之發生，應以預防犯罪為終極目標實施

²³¹ 林東茂，刑事政策與自由主義，收錄於甘添貴教授祝壽論文集－刑事法學之理想與探索（四），學林文化事業有限公司，2002.3月一版，9頁至10頁。

²³² 鄭崑山，圖解法治國刑法入門（上）…犯罪理論解析，自版，2001.09，34頁。

²³³ 林山田，各種刑罰理論及其批評，刑事法雜誌，第17卷第3期，1頁以下。

刑

罰。刑罰本身並非目的，而是為達預防犯罪之目的所採取之手段。蓋刑法係因應犯罪而生，因犯罪之存在而被賦予意義，因而刑罰之目的應是預防犯罪，執行刑罰本身不應作為刑罰之目的。

可分為一般預防理論及特別預防理論，前者強調刑罰之所以對社會發揮一般性之作用，乃是經由法律的明示與刑事司法的科處及執行，所造成對社會大眾之威嚇性，而以此達到制止或預防犯罪的目的；而後者強調犯罪人之再社會化，刑罰應是促使犯罪人能夠再度適應社會共同生活，成為社會有用成員，刑罰之目的是著眼於使犯罪人個人不至於再犯罪，其中一部分是藉著刑罰的威嚇功能，但同時另外一部分則是藉著相關處遇措施(保安處分)以達到矯正犯罪人之目的²³⁴。

參、 綜合理論概說

刑罰之目的得概括包含應報及預防二者。犯罪人所接受刑罰的科處，一方面是對於犯罪人犯行之應報，以均衡犯罪人之罪責而實現正義；另一方面則為對於社會大眾之威嚇以及對於犯罪人之教化，在可能之範圍內再教育。

第二項 法治國刑法的內涵

國家以刑罰權的行使，來完成其保護法益並維護法秩序的使命。因此，國家應依據現代的刑法思潮以及刑罰理論演繹而出的基本原則，來決定刑罰權的界限以及各種犯罪行為的刑罰程度，據此所定出的刑罰，方可期待其在刑事政策上能有效的抗制犯罪。依據現代法治國家的憲法精神和近代的刑法思潮與綜合的刑罰理論，就刑事法律之規範而言，法治國原則包括下列涵義²³⁵：

壹、 罪刑法定原則

罪刑法定原則乃謂那些行為係屬於刑法上的犯罪，以及對於這些犯罪應該如何加以處罰，均必須透過法律明確加以規定。換言之，亦即犯罪行為的法律要件及其法律效果，均必須以法律明文加以規定，刑事法律若未設明文規定加以處罰的行為，即無犯罪與刑罰可言。申言之，何種

²³⁴ 黃榮堅，前揭書，77頁以下。

²³⁵ 林山田，前揭文，69頁以下；林山田，刑法的革新，學林文化事業有限公司，2001.08，8頁以下；林山田，犯罪問題與刑事司法，台灣商務印書館出版，1982，121頁以下；林山田，前揭書，117頁以下。

不法行爲屬於犯罪行爲，對於這些犯罪行爲應科虛何極刑罰或保安處分，科處刑罰又可至何刑度等，必須於行爲之前預先以法律明確加以規定；否則，行爲時對於該行爲並無法律明文的處罰規定者，則該行爲即不致於構成犯罪，縱然在行爲後，法律對於該行爲增設刑罰制裁的規定者，亦同樣不會受到刑法的制裁。亦即行爲時若無刑法條款已明確將該不法行爲規定爲犯罪行爲，並規定科處一定的刑罰者，則該不法行爲雖然惡性重大，而爲社會大眾所厭惡酌，亦不得認定爲犯罪行爲而科處刑罰或保安處分。

學者²³⁶則認爲罪刑法定原則應包括以下幾種涵意：刑罰權的內容與範圍必須經由法律明定、習慣法不得作爲刑事判決的依據、刑法對於罪與刑的規定應力求明確、禁止類推適用刑法、禁止溯及既往等。

貳、 罪責原則

法治國家行使刑罰權係以行爲人的行爲罪責(Tatschuld)爲依據與界限，不但以行爲罪責爲刑罰的前提要件，而且科處的刑罰必須與行爲人的行爲罪責相當，此即爲罪責原則，無論在刑事立法或刑事司法上，均不得基於一般預防或個別預防之理由，破壞罪責原則，而設計出超越行爲罪責的法定刑，或科處逾越行爲罪責的宣告刑，依此等原則建構的刑法，即爲罪責刑法。

參、 人道原則

人道原則乃指刑罰的種類、程度與執行均須符合人性的良善與博愛的基本原則，一切獸性或反人性的刑事立法、刑事司法或刑事執行，均在禁止之列。申論之，人道原則應包括下述三項涵義²³⁷：

一 人性尊嚴應予保護

人性尊嚴之意義若以最淺顯的方式來說明，首先應提出的觀念是，每個個體生來即有之人格是憲法所欲維護之最高價值，從而憲法之體系乃是以「自由地發展人格」作爲其基礎所建構而成的價值體系。憲法上保障人民基本權利之目的在於促進個人自由發展人格，每一項個別基本權利對於自由地發展人格而言都是不可或缺的，而「自由發展自我能力」

²³⁶ 林山田，刑法通論（上），自版，2002.11，69頁以下。

²³⁷ 林山田，前揭書，69頁以下。

的前提，則是人性尊嚴的精神。基於人性尊嚴，人類始有自我發展之能力，人性尊嚴乃是屬於每個個體本身以及本身所欲之價值，構成個人本質上不可放棄之要素。人性尊嚴存在於每個人，屬於人類本質中，無法派生之核心要素，而人性尊嚴，才是最終極的價值與憲法基礎。

且司法院大法官解釋中，在第三七二號解釋蘇俊雄大法官不同意見書曾作詳盡的說明，「（一）「人性尊嚴」不可侵犯，乃是「先於國家」之自然法的固有法理，而普遍為現代文明國家之憲法規範所確認。憲法保障基本人權，對於每一組織構成社會之個人，確保其自由與生存，最主要目的即在於維護人性尊嚴。蓋人類生存具有一定之天賦固有權利；在肯定「主權在民」之國家理論下，乃將此源諸人類固有之尊嚴，由憲法加以確認為實證法之基本人權。「人性尊嚴」不可侵犯是最高的法律價值，各國憲法有設明文加以宣示者，如德國基本法第一條第一項謂：「人性尊嚴不可侵犯性，所有國家之權力必須尊重與保護之。」日本憲法第十三條謂：「所有國民，均以個人地位而受尊重。」其意旨亦在宣示保障人類尊嚴之原理。我國憲法雖未明文宣示普遍性「人性尊嚴」之保護；但是此項法益乃基本人權內在之核心概念，為貫徹保障人權之理念，我國憲法法理上亦當解釋加以尊重與保護。世界人權宣言之前言第一句即謂：「鑑於人類一家，對於人人固有尊嚴及其平等不移權利之承認確保係世界自由、正義與和平之基礎；」而第一條亦明白揭示：「人皆生而自由；在尊嚴及權利上均各平等。人各賦有理性良知，誠應和睦相處，情同手足。」世界人權宣言是會員國本身及其所轄人民均應永享咸遵之國際憲章，我國亦為簽署國之一。為維護民主憲政國家之形象，國家亦應盡保障國際人權之義務。（二）人性尊嚴之權利概念及其不可侵犯性，有要求國家公權力保護與尊重之地位。在個人生活領域中，人性尊嚴是個人「生存形相之核心部分」，屬於維繫個人生命及自由發展人格不可或缺之權利，因此是一種國家法律須「絕對保護之基本人權」。這種「生存尊嚴」與一般人格權保護之具有社會性，必須就具體情事，衡量是否對於維繫家庭或社會關係可得容忍之情形而斷者不同；人性尊嚴被侵犯者，國家法律有絕對予以保護之必要，並無以社會性容忍之要求或情事之衡量，為其正當化或阻卻違法之理由。因此在憲法保障之基本人權與自由之價值體系中，人性尊嚴可謂是至上之價

值理念，有受國家「優先保護」之地位，法理上並要求人人以自我之責任，對此固有之價值加以肯定。從而，人性尊嚴無拋棄或任意處分性；對於其侵犯行為，亦不得再待審酌有無社會容忍性，而應直接以客觀評斷是否已經構成危害到人性尊嚴，決定是否加以國家保護。

行為人無論是接受刑事追訴的犯罪嫌疑人，或是接受刑事審判的被告，抑或已受判決確定的受刑人，刑事司法機關無論在追訴、審判或執行上，均應注意維護其人性尊嚴，切勿使凡足與刑法發生關係的人民，在人性尊嚴上輕易受損，造成其反社會的犯罪性格。

二 禁止以人充當為達刑罰目的的工具

德國哲學家康德(1.Kant,1724-1804)認為每個人均應當作自我目的而被尊重，而不可當作為了達到特定目的的手段來加以利用，亦即不可將一個人充當操縱他人的工具。即行為人係因其行為罪責而受到刑罰的制裁，絕不是為了當作告戒社會大眾的先例而受罰。行為人在刑事司法上係當作一個「人」或倫理道德上獨立自主的人格來加以處理，對他處以刑罰，並非只足把他當作刑罰客體來教育或矯治，或者只是把他當作工具來威嚇其他人。亦即，不可為了達到殺雞儆猴的目的而破壞罪責原則，加重處罰。

三 禁止使用殘酷而不人道的法律手段

依據人道原則的刑事執行必須尊重受刑人的人格，例如：在自由刑的執行中，應盡量避免獨居監禁而不予工作，或給予毫無目的的工作或監禁於過份擁擠的囚房。如此方能進行受刑人再社會化的工作，使受刑人經過刑罰的執行後，得以重返自由社會，重新做為一個具有社會共同責任意識的社會組成員，參與符合法律秩序的社會共同生活。

肆、 法官保留原則

依據刑事法做成足以剝奪或限制人民的基本自由或權利的決定，僅限於獨立審判的法官，始有權為之；亦即在刑事司法上剝奪或限制人民的自由或權利的決定權，應保留由法官行使。

伍、 平等原則

在刑事法上對於所有人民的適用必須遵行平等原則，對於身分、地位、性別、族群等等各種不同的行為人的相同行為，在刑法上均須作相同的

處置，無論是做為接受刑事追訴的犯罪嫌疑人或是接受刑事審判的被告或受裁判人，或是做為接受刑事執行的受刑人或足刑罰執行完畢的出獄人等，不問其身分、地位、性別或族群，均不得有任何差別待遇。

陸、 專業參與

無論係提出刑事立法、刑事司法或刑事執行等各方面的刑事政策，均必須遵循刑事法學與刑事政策學的專業見解與學理，一方面，在刑事立法上決定某一行為的犯罪化或某一犯罪行為的去犯罪化，必須經由刑法專業的考量，不可靠著感覺走，依照特定的偏見或隨著傳播媒體製造的「輿論」，而作出感性的決定。另一方面，在刑事司法上，法官依據刑法的規定評價刑事案件時，必須忠實依據立法者的價值觀以及立法當時的立法原意，就刑法專業的考量，定罪科刑，而不可純依個人的價值判斷標準或個人的情緒反應，作成決定。

柒、 比例原則

比例原則係導源於法治國原則的憲法原則，包括：適當性、必要性與相當性等三個原則。刑法所使用的手段，包括刑罰與保安處分，均必須符合此三項原則。有學者分述如下²³⁸：

一 適當性原則（恣意立法之禁止）

國家權力的形式合法性源自人民之賦予，透過立法的三讀程序，表彰法律係人民多元意志經過辯證與妥協所獲得的結果。但不代表法律必然是符合公平正義或其有實質正當性。國家權力最強烈的作用乃在於對人民之刑事處罰權，基於罪刑法定主義對國家行使刑罰權的要求，刑罰權須符合犯罪的「不法構成要件」。不法構成要件係依據它所想要保護的法益而制定的。社會共同生活中，無論是個人或團體、社會、政府或國家，均存有生活利益，凡以法律手段而加以保護的生活利益，即稱為法益。確定「法益」的概念後，才可判斷：一為在立法上刑罰是否有必要性；二為在司法上處刑是否其有合理性。國家刑罰權的實質正當性乃是讓應予處罰之行為，侵害公益或嚴重侵害個人權益或具有危險性，國家有義務予以制裁，刑事制裁須具有「維護法益」的目的，故刑事立法時應避免導入與「維護法益」目的無關的要素而形成恣意的刑事處罰。比例原則在適當性原則上，即可具

²³⁸ 鄭昆山，前揭文，285頁以下。

體化爲「恣意立法的禁止」。因此，唯有對於社會危害性重大的行爲方可加以犯罪化，單純的違反道德行爲則非屬刑事不法領域。

二 必要性（刑罰謙抑思想）

必要性原則運用在刑事立法上，係屬比較的問題，特別是在比較「刑事制裁」與「行政制裁」何者更易達到目的，縱立法目的能正確的涵攝於憲法第二三條的範圍裡，必要性原則仍要求「不必要刑罰之禁止」，在此原則之下，立法者負有必須衡量採取刑事處罰或僅採取行政秩序罰的方式，其所耗費的成本與所欲達到的目的是否有相當之責任。

刑法規定的法律效果係所有法律規範中最爲嚴厲而其痛苦性、強制性與殺傷性的法律手段。立法上若有刑罰以外的法律效果，且亦能有效防制不法行爲時，則應避免使用刑罰，否則，輕易動用刑罰權作爲制裁的法律效果，不但會使人民動輒得咎，亦使刑法嚇阻犯罪的能量耗損，減低刑法的規範功能。唯有在以其他法律效果未能有效防制不法行爲之時，始得以刑罰作爲制裁的法律效果，這即是刑法的最後手段性。故刑罰只具有補充性，於其他法律效果不足以達到法律所欲規制的目的時，方能採用，又稱爲刑罰謙抑原則。

三 禁止過度原則（殘虐刑罰禁止原則）

對於某種違反共識秩序通過前述的「適當性原則」及「必要性原則」之檢驗，而採取刑事處罰的手段，仍須進一步檢驗，該刑事處罰是否過度嚴格，以致於與欲達成之目的，顯失均衡。不法領域乃違反應然規範－禁令或準則。而罪責乃個人在人格上可被非難之情狀，強調個人之能力或可能性。罪責原則與法治國刑法－刑罰以罪責爲要件，無罪則則無刑罰。罪責原則乃憲法層級的。雖並無法律明確規制之下，但依據人性尊嚴不可侵犯，一切國家機關均有尊重及保護此尊嚴之義務。

縱然立法經過衡量，認爲當時處以刑事處罰確有必要，亦必須進一步以「禁止過度原則」再審查該項處罰是否過度，於是乃產生「殘虐刑罰之禁止」原則，包括禁止所有殘忍的、鄙視性的、不人道的及屈辱性的處罰。

第三項 法治國刑法之可罰性要件

依據傳統標準，行爲侵犯被保護的刑法法益，而具有應刑罰性與刑罰必需性，乃爲實質的犯罪概念。而刑罰在本質上具有最後手段性原則，與社會危害性與反社會性。具體而言可自法益侵害、行爲禁令與行爲準則及最後手段性三方面而論²³⁹。

壹、 法益侵害

刑法所規範及處罰的行爲，即係對於具有刑法上更要意義之法益造成實害或危險的行爲，而法益之所以其有刑法上之重要性，乃因其與憲法上之基本權利或精神具有關聯性，所以在行爲刑法的思維下，法益居於犯罪體系建構的核心地位²⁴⁰。而不法構成要件即係依據其所想要保護的法益而制定的。若僅單純違反特定的宗教、道德或其他價值觀念，而無涉及侵犯法益或社會危害的行爲，應不在刑法規範之內。所以刑法就是一部「法益保護法」，凡是無法益保護必要者，當然也就沒有刑罰必要性。

241

貳、 行爲禁令與行爲準則-禁止或當爲

禁止與當爲等兩種規範方式，前者乃禁止受規範者爲特定行爲，例如透過普通殺人罪(刑法第二七一條)的規定，而明揭「不得殺人」酌行爲禁止;後者係要求受規範者爲特定行爲，例如透過遺棄罪(刑法第二九三條、第二九四條)的規定，而明揭「受規範者要救助欠缺自救力的人」的行爲準則。唯有被禁止的行爲與違反準則的不作爲方可加以刑事處罰，此種禁令或準則亦需符合罪刑法定原則。

參、 刑罰最後手段性原則

特定行爲之刑事處罰必屬國家之最後不得已的反應，同時應顧及刑罰與犯罪行爲之比例性原則。刑罰僅係具有有限的社會維護功能，有些不法行爲即應被排除在刑事處罰之外，稱之爲「刑法之篩出效應」。有學者基於比例原則認爲，對人民的違法行爲而欲加以制裁時，先經處以較輕之處罰手段(如行政罰等)而仍不能達到警惕及嚇阻作用者，始不得已才考慮處以較重及較嚴厲之刑罰，也就足採「先行政，後司法」之處理原則，

²³⁹ 鄭崑山，前揭書，34頁。

²⁴⁰ 高金桂，刑事政策上關於犯罪化與除罪化問題，東海法學研究 10 期，1996.03，190 頁以下。

²⁴¹ 陳志龍，法益與刑事立法，國立台灣大學法律叢書(61)，自版，1997，30 頁以下。

始符合「比例原則」之要求²⁴²。

刑法規定的法律效果係所有法律規範中最為嚴厲而具痛苦性、強制性與殺傷性的法律手段。立法上若有刑罰以外的法律效果，亦能有效防制不法行為時，則應避免使用刑罰，否則，輕易動用刑罰懼作為制裁的法律效果，不但會使人民動輒得咎，亦使刑法嚇阻犯罪的能量耗損，減低刑法的規範功能。唯有在以其他法律效果未能有效防制不法行為時，始得以刑罰做為制裁的法律效果，這即是刑法的最後手段性，故又稱為刑罰謙抑原則。刑法因具有謙抑性，因而導出以下三個內涵²⁴³：

一 補充性

刑罰並非預防或遏止不法行為的萬靈丹，仍有賴教育、道德、宗教或習俗等其他社會規範之積極發揮功能。就社會統制之手段而言，須於其他社會控制工具不足以達到所欲規制的目的時，才能動用刑罰，所以刑法最好是能夠備而不用，故刑法具有防止犯罪之最後手段的性質，此即刑法之補充性。

二 片斷性

刑法雖以保護人類之生活利益為其主要之任務，惟人類之生活利益，種類繁多，自無法盡受刑法之保護。故成為刑法處罰對象之行寫，亦僅限於侵害人類之重大生活利益之行寫。因此，刑法規制之範圍，並非及於人類全部之生活領域，僅於維持社會秩序之必要及最小限度範圍內，始成為刑法規範之對象，故刑法所保護之人類生活利益，僅具有部分的性質，此即刑法之片斷性。

三 寬容性

刑法對於不法行為，並非全部均須加以處罰。為保護法益之安全，倘介入刑法之手段，顯非適當者，例如，使用刑罰所生之惡害，反較由犯罪所生之惡害為大時，刑法即無發動之必要。因此，刑法以外之社會統制手段，縱對於法益仍無法加以充分保護，刑法亦非即可全面介入。對於部分不法行為，刑法亦須「睜一隻眼、閉一隻眼」，而放任其存在，此即刑法之寬容性。

²⁴² 廖義男，公平交易法之理論與立法…公平交易法修正重點與理由，自版，1995.10，326頁以下。

²⁴³ 甘添貴，刑法謙抑思想，月旦法學雜誌 24 期，1997.05，50 頁以下。

第二節 違憲審查基準與刑法誹謗罪除罪化可能性及

未來法治因應興革之道

第一項 違憲審查基準

若以美國模式予以理解，大致有三種審查標準，合理審查基準（rational relationship test）、中度審查基準（intermediate scrutiny test）、嚴格審查基準（strict scrutiny test）。前者合理審查基準只要求立法者所追求的是合法利益即可；根據該審查標準，法院在審查法律或其他政府措施是否合憲時，並不曾嚴格地審查該法律或政府措施的目的是否為追求「重要的或迫切的政府利益」，只要其為「合法的」利益即可；同樣的，在手段的審查方面，法院也不曾嚴格地要求該法律或政府措施所選擇的手段，是否經過嚴密的設計而未超過目的的必要範圍，或是否尚有其他侵害性較小的手段可供選擇，法院只要求系爭的法律或政府措施所用的手段與目的的達成有「合理關聯性」即可²⁴⁴，且縱使因此產生若干不平等之情形，亦非當然違憲。²⁴⁵

中度審查基準是立法者所追求目的是實質或重要政府利益，雖非必須手段是最小侵害手段，但至少手段須與目的有實質聯性，如非針對高價值言論內容之言論限制等；也就是法院在適用中度的審查標準，審查系爭的法律或政府措施是否合憲時，首先會審查該法律或政府措施之目的，是否在追求「實質重要的」政府利益，其次則審查其所選擇的手段是否為經過適當的選擇而為侵害性較小的手段，或是否與達成目的具有實質的關聯性。因此，依據中度的審查標準，只要系爭的法律或政府措施是為了追求實質重要的政府目的，且該目的的追求是在國會的權限範圍之內，而讓法律或政府措施所選擇的手段，是經過適當的選擇而為侵害性較小的手段，或與達成該目的具有實質的關聯性，即為憲法所允許²⁴⁶。

而嚴格審查基準是立法者所追求目的是相當急迫且常重要的政府利益，且手段必須是最小侵害手段，如針對高價值言論內容之言論限制等。也就是當法院在以嚴格的審查標準審查系爭之法律或政府措施是否合憲

²⁴⁴ 林子儀，前揭文，167頁以下。

²⁴⁵ 法治斌，前揭書，214頁。

²⁴⁶ 林子儀，前揭文，167頁以下。

時，法院會先審查該法律或政府措施之目的，是否爲了追求相當急迫及非常重要的政府利益；其次則審查其爲達到該目的所採用的手段，是否爲達成該目的之必要且侵害最小的手段。由於要符合嚴格的審查標準幾不可能，因此，只要法院是使用嚴格的審查標準，所有被審查的法律或政府措施幾乎難逃過被法院宣告爲違憲的命運。²⁴⁷

就我國司法院大法官第四一四號解釋理由書：「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售爲目的，乃爲獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第一五條及第一一條之保障。言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尙不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」，及第五七七號解釋理由書：「憲法第一一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。商品標示爲提供商品客觀資訊之方式，爲商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇。是以商品標示如係爲促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第一一條言論自由保障之範圍，業經本院釋字第四一四號解釋所肯認。惟國家爲保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或爲增進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊。」，亦是有如此分類之違憲審查基準；而在第四四五號解釋曾謂：「其中有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，爲維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尙無牴觸。集會遊行法第一一條第一款規定違反同法第四條規定者，爲不予許可之要件，乃對『主張共產主義或分裂國土』之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而爲審

²⁴⁷ 林子儀，前揭文，167頁以下。

查，與憲法保障表現自由之意旨有違。…」，是將集遊法相關規定區分為不涉及言論內容與涉及言論內容之規定，並使其分別適用從嚴與從寬的審查標準審查合憲性，就此而言，有濃厚美國法雙軌理論的影響痕跡，且該號解釋亦謂：「同條第二款規定：『有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者』，第三款規定：『有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者』，有欠具體明確，對於在舉行集會、遊行以前，尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作為集會、遊行准否之依據部分，與憲法保障集會自由之意旨不符，均應自本解釋公布之日起失其效力。」，並以是否有明白而立刻危險事態作為違憲審查的判準，則是不折不扣美國法「明白而立刻危險原則」影響下之產物²⁴⁸。

由於新聞工作者所為之新聞報導、評論，與一般言論自由更應受到保障，何況司法院大法官釋字第五〇九號解釋也認為，「言論自由為人民之基本權利，憲法第一一條有明文保障，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。」（而雖我國司法院大法官第五〇九號解釋雖文中僅言「言論自由」而已，但本件釋字聲請人（即具有原審確定判決的被告身分）卻是新聞工作者，且新聞自由亦是同與言論自由是以憲法第一一條為依據，再加上新聞自由與言論自由性質上往往有重疊之處，所以有學者²⁴⁹是認為因新聞工作者、記者的身分，致其言論自由受到特別保障，而形成新聞自由，包括蒐集資料、編輯自由、評論自由等看法，故就新聞自由的解釋，理當亦可依本號解釋而加以闡釋為之。）然在憲法所保障的新聞自由與憲法所保障之個人名譽權兩者基本權相衝突時，刑法第三一〇條第一項、第二項之誹謗罪規定，已不僅是國家立法限制新聞自由界限問題，而且還是憲法所保障的新聞自由與憲法所保障之個人名譽權兩者基本權價值權衡問題，也就是是優先保障新聞自由？或優先保障個人名譽權的價值衡量問題；故有學者²⁵⁰直接認為：「憲法第一一條雖為言論自由之保障，但對於不法侵害他人名譽的言論，以非屬言論自由權保障的範圍，而是具體的名譽侵害情

²⁴⁸ 許宗力，前揭文，222頁以下。

²⁴⁹ 李惠宗，前揭文，第八頁以下。

²⁵⁰ 柯耀程，前揭文，176頁以下。

況，必須以刑法加以規範；亦即刑法誹謗罪所規範者，並非言論自由的干預問題，而是對於名譽侵害情況的刑事制裁；所以刑法所涵蓋的範圍，僅在於非屬言論保障範圍的不法侵害他人名譽之行爲」之見解並無不對，但該學者仍或有疏忽上述所指憲法所保障的新聞自由與憲法所保障之個人名譽權兩者基本權價值權衡問題，此時即有以違憲審查基準問題。

而本文基於以下理由而認為新聞工作者、記者的新聞自由基本權應作最大限度保障，應用嚴格審查基準來認定刑法第三一〇條誹謗罪是否違反憲法第二三條的比例原則，而不同於司法院大法官第五〇九號解釋之見解，亦即立法者所追求目的是相當急迫且常重要的政府利益，且手段必須是最小侵害手段：

〈一〉我國司法院大法官釋字解釋曾表示言論自由具有下列功能：「憲法第一一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。」（釋字第五〇九號解釋理由書）、「次查憲法第一四條規定人民有集會之自由，此與憲法第一一條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇。本於主權在民之理念，人民享有自由討論、充分表達意見之權利，方能探究事實，發見真理，並經由民主程序形成公意，制定政策或法律。因此，表現自由為實施民主政治最重要的基本人權。國家所以保障人民之此項權利，乃以尊重個人獨立存在之尊嚴及自由活動之自主權為目的。」（釋字第四四五號解釋理由書）、「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，啓迪新知，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，為憲法第一一條所保障之範圍。」（釋字第三六四號解釋理由書）、「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。」（釋字第四一四號解釋理由書）；況美國聯邦最高法院針對高價值言論內容之言論限制的法律，以嚴格審查基準為基準審

查，故有學者²⁵¹就指出司法院大法官釋字第四四五號解釋，大法官確實是將集遊法相關規定區分為不涉及言論內容與涉及言論內容之規定，並使其分別適用從嚴與從寬的審查標準審查合憲性，就此而言，有濃厚美國法雙軌理論的影響痕跡。

〈二〉德國基本法第一九條第二項規定，「在任何情形下，均不得對一項基本權侵犯其本質內容。」，此係為防止基本權被立法者或立法者授權的行為所空洞化或連根拔除，有學者稱此為本質內容（Wesengehalt）限制之禁止。學理上，可分為相對的本質內容說及絕對的本質內容說，前者是指是否侵犯基本權的本質內容，須就個案衡量公益與私益孰重而判斷；而後者是堅持個人基本權“某些”不能碰觸的部分，與「本質核心」、「核心範圍」、「最低內容」、「根本實質」等用語非常接近，但又不完全相同。²⁵²

我國司法院大法官釋字第五五〇號解釋理由書曾謂，「地方自治團體受憲法制度保障，其施政所需之經費負擔乃涉及財政自主權之事項，固有法律保留原則之適用，於不侵害其自主權核心領域之限度內，基於國家整體施政需要，中央依據法律使地方分擔保險費之補助，尚非憲法所不許。前述所謂核心領域之侵害，指不得侵害地方自治團體自主權之本質內容，致地方自治團體之制度保障虛有化，諸如中央代替地方編製預算或將與地方政府職掌全然無關之外交、國防等事務之經費支出，規定由地方負擔等情形而言。」、第五六三號解釋理由書亦謂，「大學自治為憲法第一一條講學自由之保障範圍，大學對於教學、研究與學習之學術事項，諸如內部組織、課程設計、研究內容、學力評鑑、考試規則及畢業條件等，均享有自治權。國家依憲法第一六二條對大學所為之監督，應以法律為之，並應符合大學自治之原則，俾大學得免受不當之干預，進而發展特色，實現創發知識、作育英才之大學宗旨。是立法機關不得任意以法律強制大學設置特定之單位，致侵害大學之內部組織自主權，行政機關亦不得以命令干預大學教學之內容及課程之訂定，而妨礙教學、研究之自由，立法及行政措施之規範密度，於大學自治範圍內，均應受

²⁵¹ 許宗力，前揭文，222頁以下。

²⁵² 吳庚，前揭書，167頁以下。

適度之限制，教育主管機關對大學之運作亦僅屬於適法性監督之地位(參照本院釋字第三八〇號及第四五〇號解釋)。」，及第五七三號解釋理由書亦謂，「憲法第一三條規定人民有信仰宗教之自由，係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由，國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰界予優待或不利益。其保障範圍包含內在信仰之自由、宗教行為之自由與宗教結社之自由(本院釋字第四九〇號解釋參照)。人民所從事之宗教行為及宗教結社組織，與其發乎內心之虔誠宗教信仰無法截然二分，人民為實現內心之宗教信仰而成立、參加之宗教性結社，就其內部組織結構、人事及財政管理應享有自主權，宗教性規範苟非出於維護宗教自由之必要或重大之公益，並於必要之最小限度內為之，即與憲法保障人民信仰自由之意旨有違。」，從以上釋字解釋來看，為保障特定基本權避免空洞化，是有自主權之本質內容情況發生。

而新聞自由是憲法第一一條言論自由所保障之基本權，新聞自由的內涵理應包含採訪新聞自由、傳遞新聞自由、發表新聞自由、閱聽與收聽新聞自由等，且新聞自由也屬於特定形式的意見表達，則以新聞方式呈現的意見表達與傳播本身，自然受新聞自由保障。此外，新聞的公開過程，是以廣泛的前置作業與執行措施為前提，因此從資訊的取得、編輯、付印、傳送，都應受到新聞自由的保障。所有典型的新聞作業的相關活動，以及使新聞作業運作成為可能的輔助行為，如新聞的採訪、對人的訪問、對人事物的調查、電話訪談、檔案資料搜尋、與新聞通訊社的接觸等；也包括傳播內容不事前的檢查，而對新聞事業或新聞相關職業設立任何的許可制度之禁止；甚德國聯邦憲法法院²⁵³亦認為，對於新聞自由制度性保障實質內涵，包括國家有義務建立關於新聞的規範秩序，以維護其自由，包括自由建立新聞機構、自由選擇新聞作為職業、政府官署有義務對新聞提供資訊、以及國家有義務消除新聞自由可能遭受意見獨占的危險。

故新聞自由在某種程度上，是有自主權之本質內容存在，以避免使現今新聞媒體有動輒得咎、寒蟬效應情況發生，並以落實新聞媒體存在功

²⁵³ 關於明鏡雜誌的判決，轉引自吳庚，前揭書，122頁以下。

能效用，如新聞媒體可使人民若要作政治決定，除可獲全部資訊外，還有認識他人意見機會，並得加以判斷衡量；亦得藉新聞媒體取得資訊、表達立場，並分別呈現多元的公共意見、輿論，而形成人民政治上決定與判斷；且在現今代議政治裡，新聞媒體得成爲彙集人民民意與監督國家政府的管道與工具等功能存在。

第二項 刑法誹謗罪除罪化可能性

以下就刑法第三一〇條第一項、第二項之誹謗罪規定立法，在以法治國刑法原則及角度下，用比例原則²⁵⁴予以檢視，端看其立法是否妥適：

壹、 適當性原則（恣意立法之禁止）

司法院大法官第五〇九號解釋已明示：「惟爲兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式爲合理之限制。刑法第三一〇條第一項及第二項誹謗罪即係保護個人法益而設，爲防止妨礙他人之自由權利所必要，符合憲法第二三條規定之意旨。」，故刑法第三一〇條第一項、第二項之誹謗罪規定立法，目的是欲保障憲法所保障的名譽權，已符合適當性原則要求，即所採限制手段首先必須適合目的的達成。

貳、 必要性（刑罰謙抑思想）

立法者可衡量的因素如下：

一 肯定見解(即考量刑法第三一〇條規定是合憲的因素)

〈一〉民事責任之本質在損害賠償，其目的，在彌補因不法行爲所生之損害，以回復社會之公平，故其基礎，在客觀之實害，以過去之事實爲其客體；刑事責任之本質爲刑罰。其目的在解消犯罪對國民生活基本價值之腐蝕作用，以維持社會秩序，故其基礎，在主觀之惡性，兼以過去之惡行及未來之危險爲其客體。簡言之，前者重在賠償過去之損害，後者重在懲罰惡行以儆來茲。二者各有其領域，不容混淆。雖損害賠償，亦足以杜絕犯罪之慾念，刑罰之科處，亦足使受害者得相當之滿足，然終屬附帶作用，未可視爲本來目的²⁵⁵。

〈二〉從刑罰之目的來看，若以應報理論出發，刑罰之意義，乃在於報

²⁵⁴ 以下比例原則內涵之分類，（一）適當性原則（恣意立法之禁止）；（二）必要性（刑罰謙抑思想）；（三）禁止過度原則（殘虐刑罰禁止原則）。可參考鄭昆山，前揭文，285頁以下。

²⁵⁵ 段重民，刑法總則，2003.8初版，15頁以下。

應行為之惡害，以其痛苦來均衡犯罪人之罪責，而實現正義之理念。若以預防理論為出發，刑罰之意義應在積極預防犯罪之發生，應以預防犯罪為終極目標實施刑罰。刑罰本身並非目的，而是為達預防犯罪之目的所採取之手段。而在一般預防理論下，強調刑罰之所以對社會發揮一般性之作用，乃是經由法律的明示與刑事司法的科處及執行，所造成對社會大眾之威嚇性，而以此達到制止或預防犯罪的目的。

〈三〉雖司法院大法官第五〇九號解釋理由書，「至於限制之手段究應採用民事賠償抑或兼採刑事處罰，則應就國民守法精神、對他人權利尊重之態度、現行民事賠償制度之功能、媒體工作者對本身職業規範遵守之程度及其違背時所受同業紀律制裁之效果等各項因素，綜合考量。以我國現況而言，基於上述各項因素，尚不能認為不實施誹謗除罪化，即屬違憲。況一旦妨害他人名譽均得以金錢賠償而了卻責任，豈非享有財富者即得任意誹謗他人名譽，自非憲法保障人民權利之本意。」，及有學者質疑，此號解釋固然促進我國言論自由的保障，但相對的犧牲受評論者的人格權的保護，此種作法有待省思之見解²⁵⁶。

〈四〉且司法院大法官第五〇九號解釋之蘇俊雄大法官協同意見書中，「對於刑法第三一〇條以下有關誹謗行為之處罰規定，我們可以析繹出立法者就此所為的三項基本權衡決定：（1）立法者首先選擇以刑法規範機制—此種干預強度較大的方式，來保護人民的人格名譽權益，使人格名譽受到侵擾之人民，得以請求國家以刑罰方式制裁相對人，而非僅透過民事賠償制度解決其間之紛爭。（2）立法者藉由第三一〇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。簡言之，其係以言論事實陳述的「真實性」以及「公共利益關連性」兩項標準，對於此際所涉及的基本權衝突情形做了類型區分，並分別做了不同的價值權衡。從而，於言論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，立法者特將之排除於誹謗罪之處罰範圍外；而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。（3）立法者

²⁵⁶ 翁曉玲，前揭文，112頁以下。

另於第三一一條設定多項阻卻違法事由，使法院得據以於個案中就可能的基本權衝突情形，於違法性的判斷上做進一步的衡量決定。…本席認為立法者以事實陳述之「真實性」以及「公共利益關連性」兩項基準進行權衡的作法及其結論，固然具有一定的合理性；但是如過分執著於真實性的判別標準或對真實性為僵硬之認定解釋，恐將有害於現代社會的資訊流通。蓋在社會生活複雜、需求快速資訊的現代生活中，若要求行為人（尤其是新聞媒體）必須確認所發表資訊的真實性，其可能必須付出過高的成本，或因為這項要求而畏於發表言論，產生所謂的「寒蟬效果」。無論何種情形，都會嚴重影響自由言論所能發揮的功能，違背了憲法保障言論自由的意旨。另一方面，如果進而將第三一〇條第三項之規定，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。為避免上開違憲狀態之發生，吾人實應對第三一〇條之處罰範圍做嚴格之認定，而對第三一〇條第三項規定，做取向於合乎憲法意旨的解釋。從而，所言為真實之舉證責任不應加諸於行為人，法院對於系爭言論是否為真實仍有發現之責任；並且對於所謂「能證明為真實」其證明強度不必至於客觀的真實，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，皆應將之排除於第三一〇條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。」。

〈五〉及司法院大法官第五〇九號解釋之吳庚大法官協同意見書中，「惟基於諸多因素，大法官盱衡現階段社會發展實際情況，並未採納時論甚囂塵上之誹謗除罪化主張，而對刑法第三一〇條誹謗罪之構成要件該當性作限縮解釋，在此一前提之下，認為上開刑法條文符合憲法第二三條之比例原則，與憲法保障言論自由之意旨，尚無違背。是本件係以轉換同條第三項涵義之手段，實現對言論自由更大程度之維護同時又不致於宣告相關條文違憲，在解釋方法上屬於典型之符合憲法的法律解釋。…按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。蓋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，顯然有較高之價值。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，刑法第三一一條各款事由，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。」。

二 否定見解(即考量刑法第三一〇條規定是違憲的因素)

〈一〉但在刑法最後手段性要求，即刑法規定的法律效果係所有法律規範中最為嚴厲、具痛苦性、強制性、殺傷性的法律手段。立法上若有刑罰以外之法律效果，亦能有效防制不法時，應避免使用刑罰，否則，輕易動用刑罰權作為制裁的法律效果，會使人民動輒得咎，減低刑法的規範²⁵⁷。且刑法法益是國家與社會所認定應以國家的強制力，予以保護的社會共同生活上不可或缺之生活利益與基本價值²⁵⁸。即刑法規定一定的行為犯罪，並對之科以刑罰，皆是為了保護因犯罪而被侵害的利益與價值。但今名譽法益與生命等法益不同，在於前者有回復與弭平被害人名譽之傷害之可能性，有時並不須科以刑罰制裁必要，故刑法第三一〇條規定是否符合「刑法最後手段性」之要求即有疑問。

亦即民事侵權行為損害賠償手段，如賠償金與回復名譽等方式（亦即賠償金是財產的減損，代表著生活內容得受限，也代表著名譽或地位的受損，且亦得以刊載判決書於報章媒體上回復名譽方式），皆足以回復與弭平被害人名譽之傷害²⁵⁹。

若新聞工作者之新聞報導或評論，在新聞工作者無真正惡意、合理評論等原則之抗辯事由主張時，致個人名譽權之傷害，該個人名譽權之傷害並非是屬終局受損，無可彌補回復之狀態，係不同於剝奪生命等法益是終局受損，無可彌補回復之狀態，故新聞工作者之新聞報導或評論對該個人名

²⁵⁷ 鄭昆山，前揭文，287頁以下。

²⁵⁸ 林山田，前揭書，107頁以下。

²⁵⁹ 有學者亦有相同的看法，其以為名譽受損時，若事實具有回復可能性者，得透過更正聲明、道歉聲明等；若發生無可回復原狀的財產損害時，請求損害賠償；請參閱林三欽，公法上結果除去請求權之研究，收錄於當代公法新論（下），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照，246頁以下。

譽權之傷害可藉事後更正新聞報導或評論，或要求違規媒體播出彌補性節目（這是指違反法規的媒體，應在同一時段播出由相關團體參加的公聽會節目）等方式，予以彌補回復之。

若在並不須科以刑罰制裁之必要時，為何不以以現行民事侵權行為損害賠償手段取代刑事罰金的處斷，如賠償金與回復名譽等方式（亦即賠償金是財產的減損，代表著生活內容得受限，也代表著名譽或地位的受損，且亦得以刊載判決書於報章媒體上回復名譽方式），得予以回復與弭平被害人名譽之傷害，並得藉此節省刑事程序資源的運用。

〈二〉又刑法第三一〇條第一項、第二項之誹謗罪規定之法律效果分別為處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金及處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金，然新聞工作者之新聞報導之方式往往是以文字或圖畫為之，故常是構成刑法第三一〇條第二項之犯罪構成要件。但實務的判決量刑，往往是以短期刑判決之，如九十年度上更字第五三三號臺灣高等法院刑事判決²⁶⁰。

況在司法院大法官第五七二號解釋之許玉秀、城仲模不同意見書中曾言：「刑期之上下限，並非以人類平均壽命為唯一考量，更應考慮特定時空刑罰之執行效能及國家獄政之負擔。刑期長短之比較，亦非以不定期限之無期徒刑為比較準據，刑期之下限與財產刑之執行成效，更屬現代刑事政策決定刑期上限之重要考量依據。對於犯罪人之處遇，基本上乃係對其生命價值之貶抑，而生命價值之長短，無論古今，皆不得單純以生命之物理性長短，作為判定基準。愈重視人類生命價值，處罰時間愈應縮短，且短時間剝奪自由人格，已能充分彰顯對犯罪人生命價值之否定，因此於人權意識益形高張之今日社會，於人類科技能力益形提高之今日社會，刑事政策之走向，傾向於縮短甚至放棄自由刑，多採用罰金制度，而非反其道而行，提高自由刑之法定刑。提高自由刑上限之刑事政策，與保障人權、人權意識提高之時代思潮實屬背道而馳，尤其延長自由刑，必將增加守法人民之稅賦負擔，亦背離講究經濟效能之現代社會發展趨勢，如果守法之人必須於遭到犯罪侵害之後，仍然繼續藉由科處犯罪人自由刑，加重本身

²⁶⁰ 黃 00、林 00 共同散布文字，指摘足以毀損他人名譽之事，黃 00 處有期徒刑伍月，林瑩秋處有期徒刑肆月；如易科罰金，均以 佰元折算壹日。

之經濟負擔，又如何稱得上生命權受到保障？」。

從上可知，既然法院量刑上往往是短期刑，而在短期刑又有不足取之處，應避免短期刑之運用，方可避免受刑人於獄中感染惡習再度危害社會，紓解當前欲滿為患之困境；甚可實現「人道原則」，即人性尊嚴之維護、禁止以人充當為達刑罰目的的工具（如應認知：行為人在刑事司法上係當作一個「人」或倫理道德上獨立自主的人格來加以處理，對他處以刑罰，並非只足把他當作刑罰客體來教育或矯治，或者只是把他當作工具來威嚇其他人。亦即，不可為了達到殺雞儆猴的目的而破壞罪責原則，加重處罰。）、禁止使用殘酷而不人道的法律手段（如應認知：依據人道原則的刑事執行必須尊重受刑人的人格）。因從刑罰之目的來看，在特別預防理論見解下，強調犯罪人之再社會化，刑罰應是促使犯罪人能夠再度適應社會共同生活，成為社會有用成員，刑罰之目的是著眼於使犯罪人個人不至於再犯罪，其中一部分是藉著刑罰的威嚇功能，但同時另外一部分則是藉著相關處遇措施(保安處分)以達到矯正犯罪人之目的。

〈三〉雖司法院大法官第五〇九號解釋並未區分新聞自由與一般言論自由，然新聞自由有其存在之特殊功能應予更多保障²⁶¹才對，就如學者所言，新聞媒體的自由度，往往是判斷一個社會民主開放程度的具體指標。自由的、不受公權力操控、不受事前檢查的新聞業，是自由國家的本質要素；尤其是自由、持續更新出現的政治新聞更是民主不可或缺的。人民若要作政治決定，除必須獲全部資訊外，還須有認識他人意見機會，並得加以判斷衡量，此為新聞媒體功能所在。藉新聞媒體取得資訊、表達立場，並分別呈現多元的公共意見、輿論，而形成人民政治上決定與判斷。且在現今代議政治裡，新聞媒體得成為彙集人民民意與監督國家政府的管道與工具²⁶²；亦有學者²⁶³是認為因新聞工作者、記者的身分，致其言論自由受到特別保障，而形成新聞自由，包括蒐集資料、編輯自由、評論自由等看法。當然，人格是人的第二個生命，政治人物也應有其人格尊嚴；德國大哲學家菲希特在其著名的「自然法的基礎」一書中，曾

²⁶¹ 張嘉尹，前揭文，8頁至9頁。

²⁶² 江嘉琪，前揭文，3頁以下。

²⁶³ 李惠宗，前揭文，第8頁以下。

經明白的指出：「一切權利的本質為人格，國家最先及最高的義務，便是保障國民的人格。這是國家最神聖的義務，與保障人民生命的義務毫無二致」。所以，保障人格的重要已提升為國家的義務；而媒體的新聞自由也是保障國家不淪入獨裁的最有力武器。如何兩者兼顧，以及是否在必要時，司法天秤必須稍微向一方傾斜？也是憲法學者長年討論的重點。合理的推論，也是一個痛苦的決定便是：新聞自由應當具有較大的比重。誠然，面對這種相當「無情」的新聞自由制度，對愛惜羽毛，不容他人隨意誣蔑的從政人士而言，當然情難以堪，也不免忿忿不平，但我們也只能深表同情罷了，也希望法院能夠發現真實，給社會大眾還原事實的真相，同時儘可能給當事人一個公平的交待²⁶⁴。況從新聞傳播的社會功能觀察，民主國家的新聞報導固然講求真實，遺憾的是，真實經常隱晦不明，而且充斥著扭曲與誤解。因此，為了發現真實，新聞媒體確有不得不借重善意欺騙手段的時候。對於篤信新聞自由的人士而言，不受羈絆的採訪活動與多元奔放的報導內容同樣重要；唯有容忍新聞記者側身刺探消息，一些不為人知的重大弊端或不公義現象，才會浮上檯面，接受公眾檢視²⁶⁵。而司法院大法官第五〇九號解釋中，吳庚大法官協同意見書亦是相同意旨，即「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。蓋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，顯然有較高之價值。」，從以上學者等看法下，亦可了解該刑罰規定與言論自由處於緊張對立狀態，可能會發生刑罰之制裁直接限制人身自由，甚造成刑法可能被濫用為政府鎮壓異己的工具。縱使是處以罰金，仍有刑事前科在案，對新聞工作者皆有一定嚇阻效果，且在法院判決確定以前，並不能預知自己會被判刑與否，因此，誹謗刑罰之存在，勢必嚇阻新聞自由發展，形成寒蟬效應。

且從司法院大法官釋字第四七一號解釋文來看比例原則，即「人民身體之自由應予保障，憲法第八條設有明文。限制人身自由之法律，其內容須

²⁶⁴ 陳新民，前揭文。

²⁶⁵ 吳永乾，「刺探新聞」是民主政治必要之惡，中國時報，2001.8.11。

符合憲法第二三條所定要件。保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束其身體、自由等之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。」，故若在並不須科以刑罰制裁之必要時，如新聞工作者僅為初犯，非累犯，且事後亦更正新聞報導或評論，或播出彌補性節目等方式，足予以彌補回復被害人之名譽，在加上新聞自由存在的重要性，此時是否真須以刑罰規定加以制裁約束，而非以新聞媒體自律等方式，是有疑慮空間的。

〈五〉綜上，本文並不否認刑法第三一〇條第一項、第二項之刑事誹謗罪立法有存在之必要，因民事上賠償方式有時無法完全取代刑事制裁手段，但可能有不符合必要性（刑罰謙抑思想），亦即有不屬於不得已的手段，即不是對基本權限制最小的手段之選擇的情事發生。

參、禁止過度原則（殘虐刑罰禁止原則）

刑法第三一〇條第一項、第二項之刑事誹謗罪立法已不符合必要性（刑罰謙抑思想），而不符合比例原則之要求，故不用在判斷是否符合禁止過度原則（殘虐刑罰禁止原則），亦即達成目的所獲得的利益須大於對私人基本權所造成的損害之層面。

綜上，本文認為刑法第三一〇條第一項、第二項之刑事誹謗罪立法，在就新聞自由的憲法保障之要求下，是有違憲的可能（即違反比例原則之要求），若能在**未來法制因應興革**下，尚須加以修正，而不同於司法院大法官第五〇九號解釋認為法第三一〇條第一項、第二項之刑事誹謗罪立法是合憲的立法規定，也就是說，在以嚴格審查基準來認定刑法第三一〇條誹謗罪是否違反憲法第二三條的比例原則下，刑法第三一〇條第一項、第二項之刑事誹謗罪立法是有不符合憲法第二三條的比例原則（即其下位概念必要性－刑罰謙抑思想）的情事發生，亦即有不符立法者所追求目的須是相當急迫且常重要的政府利益，且手段必須是最小侵害手段的可能性。

第三項 未來法制因應興革之道

綜上所述，本文認為在憲法比例原則（即經比例原則的下位規範，適當

性原則（恣意立法之禁止）、必要性（刑罰謙抑思想）、及禁止過度原則（殘虐刑罰禁止原則）三階段審查而言）的要求下，刑法第三一〇條第一項、第二項之刑事誹謗罪立法，在就新聞自由的憲法保障之要求下，是有違憲的可能情事（即違反比例原則之要求），而不同於司法院大法官第五〇九號解釋認為法第三一〇條第一項、第二項之刑事誹謗罪立法是合憲的立法規定。

但本文並不認為新聞自由可無限上綱的主張，而置個人名譽權於不顧，反而提出以下看法，作為未來法制因應興革之參考：

壹、民事訴訟程序之採用

若個人自覺個人名譽權因新聞報導或評論而受損，可對負責撰稿的記者，還可以對審核新聞稿的編輯，甚社長或發行人知情或曾參與審核該新聞稿時，亦可一併在民事訴訟程序提出控告。而實體法依據為民法第一八條、第一八四條、及第一九五條等請求權基礎，可請求損害賠償、慰撫金、及以刊載判決書於特定報章媒體為回復名譽方式等，藉此弭平個人名譽權之傷害。

貳、加強新聞評議會之權限

在支持民間監督媒體團體下，其中新聞評議會對違反新聞道德之新聞、評論、節目及廣告，除了會主動審查外，還接受各界人士的陳訴或檢舉，可參照新聞評議會處理陳訴案及檢舉案第二條規定即可得知，然而我國新聞評議會僅有「對評議案件決議，各單位有刊載或播報業務，」等權限，可說純為精神制裁，缺乏強制力、制裁媒介權力；以致於在這種情形下，新聞評議會可能對比較願意遵守倫理原則的新聞機構及記者較具影響力，對違反新聞倫理嚴重、最需要譴責與制裁的新聞機構與記者，反而沒有太大的約束力量。所以當務之急，理應制定法規賦予新聞評議會必要的權限，如除名、停止職務、更正錯誤聲明及道歉聲明、使權利受侵害者有相同提出及答辯機會、發表意見等方式。

參、消費者團體

從維護社會大眾權益的角度來看，無論向評議會陳訴或以民事訴訟程序主張公平正義，都是消極的維護權益方法。這些方法通常都在錯誤已經發生後，大眾才能採取救濟行動。比較積極的方法，是以消費者團體（類似

消費者文教基金會)等組織的力量來影響新聞媒體,甚可提起公益團體不作爲之訴,如民事訴訟法第四四之三條規定,「以公益爲目的之社團法人或財團法人,經其目的事業主管機關許可,於章程所定目的範圍內,得對侵害多數人利益之行爲人,提起不作爲之訴。前項許可及監督辦法,由司法院會同行政院定之。」²⁶⁶,有學者²⁶⁷認爲該公益團體不作爲之訴應定位爲法定訴訟擔當法理,以貫徹訴訟經濟、武器平等諸原則要求,亦即不承認集團性制止請求權之歸屬主體應屬於公益團體。

且在新聞媒體與社會大眾間關係是存有消費關係(亦即一般社會大眾是以單純供最終消費使用爲目的,而非其目的主要是供執行業務或投入生產使用,也就是一般社會大眾是以基於個人或家庭需要之非營業性目的爲消費。)²⁶⁸,且新聞媒體亦是企業經營者,況新聞媒體所爲的新聞報導或評論亦有可能歸類爲商品或服務內,如報章等新聞媒介方式就是爲有體物,符合商品涵義的範疇要件²⁶⁹(即消費者保護法第二條第一款規定,消費者:指以消費爲目的而爲交易、使用商品或接受服務者;另消費者保護法施行細則第四條規定,本法第七條所稱商品,指交易客體之不動產或動產,包括最終產品、半成品、原料或零組件。),故所涉及的紛爭,理當有消費者保護法的適用,如消費者保護法第四九條²⁷⁰、第五〇條²⁷¹,及第

²⁶⁶ 該條 2003.1.14 增訂理由:因公害、商品瑕疵或其他事故所生之危害,有時具繼續性、隱微性或擴散性,其受害人常不知或無力獨自訴請排除侵害,致社會大眾權益持續受損而無從制止,實有必要擴大公益法人之功能,使其得以自己名義對侵害多數人利益之行爲人提起不作爲之訴。

²⁶⁷ 許士宦,集團利益保護程序之新開展-以團體不作爲訴訟之一般化爲契機,司法周刊,1149 期,2003.9.3,第二版。

²⁶⁸ 曾品傑,論消費者之概念-最高法院相關判決評釋,台灣本土法學第 49 期,2003.8 月版,155 頁以下。

²⁶⁹ 杜怡靜,度假村會員權糾紛與消費者保護法第一九條無條件解約權之適用,月旦法學雜誌 102 期,2003.11 月版,213 頁以下。

²⁷⁰ 消費者保護法第四九條規定,消費者保護團體許可設立三年以上,申請消費者保護委員會評定優良,置有消費者保護專門人員,且合於下列要件之一,並經消費者保護官同意者,得以自己之名義,提起第五十條消費者損害賠償訴訟或第五十三條不作爲訴訟:

〈1〉社員人數五百人以上之社團法人。

〈2〉登記財產總額新臺幣一千萬元以上之財團法人。

消費者保護團體依前項規定提起訴訟者,應委任律師代理訴訟。受委任之律師,就該訴訟,除得請求預付或償還必要之費用外,不得請求報酬。消費者保護團體關於其提起之第一項訴訟,有不法行爲者,許可設立之主管機關應廢止其許可。

消費者保護團體評定辦法,由消費者保護委員會另定之。

²⁷¹ 消費者保護法第五〇條規定,消費者保護團體對於同一之原因事件,致使眾多消費者受害時,得受讓二十人以上消費者損害賠償請求權後,以自己名義,提起訴訟。消費者得於言詞辯論終結前,終止讓與損害賠償請求權,並通知法院。

前項訴訟,因部分消費者終止讓與損害賠償請求權,致人數不足二十人者,不影響其實施訴訟之權能。

第一項讓與之損害賠償請求權,包括民法第一百九十四條、第一百九十五條第一項非財產上之損害。

前項關於消費者損害賠償請求權之時效利益,應依讓與之消費者單獨個別計算。

消費者保護團體受讓第三項所定請求權後,應將訴訟結果所得之賠償,扣除訴訟及依前條第二項規定

五一條²⁷²等。

肆、 要求新聞媒體本身

如要求業者自行訂定自律辦法、提高違規罰款金額、強化累進違規記點制與換照審查、推動媒體素養教育、甚至要求違規媒體播出彌補性節目(這是指違反法規的媒體，應在同一時段播出由相關團體參加的公聽會節目)等方式。



支付予律師之必要費用後，交付該讓與請求權之消費者。
消費者保護團體就第一項訴訟，不得向消費者請求報酬。

²⁷² 消費者保護法第五一條規定，依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。

第七章 結論

本文認為新聞自由的憲法根據為憲法第一一條言論自由，其理由除上述外，司法院大法官釋字第五〇九號解釋並也是以憲法第一一條之言論自由為憲法的根據《我國司法院大法官第五〇九號解釋雖文中僅言「言論自由」而已，但本件釋字聲請人（即具有原審確定判決的被告身分）卻是新聞工作者，且新聞自由亦是同與言論自由是以憲法第一一條為依據，再加上新聞自由與言論自由性質上往往有重疊之處（所以有學者²⁷³是認為因新聞工作者、記者的身分，致其言論自由受到特別保障，而形成新聞自由，包括蒐集資料、編輯自由、評論自由等看法。），故就新聞自由的解釋，理當亦可依本號解釋而加以闡釋為之。》。且在本文亦採第四權理論見解下，即認為新聞自由為一種獨立於言論自由以外的一種基本權利，認為新聞自由包括：設立新聞媒體事業的權利、蒐集資訊的權利、不揭露資訊來源的權利、編輯權利、傳播散發資訊的權利等；以落實保障新聞媒體的獨立性及完整性，以維持新聞媒體自主性，使其能提供未被政府控制或影響的資訊、意見及娛樂，以促使人們對政府及公共事務的關心，並進而引起公眾討論，而能善盡監督政府等功能。

而本解釋雖認為法第三一〇條第一項、第二項之刑事誹謗罪立法是合憲的立法規定，但亦認為「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者，即不能以誹謗罪之刑責相繩…」的見解（或採主觀說的見解），故新聞工作者的新聞報導、評論在此解釋下，只要新聞工作者本其專業，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，而是依其所提證據資料，認為有相當理由確信其為真實時，或者符合刑法第三一一條要件時，皆應將之排除於第三一〇條之處罰範圍外，如此對新聞工作者的新聞自由作如此大保障，理應無動輒得咎致寒蟬效果情事。

本文並不否認刑法第三一〇條第一項、第二項之刑事誹謗罪立法有存在之必要，因民事上賠償方式有時無法完全取代刑事制裁手段，然本文卻是認為刑法誹謗罪是有違憲的可能性，若能在未來法制因應興革下，尚須加

²⁷³ 李惠宗，前揭文，第8頁以下。

以修正，也就是說，在以嚴格審查基準來認定刑法第三一〇條誹謗罪是否違反憲法第二三條的比例原則下（理由如文中所述：為避免使現今新聞媒體有動輒得咎、寒蟬效應情況發生，並以落實新聞媒體存在功能效用，如新聞媒體可使人民若要作政治決定，除可獲全部資訊外，還有認識他人意見機會，並得加以判斷衡量；亦得藉新聞媒體取得資訊、表達立場，並分別呈現多元的公共意見、輿論，而形成人民政治上決定與判斷；且在現今代議政治裡，新聞媒體得成為彙集人民民意與監督國家政府的管道與工具等功能存在，始新聞自由在某種程度上，是有自主權之本質內容存在…），故刑法第三一〇條第一項、第二項之刑事誹謗罪立法有不符合憲法第二三條的比例原則（即其下位概念必要性－刑罰謙抑思想）可能情事，亦即不符合立法者所追求目的須是相當急迫且常重要的政府利益，且手段必須是最小侵害手段（理由不外乎：〈1〉在刑法最後手段性要求；〈2〉而民事侵權行為損害賠償手段，如賠償金與回復名譽等方式，皆足以回復與弭平被害人名譽之傷害。故新聞工作者之新聞報導或評論對該個人名譽權之傷害可藉事後更正新聞報導或評論，或要求違規媒體播出彌補性節目（這是指違反法規的媒體，應在同一時段播出由相關團體參加的公聽會節目）等方式，予以彌補回復之。〈3〉既然法院量刑上往往是短期刑，而在短期刑又有不足取之處，以現行民事侵權行為損害賠償手段取代刑事罰金的處斷，得予以回復與弭平被害人名譽之傷害，並得藉此節省刑事程序資源的運用，且避免短期刑之運用，可避免受刑人於獄中感染惡習再度危害社會，紓解當前欲滿為患之困境。甚可實現「人道原則」，即人性尊嚴之維護、禁止以人充當為達刑罰目的的工具、禁止使用殘酷而不人道的法律手段；即從刑罰之目的來看，在特別預防理論見解下，強調犯罪人之再社會化的必要。〈4〉新聞自由有其存在之特殊功能應予更多保障才對，就如學者所言，新聞媒體的自由度，往往是判斷一個社會民主開放程度的具體指標。自由的、不受公權力操控、不受事前檢查的新聞業，是自由國家的本質要素；尤其是自由、持續更新出現的政治新聞更是民主不可或缺的。人民若要作政治決定，除必須獲全部資訊外，還須有認識他人意見機會，並得加以判斷衡量，此為新聞媒體功能所在。藉新聞媒體取得資訊、表達立場，並分別呈現多元的公共意見、輿論，而形成人民政治上決定與判斷。

且在現今代議政治裡，新聞媒體得成爲彙集人民民意與監督國家政府的管道與工具等理由下，新聞自由應當具有較大的比重。)，就如同學者所說，面對這種相當「無情」的新聞自由制度，對愛惜羽毛，不容他人隨意誣蔑的從政人士而言，當然情難以堪，也不免忿忿不平，但我們也只能深表同情罷了，也希望法院能夠發現真實，給社會大眾還原事實的真相，同時儘可能給當事人一個公平的交待²⁷⁴。

且本文亦不認爲新聞自由可無限上綱的主張，而置個人名譽權於不顧，並提出以下看法，作爲未來法制因應興革之參考：建議分別在民事訴訟程序之採用、以法規加強新聞評議會之權限、消費者團體及新聞媒體本身等四方面作爲未來法制因應興革首要的任務，避免使現今新聞媒體有動輒得咎、寒蟬效應情況發生，並以落實新聞媒體存在功能效用，如新聞媒體可使人民若要作政治決定，除可獲全部資訊外，還有認識他人意見機會，並得加以判斷衡量；亦得藉新聞媒體取得資訊、表達立場，並分別呈現多元的公共意見、輿論，而形成人民政治上決定與判斷；且在現今代議政治裡，新聞媒體得成爲彙集人民民意與監督國家政府的管道與工具等功能存在。亦即本文認爲新聞工作者、記者的新聞自由基本權應作最大限度保障，就算刑法誹謗罪如同司法院大法官第五〇九號解釋所認爲是合憲的立法規定，本文亦認爲刑法第三一〇條第三項應屬於不法要件（無論爲構成要件或違法性）之學說見解時，甚至如同司法院大法官釋字第五〇九號解釋解釋文中：「行爲人雖不能證明言論內容爲真實，但依其所提證據資料，認爲行爲人有相當理由確信其爲真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩。」之（主觀說）見解；且亦認爲刑法第三一一條規定是阻卻構成要件事由，非如同司法院大法官第五〇九號解釋所認爲該條是阻卻違法事由。

²⁷⁴ 陳新民，前揭文。

補充資料

壹、 著作

- 1、 山口厚，刑法各論，1999.12.30 一版一刷。
- 2、 中森喜彥，刑法各論第二版，1996.3 月二版一刷。
- 3、 分類小六法 刑法、刑事訴訟法，元照出版有限公司，2003.3 月版。
- 4、 王洪鈞，新聞報導學，正中書局，2000.9 月初版。
- 5、 平川宗信，名譽毀損罪，刑法基本講座第六卷，各論の諸問題，1993.5.20.初版一刷。
- 6、 平川宗信，名譽毀損罪と表現の自由，昭和 58 年.8.30 初版一刷。
- 7、 甘添貴，「體系刑法各論（一）」，2001.再版。
- 8、 佐藤幸治，第 13 條個人の尊重，幸福追求權，浦部法穂 - 中村睦男 - 佐藤幸治 - 樋口陽一，註解法律學全集 1 憲法 I，青林學院，1994。
- 9、 吳庚，憲法的解釋與適用，三民書局總經銷，2003.4 月初版。
- 10、 李惠宗，憲法要義，元照出版 2001.8 月初版。
- 11、 李瞻，新聞學，三民書局，1999.4 月。
- 12、 沈征郎，實用新聞 - 編採寫作，聯經出版，2003.6 月 21 刷。
- 13、 周慶祥、方怡文，新聞採訪寫作，風雲論壇出版，2003.7 月版。
- 14、 林子儀，言論自由與新聞自由，元照出版公司，1993.9 初版。
- 15、 林子儀，言論自由導論，收錄於李鴻禧等著，台灣憲法之縱剖橫切，2002，元照出版。
- 16、 林山田，犯罪問題與刑事司法，台灣商務印書館出版，1982。
- 17、 林山田，刑法各罪論（上），1999 版。
- 18、 林山田，刑法的革新，學林文化事業有限公司，2001.08。
- 19、 林山田，刑法通論（上），自版，2002.11。
- 20、 林山田，刑罰學，台灣商務印書館出版，，1982。
- 21、 林承宇，菸品廣告規範之研究，政治大學廣播電視學研究所碩士論文，2002。
- 22、 林東茂，刑法綜覽，2002 年。
- 23、 林紀東，中華民國憲法逐條釋義（一），三民書局，1982。

- 24、 法治斌，法治國家與表意自由，2003.正典出版。
 - 25、 法治斌、董保城合著，憲法新論，2003 初版。
 - 26、 前田雅英，名譽毀損と真實性の證明，刑法演習講座，1991.4.30. 一版一刷。
 - 27、 段重民，刑法總則，2003.8 初版。
 - 28、 胡幼偉譯（Carl Hausman 著），良心危機-新聞倫理學的多元觀點，五南，1995。
 - 29、 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照出版有限公司，2003.2 月初版。
 - 30、 陳志龍，法益與刑事立法，國立台灣大學法律叢書（61），自版，1997。
 - 31、 堀內捷三，真實性の錯誤，刑法の爭點，平成 12 年 11.30 第三版。
 - 32、 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照出版有限公司，2003 年 5 月初版一刷。
 - 33、 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版有限公司，2003 年 5 月初版一刷。
 - 34、 廖義男，公平交易法之理論與立法…公平交易法修正重點與理由，自版，1995.10。
 - 35、 褚劍鴻，刑法分則釋論（下），1990。
 - 36、 樊志育，廣告設計學，1992，三民。
 - 37、 潘邦順譯（Ray Eldon Hiebert、Donald F.Ungurait、Thomas W. Bohn 等合著），大眾媒介與社會，風雲論壇出版，1996。
 - 38、 潘家慶、媒介理論與現實，天下文化，1991。
 - 39、 蔡敦銘，刑法總則，修訂五版。
 - 40、 鄭昆山，圖解法治國刑法入門（上）…犯罪理論解析，自版，2001.09。
 - 41、 樋口陽一、吉田善明編，解說世界憲法集，4 版，三省堂，2001。
- 貳、 期刊、論文
- 1、 中時社論，一項令人惋惜的判決！中國時報，2004.4.30。
 - 2、 日本最高法院一九八一年（昭和 56）四月一六日第一小法庭判

- 決，刑集 35 卷 3 號。
- 3、 甘添貴，刑法謙抑思想，月旦法學雜誌 24 期，1997.05。
 - 4、 甘添貴，言論自由與妨害名譽，台灣本土法學 14 期，2000.9 月版。
 - 5、 立法院公報，第 88 卷，第 5 期，院會紀錄。
 - 6、 立法院公報，第 92 卷，第 57 期，院會紀錄。
 - 7、 立法院公報，第 93 卷，第 6 期，院會紀錄。
 - 8、 江嘉琪，論新聞自由，法學講座第 26 期。
 - 9、 自由時報，社會話題，第一九頁，2004.2.3。
 - 10、 自由時報，焦點新聞，第二頁，2004.4.30。
 - 11、 自由時報，焦點新聞，第五頁，2004.4.28。
 - 12、 吳永乾，「刺探新聞」是民主政治必要之惡，中國時報，2001.8.11。
 - 13、 吳永乾，美國誹謗法所稱真正惡意法則的研究，國立中正大學法學集刊，15 期，2004.04。
 - 14、 呂郁女，新聞自由與國家形象，中央日報 2003.04.26 觀念世界。
 - 15、 李仁淼，表現自由與名譽毀損－評台灣高等法院九一年度上訴字第一〇八三號刑事判決，月旦法學雜誌，113 期，2004.10。
 - 16、 李建良，外國人權利保障的理念與實務，台灣本土法學，48 期，2003.7 月。
 - 17、 李建良，菸品標示「吸菸有害健康」的憲法問題，台灣本土法學，第 9 期，2000.4 月。
 - 18、 李建良，藥物廣告的限制及其合憲性，台灣本土法學，第二八期，2001.11 月。
 - 19、 李惠宗，愛刺探秘密的記者，月旦法學教室第 68 期，2001.1。
 - 20、 李惠宗，論新聞自由與隱私權的衝突－愛滋病學童案，台灣本土法學第 3 期，1999.8 版。
 - 21、 杜怡靜，度假村會員權糾紛與消費者保護法第一九條無條件解約權之適用，月旦法學雜誌 102 期，2003.11 月版。
 - 22、 林三欽，公法上結果除去請求權之研究，收錄於當代公法新論（下），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照。
 - 23、 林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊 2 卷 8 期。

- 24、 林子儀，新聞自由與誹謗－一個嚴肅的憲法課題，全國律師 5 月號，86.5.15 出版。
- 25、 林山田，各種刑罰理論及其批評，刑事法雜誌，第 17 卷第 3 期。
- 26、 林天財，從公眾論壇角度解讀新聞誹謗罪之構成要件－一項以媒體有無詳實查證義務的觀察，律師雜誌，1998.2.15 出版。
- 27、 林世宗，寒蟬效應 籠罩新聞界，中國時報，2004.4.30。
- 28、 林永頌、翁雅欣，媒體從業人員與誹謗－自律還是他律，全國律師 5 月號。
- 29、 林東茂，刑事政策與自由主義，收錄於甘添貴教授祝壽論文集－刑事法學之理想與探索（四），學林文化事業有限公司，2002.3 月一版。
- 30、 林鈺雄，刑法總則：第七講 主觀不法構成要件（下）－構成要件故意與錯誤，月旦法學教室 16 期，2003.1 月版。
- 31、 林鈺雄，從肇事逃逸罪看實體法與訴訟法的連動性-評最高法院八十九年度台上字第七六二二號、九十一年度台上字第一三七號刑事判決，月旦法學 94 期，2003.3 月版。
- 32、 林鈺雄，構成要件概念與學說，月旦法學教室，第 10 期。
- 33、 林鈺雄，肇事逃逸罪之成立要件，法學講座 10 期，2002.10。
- 34、 林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明，台大法學論叢 32 卷 2 期，2003.3 月。
- 35、 法治斌，保障言論自由的遲來正義－評司法院大法官釋字第五〇九號，月旦法學雜誌 65 期，2000.10。
- 36、 法治斌，誹謗罪除罪化勢在必行，律師雜誌，87.2.15 出版。
- 37、 柯耀程，表意犯的迷失－台北地方法院八十八年度易字第二六五七號判決暨台灣高等法院八十九年度上易字第一五四號判決評釋，月旦法學雜誌，第 69 期，2001.2 月版。
- 38、 柯耀程，檢視刑法誹謗罪之正當性-從釋字第五〇九號解釋與新新聞案之觀察，月旦法學雜誌，第 111 期，2004.08。
- 39、 段重民，媒體之新聞報導與誹謗－報導與評論之界限？，全國律師 5 月號，1997.5.15 出版。

- 40、 翁曉玲，新聞報導自由與人格保護-從我國與德國釋憲機關對新聞報導自由解釋之立場談起，收錄於當代公法新論（上），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照。
- 41、 高金桂，刑事政策上關於犯罪化與除罪化問題，東海法學研究 10 期，1996.03。
- 42、 高金桂，論刑法對個人名譽保護之必要性及其界限，收錄於甘添貴教授祝壽論文集 - 刑事法學之理想與探索（二），學林文化事業有限公司，2002.3 月一版。
- 43、 張永明，從我國與德國釋憲機關之相關解釋與裁判論新聞傳播自由之界線與我國新聞傳播之立法，收錄於憲法解釋之理論與實務第三輯，中央研究院中山人文社會科學研究所專書（52）。
- 44、 張訓嘉，言論自由與公眾人物之名譽，律師雜誌 2 月，第 221 期，。
- 45、 張嘉尹，內部新聞自由的可能性及其界限，台灣本土法學 37 期，2002.8 月。
- 46、 張錦華，新聞自律的明天在哪裡？，2003.10.23，大紀元 10 月 23 日訊。
- 47、 張麗卿，羅貫中「三國演義」 - 好心沒好報 - 誤想防衛，法學講座 14 期，2003.2 月版。
- 48、 許士宦，集團利益保護程序之新開展 - 以團體不作為訴訟之一般化為契機，司法周刊，1149 期，2003.9.3，第二版。
- 49、 許玉秀，被利用人之禁止錯誤與墮胎加重結果罪，台灣本土法學 27 期，2001.10 月版。
- 50、 許宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於戰鬥的法律人-林山田教授退休祝壽論文集，2004.01。
- 51、 許宗力，基本權利：第五講 基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室第 9 期，。
- 52、 許宗力，基本權利：第六講 基本權的保障與限制（下），月旦法學教室第 14 期；
- 53、 許宗力，基本權利：第六講 基本權的保障與限制（上），月旦法學教室第 11 期。

- 54、許宗力，基本權利：第四講 基本權利對國家權力的拘束，月旦法學教室第 7 期。
- 55、許宗力，基本權的功能〈基本權利：第二講〉，月旦法學教室，第 2 期。
- 56、許宗力，基本權起源〈基本權利：第一講〉，月旦法學教室，創刊號。
- 57、許宗力，論法律保留原則，法與國家權力，第二版。
- 58、陳志龍，刑法的法益概念(中)，台大法學論叢，17 卷 2 期，1998。
- 59、陳志龍，錯誤與逆轉錯誤，萬國法律 112 期，2000.8 月版。
- 60、陳春生，談外國人的基本權利，月旦法學教室，16 期。
- 61、陳新民，由「亞洲週刊案」誹謗無罪看「新新聞誹謗案」，憲政(評) 090-018 號，智庫出版品，財團法人國家政策研究基金會。
- 62、最大判昭和 44.6.25 刑集 23 卷 7 號。
- 63、最判昭和 34.5.7 刑集 13 卷 5 號。
- 64、曾品傑，論消費者之概念 - 最高法院相關判決評釋，台灣本土法學第 49 期，2003.8 月版。
- 65、廖正豪，論妨害名譽之研究(上)，刑事法雜誌 40 卷 4 期，6 頁以下。
- 66、管中祥，公共化才能還媒於民，December 17, 2003，引於台灣媒體觀察教育基金會 公共化才能還媒體於民。
- 67、蔡茂寅，預算之主決議與附帶決議之效力，台灣本土法學，57 期，2004.4 月。
- 68、鄭昆山，通姦犯罪在法治國刑法的思辯 - 評釋字第五五四號解釋，月旦法學雜誌第 105 期，2004.2 月版。
- 69、鄭昆山，誣告反坐在特別刑法的法治國原則思辯 - 評大法官釋字第五五一號解釋，月旦法學雜誌第 93 期，2003.2 月版。
- 70、鄭逸哲，解剖誹謗罪之構成要件，月旦法學 83 期，2002.4 版。
- 71、薛智仁，論肇事逃逸罪之致人於死傷要素 - 瓶台灣高等法院台南分院九十一年度交上訴字第九五四號判決，台灣本土法學 52 期，2003.11 月版。

- 72、 謝庭晃，論日本法上名譽毀損罪之立法變遷與言論自由，收錄於甘添貴教授祝壽論文集－刑事法學之理想與探索（二），學林文化事業有限公司，2002.3 月一版。
- 73、 藤木英雄，真實性の誤性と名譽毀損罪，法學協會雜誌，86 卷 10 號，昭和 44 年。