

釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的

本院因審理臺灣高等地方法院 108 年度上易字第 770 號被告魏仲鑫、109 年度上易字第 552 號被告劉素梅被訴公然侮辱罪案件，對於應適用的刑法第 309 條，認有牴觸憲法疑義，爰裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律及決議違憲之具體理由，聲請司法院大法官審查解釋。大法官如欲就釋字第 509 號解釋有所補充甚或變更，更是聲請人所樂見。

貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

一、疑義之經過

魏仲鑫案（以下稱第一案）、劉素梅案（以下稱第二案）第一審法院均判決成立刑法第 309 條的公然侮辱罪，魏案被判處罰金新臺幣 5 千元、劉案判處罰金 2 千元。雖僅為罰金刑，但被告 2 人均堅持上訴主張自己的言論自由基本權。

第一案的第一審法院（臺北地方法院 107 年度易字第 1188 號）就檢察官起訴事實認定有罪如下：魏仲鑫於民國 107 年 6 月 12 日上午 9 時 35 分許，騎乘車牌號碼 號重型機車搭載女友范芮瑄，沿臺北市 區 路由南往向北方向，行駛至三民路 35 巷口時，適有陳柔璇駕駛之車牌號碼 號營業用小客車欲自對向車

道迴轉，魏仲鑫見狀即鳴喇叭示警，惟陳柔璇仍駕車迴轉駛入魏仲鑫所在車道。魏仲鑫因認陳柔璇所駕車輛為轉彎車，非但未打方向燈，亦未禮讓其直行車先行，而心生氣憤，竟基於公然侮辱之犯意，於陳柔璇迴轉至其所在車道而靠近其所騎機車之際，在不特定人均可共見共聞之往來車道上，公然朝陳柔璇辱罵「幹你娘」等語，旋即加速超越陳柔璇所駕車輛並向前行駛，陳柔璇不堪受辱，亦駕車自後方加趕魏仲鑫並長鳴喇叭，待兩車駛至三民路 110 巷口時，魏仲鑫又接續前開犯意，轉頭向後方之陳柔璇比中指後，隨即靠右離去，而以前述方式侮辱陳柔璇，足以貶損其人格及社會評價。

第二案的第一審法院（士林地方法院 106 年度易字第 671 號）就檢察官起訴事實認定有罪如下：劉素梅前於民國 87 年間遭時任高雄地高雄地檢署檢察官林在培飭警拘提到案，因認該拘提程序未合規定，復見報紙於 101 年 2 月 18 日登載林在培稱「當年劉婦屢傳不到才拘提」等語，認林在培所述與事實不符，而心生不滿，基於公然侮辱之犯意，於 106 年 4 月 17 日 11 時許，在不特定人得以共見共聞之士林地檢署大門前對面之早餐店外，以旗桿 5 支豎立書寫「法律人不忠法律比畜生還不如林在培現主任檢察官厚顏無恥不公不義請拿出屢傳不到證明來面對劉素梅」等文字之白布條。其中以「比畜生還不如」等語公然侮辱林在培，足以貶損其名譽及社會評價。但第一審法院認

為其中「厚顏無恥」等語，則是基於告訴人林在培所稱其「屢傳不到」等語所為的評論，與事實陳述具有緊密關聯性，縱使其所言粗俗使告訴人感到不快，亦不應以公然侮辱刑責相繩，檢察官起訴此部分犯行與前述論罪科刑部分有實質上一罪關係，而不另為無罪之諭知。

第一案被告上訴主張告訴人駕車違規迴轉驚嚇到其與女友，因而無意識罵一句口頭禪「幹你娘」；告訴人再向後逼車並長按喇叭，被告與女友第二次被驚嚇，被告因而又下意識直接反應比出中指，並無針對任何人，應改判無罪。第二案被告上訴主張因為 87 年間未經傳喚就遭林在培檢察官違法拘提，經向監察院陳情後，林檢察官還被當時任職機關書面警告，林檢察官卻在報紙上仍指稱當年是被告屢傳未到才會拘提。舉白布條是要呼籲林檢察官出面對質，「法律人不忠法律比畜生還不如」是社會評論，法律人受崇高教育，法律常識專業，不應該欺瞞自己所學來法律違背自己的良心作事，違背者就是不忠法律「比畜生還不如」，是對那些不法的人講，不是針對告訴人個人，人民有言論自由評論等語。

一個是因為行車糾紛，被告對於明顯違反交通規則驚嚇到他與女友的計程車司機，就算很自然的出於咒罵對方，不僅是最基本的人性反應，更是憲法保障言論自由的真諦；一個更是人民出於對公權力的監督，即使是基於自身對於特定公務員（檢察官）的不滿情緒，因為

自認檢察官先是罔顧法律侵害其人權，繼又公然說謊不願認錯，所以拉布條抗議的言論。

二、疑義之性質及涉及之憲法條文

原因案件涉及的刑法第 309 條規定在刑法分則第 27 章「妨害名譽及信用」罪章，而妨害名譽罪章中之犯罪，不論誹謗罪或公然侮辱罪，都是國家以刑罰公權力，處罰人民的「言論」，這樣的刑罰規定是否牴觸憲法第 11 條保障的言論自由基本權，而有違反比例原則的疑慮，向來為學說及實務上所爭論。

按言論自由、出版自由為民主憲政之基礎，司法院大法官議決釋字第 364 號、第 407 號解釋理由書明白談到。又憲法第 11 條規定，人民有言論、講學、著作及出版之自由，與憲法第 14 條規定人民有集會之自由，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之基本人權。

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，大法官釋字第 445 號、708 號解釋理由書亦多所宣示。前大法官吳庚更於司法院大法官議決釋字第 407 號解釋協同書中發人深省地表明：允許人民公開發表言論、自由表達其意見，

乃社會文明進步與閉鎖落後之分野，亦唯有保障各種表現自由，不同之觀念、學說或理想始能自由流通，如同商品之受市場法則支配（所謂「言論思想之自由市場理論」marketplace-of-ideas theorie），經由公眾自主之判斷與選擇，去蕪存菁，形成多數人所接受之主張，多元民主社會其正當性即植基於此。又民主社會之存續及發展有賴於組成社會之成員的健全，一個國民祇有於尊重表現自由之社會生活中，始能培養其理性及成熟之人格，而免遭教條式或壓抑式言論之灌輸，致成為所謂「單向人」。憲法上表現自由既屬於個人權利保障，亦屬於制度的保障，其「保障範圍不僅包括受多數人歡迎之言論或大眾偏好之出版品及著作物，尤應保障少數人之言論。蓋譁眾取寵或曲學阿世之言行，不必保障亦廣受接納，唯有特立獨行之士，發為言論，或被目為離經叛道，始有特加維護之必要，此乃憲法保障表現自由真諦之所在」等語。

89年7月7日司法院大法官釋字第509號解釋，特別針對刑法第310條誹謗罪的處罰與言論自由基本權的關係著有解釋。大法官認為前述刑罰規定，係為防止妨礙他人自由權益所必要，與憲法第23條所定之比例原則尚無違背。解釋文稱（略以）：「言論自由為人民之基本權利，憲法第11條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功

能得以發揮。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 310 條第 1 項及第 2 項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要，符合憲法第 23 條規定之意旨」。

大法官基於「合憲解釋原則」的態度肯定誹謗罪的合憲性，用心良苦。大法官為免人民言論自由之基本權利，遭受國家無端以刑罰權加以干預或限制，亦援引刑法第 310 條第 3 項前段之規定，認該條項前段所稱「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」等語，係以指摘或傳述足以毀損他人名譽事項之行為人，其言論內容與事實相符者為不罰之條件，其「並非謂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」等語（參見該解釋文及解釋理由書），賦予刑法第 310 條第 3 項之規定，具有類似（民事上）舉證責任及（刑事上）舉證義務轉換之效果。

亦即民事上之原告，或刑事上之公訴檢察官、自訴人等，如欲提出此項誹謗罪之名譽賠償或刑事追訴，應負有舉證責任，證明被告具有「故意毀損他人名譽」之意圖。

換言之，大法官認為名譽受到某發表言論之人侵害者，必須能夠證明發表言論者具有「真正惡意」，亦即發表言論者於發表言論時，明知所言非真實或過於輕率疏忽而未探究所言是否為真實，此種不實內容之言論才要受到法律制裁或負擔賠償責任。

簡言之，就是承認名譽權的法益概念，然而，正如德國學者所言：名譽是刑法體系中最難掌握，以致最難有效保護的法益¹。名譽權的內涵又是甚麼？憲法層次的言論自由權，遇上是否為憲法層次的名譽權，尤其國家動用刑罰權侵害或限制言論自由，以保障名譽權，是否違反憲法第 23 條的比例原則？

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、妨害名譽罪的言論類型—「誹謗」及「侮辱」言論

關於「誹謗」及「侮辱」言論的區別標準，學說多以刑法第 310 條第 1 項誹謗罪之構成要件「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損

¹ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT-1, §24 Rn.1.轉引自許澤天，刑法各論(二)人格法益篇，251 頁。

他人名譽之【事】」，而將「言論」區分為「事實陳述」及「意見表達」二種。

此種區別早有實務依據，司法院院字第 2179 號解釋曾舉例區別二者謂：「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 310 條第 1 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 309 條第 1 項論科」。換言之，刑法第 309 條所稱「侮辱」及第 310 條所稱「誹謗」之區別，前者係未指定具體事實，而僅為抽象之謾罵；後者則係對於具體之事實，有所指摘，而提及他人名譽者，稱之誹謗。

區分實益在於：事實陳述有所謂真實與否的問題；意見表達或對於事物之「評論」，因為個人主觀評價的表現，即無所謂真實與否之問題²。是以刑法第 310 條第 3 項前段所定「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」等語，既謂可以證明為真實者，祇有「事實」方有可能，此亦足以證明我刑法誹謗罪僅規範事實陳述，而不包括意見表達³。

² 例如評論人的美醜、勤惰，或甚至「厚顏無知」、「陰狠」、「卑鄙」等，因為涉及主觀的價值判斷，客觀上不會也無可能有事實基礎，自無真偽可言。

³ 此為學者多數之共識，參見林子儀，新聞自由與誹謗——一個嚴肅的憲法課題，全國律師，1997 年 5 月，39 頁。林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明——兼評大法官釋字第五 0 九號解釋，台大法學論叢，32 卷 2 期，72 頁以下。

同樣的理由，公職人員選舉罷免法第 92 條規定：「意圖使候選人當選或不當選，以文字、圖畫、錄音、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者」，既已明白指出所規範之言論係事實陳述，當亦不及於意見表達。

學說有將名譽區分「外部名譽」與「內部名譽」，認為誹謗與侮辱保障的「名譽」法益不同，若侵害被害人「社會評價名譽（外部名譽）」為誹謗罪所處罰，侵害被害人之「感情名譽（內部名譽）」，則為公然侮辱罪⁴，當然也有將名譽解釋為社會尊崇與個人主觀榮譽感的複合概念⁵。重點在如何理解「名譽」？正如學者所說的：「如果我做過一件事情，我就有做過這件事情的名譽，如果我沒有做過一件事情，我就沒有做這一件事情的名譽，因此名譽要以過去發生的經驗事實作為判斷，來確定說你應該保護甚模樣的名譽。換言之，如果我以前做過一件事，我就不應該受到法律保護我沒有做過這件事情的名譽，反之亦然」⁶。亦即，有無某種名譽，應該聯結「事實」始得存在而加以判斷，如果我們認為名譽是一種外部社會的評價，那麼法律所保障的

⁴ 在同樣有公然侮辱罪立法的日本，該國學者多有提出此標準者，關於日本學說的說明，請參見張志隆，公然侮辱罪與誹謗罪之區辨，成功大學法律研究所碩士論文，2005 年 7 月，138 頁以下。

⁵ 參見林山田，刑法各罪論(上)，2006 年，5 版，160 頁。

⁶ 李念祖，「誹謗與媒體」法學研討會會議紀錄，全國律師，1997 年 5 月，第 18 頁。

名譽法益，就應該是「不被他人以虛偽言論毀損的社會評價」，也就是說，一個人有維護良好聲譽不受不實事實抹黑的權利，卻沒有「欺世盜名」的權利⁷。

當「名譽」構築在事實之上，那麼陳述真實之事的言論，就不該是侵害名譽，法律沒有理由處罰說實話的人，若說「真實言論」會毀損名譽，應該祇能解釋成上述所謂的「名譽感情」（內部名譽），這種名譽感情，正如學者所言，充其量祇是「個人擁有較佳聲譽的主觀願望」，並無理由當然成為法律上可以主張的「權利」⁸（也就是刑法保護的法益）。換言之，法律不應該保障虛偽的名譽，欺世盜名，禁不起真實揭露的社會評價，絕非值得法律保護的名譽。至於是否值得保護的隱私法益，則係另一個問題，這其中當然也牽涉「名譽權」是否足以包括「隱私權」概念的問題⁹。

⁷ 參見許家馨，釋字第五〇九號解釋應否適用於民事案件？—為最高法院新聞案判決翻案，月旦法學雜誌，132期，113頁。

⁸ 參見李念祖，從釋字五〇九號解釋論陳述不實是否為誹謗罪之構成要件—兼論社會變遷中言論自由憲法解釋對刑法及其解釋之影響。收錄於憲法解釋之理論與實務第4輯，2005年5月，247頁。

⁹ 值得注意，至少釋字第509號解釋在考量是否限制言論自由時，係將「名譽」與「隱私」併列。又民法第195條規定的人格法益，也是將「名譽」及「隱私」分列。

美國聯邦最高法院在 *Chaplinsky v. New Hampshire* 一案中，於是明白表示公然侮辱罪所要制裁者的是「挑釁性言論」，亦即，足以立即形成創傷及立即導致平和秩序遭破壞而有害公共秩序的言論¹⁰。換言之，美國法院顯然務實的認識到公然侮辱罪所欲保護的，並非，也不應該是被害者的「名譽」，因為名譽應該就是外部的社會評價，自身主觀的情感受損，不該是刑法保障的法益，於是改弦易張，訴諸社會安寧、和平秩序的維持。問題是，不論是訴諸影響他人、社會的觀感，或解釋為個人感情作為法益保護，其實是將他人的人格發展不當歸於行為人來負責¹¹。因為「被害人」會對甚麼事產生何種情緒，正是他的人格展現，應自我負責，因此應該禁止將自由情境的感情變化視為損害¹²。

綜上所述，假如針對特定事項，依個人價值判斷而提出主觀的意見或評論，縱其批評內容足令被批評者感到不快，因為欠缺社會「名譽」檢驗，仍不致構成誹謗罪，換言之，沒有事實為基礎的「評論」或「意見」，如何判斷被害人享有或不應享有某種評價？一個人是否

¹⁰ 315 U.S. 568 (1942)

¹¹ 李念祖則認為，美國聯邦最高法院的此種說法，實為公然侮辱所以構成違法行為之極佳詮釋。參見(註 8)文，244-245 頁。

¹² 鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，春風煦日論壇－刑事法叢書系列，2012 年，305 頁。

美醜，是否無知、卑鄙，當欠缺事實為基礎時，無從認定，至多僅係其情感受傷，或只是社會是否願意接受不中聽、粗鄙的，甚至挑釁性的言論而已，或許才是公然侮辱罪要保護的客體。

接下來的疑問還是，被「侮辱」的被害人真有所謂「內部名譽」（感情名譽）？如果一個本來社會評價（外部名譽？）認為帥氣英挺的男子，偏偏有人就是要刻意指稱他不帥、很醜，就應該被以公然侮辱罪處罰嗎¹³？甚至，如果本來就被身旁許多人認為「卑鄙無知」的人，祇因其自認不應受此評價，難道公開說出心中真實感受言語（即使用詞不中聽）之人，就應該繩之以公然侮辱罪？即使是說出如「三字經」、「五字經」此類粗俗言論者，我們就可以用「社會安寧和平秩序」遭破壞為由，而動之以刑罰？

換言之，刑法上侮辱罪真有存在的必要嗎。其「應罰性」（Strafwuerdigkeit）及「需罰性」（Strafbeduerftigkeit）¹⁴何在？或者說，在欠缺事實基礎為立證之情形下，檢察官有無可能證明本罪成

¹³ 假若某夫妻，妻子向來認為影星金城武是臺灣最帥的男演員，而丈夫應該是因為出於忌妒，不滿妻子傾心其他美男子，遂始終不願承認金城武是帥哥，而堅稱金城武「一點都不帥」，如果又在友人面前到處宣揚刻意貶抑金城武容貌、氣質之言論，該丈夫是否構成公然侮辱罪。

¹⁴ 關於「應罰性」及「需罰性」的區別，請參見許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於「民主、人權、正義－蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集」，2005年9月，元照出版公司，初版，387頁以下。

立？或是會流於法官的主觀判斷，祇要法官認為不中聽的話（或以法官所界定的社會安寧秩序），就會構成侮辱罪？

二、侮辱罪及誹謗罪所處罰言論的結構及種類分析

從法條結構及編排體系來看，刑法第 309 條處罰「公然侮辱」的言論，同法第 310 條則處罰「意圖散布於眾，指摘或傳述足以毀損他人名譽之事」之言論，同條第 3 項另規定：「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」（所謂「證明真實且事關公益」條款）。足見刑法侮辱及誹謗罪所要處罰的言論，至少包括如下三者：

第一，不中聽的公然侮辱言論（第 309 條）；

第二，足以毀損他人名譽之事之言論（第 310 條第 1、2 項）；

第三，雖屬真實但與公益無關的言論（第 310 條第 3 項但書）。

從上面對於侮辱及誹謗言論特性的分析足知，第一種言論不以事實為基礎亦得為之，如無涉事實則無關真偽；第三種言論則雖然真實，但因為與公共利益無關，所以仍要處罰（保護法益則應為隱私權，而非名譽）。至於第二種言論，也必須是具有足以毀損被指述人名譽之具體事件內容，固然行為人所指摘或傳述之事是否「足以毀損他人名譽」，應就被指述人之個人條件以及指摘或傳述內容，以一般人之社會通念為客觀之判斷，不論學說或實務均以為，如行為人所指摘或傳

述之具體事實，足以使被指述人受到社會一般人負面的評價判斷，則可認為足以損害被指述人之名譽（客觀不法要件），以及行為人祇要對於足以損害他人名譽之事有所認識，且知悉就其所認識之事加以指摘或傳述，足以毀損他人的名譽，而指摘或傳述此事，即具有誹謗之故意（主觀不法要件）。

雖然誹謗罪的構成要件並未就行為人是否認識其指摘或傳述之事是否為真實加以規定，惟參酌刑法第 310 條第 3 項前段：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」之規定，以及前述說明，所謂「名譽」應有「真實事實」為前提之特性，誹謗罪應該無欲處罰「真實的言論」，換言之，足以毀損他人名譽而應處罰之言論，係指「虛偽的言論」。如果從誹謗罪的犯罪構成要件來看，「不真實的言論」為構成要件要素中的客觀不法要件才是¹⁵。

¹⁵ 愈來愈多學者贊同這種結論，但大多連結釋字第 509 號解釋為論證及推演。率先發難者為李念祖，（註 8）文。另參見何建志，誹謗罪之體系建構與法理分析：二元化言論市場管制模式，臺北大學法學論叢，54 期，2004 年 6 月，137 頁以下。許家馨，（註 7）文，102 頁以下，許文目的雖係探究民事案件有無釋字第 509 號解釋之適用，惟對於刑法第 311 條第 3 項前段的性質，在釋字第 509 號解釋前後的改變，有精闢的分析。許文認為釋字第 509 號解釋最重要的意涵，就是把原本屬於「客觀處罰條件」性質的刑法第 311 條第 3 項前段，拉進「客觀不法條件」（不論是「構成要件」或「違法性」層次）。聲請人認為，即便沒有釋字第 509 號解釋，也能得出相同的結論，司法實務上，在釋字第 509 號解釋公布前，即有相同見解之判決出現，參見臺東地方法院 88 年易字第 242

至於行為人對於該不實言論是否有應有主觀構成要件，聲請人以為，不能忽略緊接在刑法第 310 條後面的第 311 條。該條規定「以善意發表言論，不罰」之四款事由，不論刑法學者係將之列為阻卻違法或阻卻構成要件之事由¹⁶，就結果而言，均屬刑法不處罰的言論。除第 1 款「因自衛、自辯或保護合法之利益者」，解釋上可認為屬刑法總則正當防衛或緊急避難之分則特別規定外，餘第 2、3、4 款之「公務員因職務而報告者」、「對於可受公評之事，而為適當之評論者」，及「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」，均屬與「公共利益」相關之善意言論，解釋上可以說是前條第 3 項後段的反面的例示事由。

如此本條即可與前條第 3 項結合，亦即均須以「善意發表言論」為不罰的前提，反面言之，就是惡意的言論不受保護，如此解釋恰與美國憲法上所發展出的「真正惡意原則」(act al malice)，大致相當。所謂「真正惡意原則」，係指主張名譽受到不實內容言論侵害者（尤其公務員或公眾人物），如果能夠證明發表言論者具有「真正惡

號判決。

¹⁶ 學者一般係將之列為「阻卻違法要件」，林山田則獨排眾議，將其列為「阻卻構成要件事由」，參見氏著，刑法各罪論，1996 年 10 月，初版，621 頁以下。釋字第五 0 九號解釋則直接認為屬「阻卻違法事由」。本文以為，從犯罪二階論的角度來看，二者並無差別，都是「阻卻不法要件」。

意」，亦即發表言論者於發表言論時，明知所言非真實或過於輕率疏忽而未探究所言是否為真實，則此種不實內容之言論才要受法律制裁¹⁷。

另須強調的，刑法第 311 條的不罰事由，在同為「妨害名譽」言論類型的公然侮辱罪，更應該也有其適用¹⁸，以刑法第 311 條第 3 款「合理評論原則」（以「善意」發表言論對可受公評之事，而為「適當」之評論者¹⁹，不罰）之規定為例，雖然該條立法理由謂：「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，而有本條所列之情形者，不問事之真偽，概不處罰」，既然稱

¹⁷ 國內關於「真正惡意原則」的介紹，著述頗豐。請參見林子儀，新聞自由誹謗——一個嚴肅的憲法課題，全國律師，1997 年 5 月，40-42 頁。法治斌，論美國妨害名譽法制之憲法意義，收錄於氏著，人權保障與司法審查——憲法專論（三），1994 年，28-41 頁。吳永乾，英美誹謗上所稱「真正惡意」法則之研究，中正大學法學集刊，15 期，2004 年 4 月，22-23 頁。

¹⁸ 甘添貴同此見解，認為刑法第 311 條係對於妨害名譽罪、妨害信用罪所設之特別阻卻違法事由，本條之設，乃在調和人民言論自由與名譽、信用等基本權利，不論侮辱、誹謗生者或死者；亦不論妨害名譽或信用，皆由行為人之言論所表現。因此，本條所定四款之適用對象，並非僅適用於第 310 條所定誹謗罪，而應該包括妨害名譽及信用罪。參見甘添貴，體系刑法各論（一），修訂再版，2001 年，439 頁。

¹⁹ 大法官許宗力認為，評論是否出於「善意」，是否「適當」，其實是同一回事，很難區分，因概念不易把握，留給法官相當大的解釋及衡量空間。參見許宗力，談言論自由的幾個問題，收錄於台灣憲法之縱剖橫切，2002 年 12 月，259 頁。

「不問事之真偽」，即認該條所規範的言論仍有「真偽」之分，自係指事實陳述而言，而非評論。

惟某一言論之內容，究係陳述事實或表達意見，亦即在許多邊際案件上，要嚴格區分「事實」與「意見」，確屬不易，蓋有時二者兼有之。至少，正如前述，所謂公然侮辱之言詞，既包括不涉及事實之陳述，即偏向於所謂意見之表達，在審究意見表達或評論之言詞是否構成公然侮辱之言詞，「合理評論原則」之不罰事由，與其說是對於刑法第 310 條誹謗罪之阻卻不法要件事由，毋寧視為係對於刑法第 309 條之（不成文的）阻卻不法事由。換言之，如果要立法處罰「侮辱」言論，至少在適用刑法第 309 條時，應留意以「合理評論原則」加以限縮，在合憲性解釋原則之下，方足使刑法第 309 條之規定不致發生違憲之結果²⁰。

在釋字第 509 號公布前，透過「名譽」內涵的解釋，以及刑法誹謗罪的體系解釋，固非不可得出「不真實性」為構成要件的結論。檢視釋字 509 號解釋對於刑法第 310 條第 3 項前段「證明真實條款」的闡釋，也可以看出大法官有意將「不真實性」列入構成要件要素。釋字第 509 號解釋所謂「係以指摘或傳述足以毀損他人名譽事項之行為

²⁰ 聲請人在諸多公然侮辱的個案判決均一再強調此點，可惜最高法院近來判決卻僅以二者有別的條文結構，作出不適用於公然侮辱罪的結論。參見最高法院 107 年度台上字第 3116 號判決。

人，其言論內容與事實相符者為不罰之條件」等語，可以理解為「指摘或傳述足以毀損他人名譽事項之言論內容，與事實相符者，不罰」，大法官言下之意正是，虛偽言論始可能構成足以毀損名譽的處罰言論。

最重要的，大法官緊接著又謂：「並非謂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」等語。重點在這句「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」。

蓋是否與事實相符的言論，在訴訟上即使窮盡調查也未必能證明，所以大法官顯然同意行為人如主觀上「有相當理由確信(事實)為真」—即使客觀上該事實非真實—仍不構成誹謗罪。換言之，行為人必須對於事實之不真具有認識，主客觀構成要件始該當，由此更足證明「不真實性」屬客觀構成要件。

至於「相當理由確信為真」之證明，蘇俊雄大法官在協同意見書中稱：「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」，即

排除於誹謗罪處罰之外。吳庚大法官的協同意見書則舉例謂：「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」。學者認為二位大法官所闡釋及舉例者，顯然即相當於美國法上的「真正惡意原則」²¹，聲請人認同。

雖另有學者提出「合理查證」之標準，認為「不先要求一定的查證行為義務，就無法確定行為人是否具相當理由足以確信所述為真實」²²作為判斷標準，司法實務亦廣泛使用「合理查證」之判斷標準。惟聲請人以為，所謂「合理查證」與「真正惡意」實為一體兩面，前者往往係用來判斷是否具有後者之方式，且通常係使用在新聞媒體（記者）或公職人員、公眾人物為被告之案件²³，甚且，對於一般市井小民，是否以及應有如何之合理查證能力，該標準未必能一體適用於所有案例中，應為不爭的事實。

最重要無法合理說明的是，從犯罪階層及類型來看，刑法不處罰「過失誹謗」行為，如果上述「不真實性為客觀構成要件要素」的說

²¹ 參見法治斌，保障言論自由的遲來正義－評釋字第五〇九號解釋，月旦法學，65期，2000年10月，148-155頁。收錄於氏著，法治國家與表意自由－憲法專論（三），2003年5月，287頁以下。

²² 參見許宗力，(註19)文，265頁。

²³ 例如台灣高等法院87上易4537；88上易5614；90上易67、1720、2673、3583；92上易3412；93上易377、566、3293；94上易1214、3409、1373、1376；94上更(一)644號等案件。

法成立，那麼「合理查證」要作為阻卻（不法）構成要件之事由，會包含「過失誹謗」，正因為如此，有以為「合理查證」不符合刑法的規定，因該捨棄此判斷標準，而採取「真正惡意」的判斷標準（真正惡意模式），因為唯有「真正惡意」所對應的不法行為，始符合刑法僅處罰「故意誹謗」的規定²⁴。就聲請人的觀察，台灣普通法院司法實務雖都是引用釋字第 509 號解釋操作此類案件，但已經逐漸就民事事件採合理查證原則，刑事案件採真實惡意原則的方向分流。就此而言，釋字第 509 號解釋究竟是採取合理查證或真實惡意原則，亦不無再予補充解釋的必要。惟聲請人所欲聲請的是公然侮辱罪的合憲性。

綜上所述，行為人涉及侮辱及誹謗罪處罰之言論，主觀上必須非善意，亦即係「惡意」的（釋字第 509 號解釋理由書：「目的即在維護善意發表意見之自由」），又因為保障的是名譽法益，所以客觀上該言論還必須是「不真實」的，如此不法構成要件始得該當。

²⁴ 並且，不論二階或三階犯罪理論，均無不同。參見許家馨，(註 7)文，109 頁。另外，林鈺雄雖亦贊同「合理查證」的判斷基準，但也坦承其阻卻的層次主要在於「不法」要件，尤其是阻卻違法事由，而與氏認為證明真實條款應屬「客觀處罰條」性質的見解有出入，換言之，產生客觀上能否證明報導事件為真實，及主觀上報導者是否確信其為真實，根本無關的不一致結論。參見林鈺雄，(註 3)文，96-97 頁。本文以為，正因為產生如林鈺雄所言的矛盾，更足證明，至少在釋字第五〇九號解釋公布後，「證明真實條款」已非「客觀處罰性條件」性質，而應屬不法構成要件，犯罪體系上始能相符。

惟「意見表達」並無所謂實在與否的問題，業如前述，美國聯邦最高法院包爾（Powell）大法官在該院判決中曾說過：「在言論自由之下，並無所謂的虛偽或不實的意見。任何一個意見不論其是多麼的惡毒，我們並不依賴法官或陪審團的良心來匡正它，而是藉由其他的意見與該意見的競爭來匡正它」²⁵。無獨有偶的，吳庚大法官在釋字第509號解釋之協同意見書所言：「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」等語。

更可窺見「意見表達」相對於「名譽法益」在憲法言論自由下所受到的絕對保障²⁶。剩下的就是涉及事實之言論，必須是不實的言論

²⁵ 418 U.S. 339 (1974). 林子儀，言論自由與名譽權保障之新發展，收錄於氏著，言論自由與新聞自由，1999年9月，380頁。

²⁶ 這是相對於「名譽法益」而言，惟若能「找到」相適於公然侮辱罪的法益，處罰侮辱言論自仍有正當基礎。許宗力就從人性尊嚴的保障出發，主張評論「用字的選擇也是重要的」（似乎認為可以脫離事實為判斷依據），氏認為當評論內容直接損及相對人的「人性尊嚴」，即便相對人是公眾人物，仍不排除構成侮辱。並認為「如果美國的絕對保障不足採，德國的個案衡量或可供參考」。參

才涉及誹謗，又因為主觀上必須「惡意」，且屬強度的故意，相當於刑法上的「直接故意」，不包括「間接故意」²⁷，言論內容如果證明是不實的，行為人之故意必須包括對「其所指摘或傳述之事為不實」的認識及意圖，如果行為人主觀上非明知其所指摘或傳述之事為不實，即具備該阻卻構成要件事由的主觀要件，而欠缺構成要件故意，不成立誹謗罪，自然更不會成立公然侮辱罪。

最後的難題是，既然言論的不真實性為誹謗罪的構成要件，為何刑法第 310 條但書規定「雖屬真實但與公益無關的言論」也要處罰？是否產生矛盾。一言以蔽之：誹謗罪保護兩種性質不同的法益—名譽及隱私，刑法第 310 條第 3 項後段所欲保障的正是「隱私權」²⁸。正因為隱私是個人不受打擾的自主私密空間，所以傳述不真實之資訊雖

見許宗力，(註 19) 文，259-260 頁。

²⁷ 許家馨認為包括「間接故意」，參見許家馨，(註 7) 文，111 頁。實則，刑法第 13 條第 1 項的直接故意其實相當於「意圖」，第 2 項才是一般的故意，實務長久以來有所誤認。關於此部分精闢的論證及說明請參見黃榮堅，刑法解題—關於故意及過失，收錄於氏著，刑法問題與利益思考，1995 年 6 月，13 頁以下；同作者，基礎刑法學（上），2003 年 5 月，333 頁以下。此外，即使採取通說區分直接及間接故意的標準，學說上另有主張侮辱及誹謗罪為「表意犯」性質，必須在成文構成要件外，另加上對於保護法益的特定意向存在始得成罪之要件，請參見柯耀程，表意犯的迷思，月旦法學雜誌，69 期，2001 年 2 月，177 頁以下。

²⁸ 參見李念祖，(註 8) 文，249 頁以下；何建志，(註 15) 文，109 頁以下；許家馨，(註 7) 文，114 頁以下。均採與本文相同之見解。

然會侵害名譽權，但不會有侵害隱私權的問題，唯有傳述真實的資訊始有侵害隱私權可言，所以刑法要處罰與公益無關的真實言論。正因為二者法益截然不同，所以刑法第 310 條才無法將「不真實言論」明定為構成要件。嚴格的說，刑法第 310 條第 3 項但書就不應該定在妨害名譽罪章，而應該列入次章之妨害秘密罪章為宜。當然，參見刑法第 311 條所定的善意言論不罰規定，如係出於善意之真實而與公益無關言論，亦非刑法處罰之言論。

三、違反法明確性及罪刑明確性原則—兼從檢察官的舉證責任出發

所謂法律明確性原則，係指法律應如此明確，使受規範者得以具體認識其受法規範規制之狀態及其法律地位，俾其得以據此安排其行為之謂²⁹。

依據法律明確性原則，仍許法律就其構成要件，以抽象概念表示，惟不論其為不確定概念或概括條款，均須無違明確性之要求。而法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。

大法官並特別明示不確定法律概念是否違反法律明確性之判斷標準：

²⁹ 參見陳愛娥，如何明確適用「法律明確性原則」？—評司法院大法官釋字第 545 號解釋，月旦法學雜誌，88 期，249 頁(253 頁)。

1. 其意義非難以理解；2. 且為受規範者所得預見；3. 並可經由司法審查加以確認，即不得謂與法律明確性原則相違³⁰。

學者特別指出，尤其在牽涉限制人民基本權利的情形下，法律明確性原則的規範意旨在於確保受規範之人民對其法律地位的可預見性。並參酌德國學說的說法，提出三個考量方向的具體化（分別為應提高明確性要求的考量、得放寬法規範密度的原因及法律規範技術的影響），其中強調被審查的法律越是嚴重侵害基本權，其明確性的要求就越高，在涉及刑罰的科處時，應受特別嚴格的審查³¹。

換言之，不確定法律概念之意義能否理解，應以受規範者人民的角度觀察，以受規範者有預見可能性為準，並且涉及基本權利越嚴重者，應使受規範者更為明確知悉、理解及預見，絕非以適用法律的主管機關或法院為準³²。而大法官所謂的「可經由司法審查加以確認」，也絕非指得經由司法救濟途徑以取代法律明確性的要求之意，而應係指法律本身應足夠明確，俾提供司法據以審查依該法律所為（行政）

³⁰ 釋字第 432、521、545 號等解釋參見。

³¹ 參見陳愛娥，(註 29)文，254-255 頁。

³² 自此角度檢驗大法官釋字第 545 號解釋所言不確定法律概念的涵義「於個案中並非不能經由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷，並可由司法審查予以確認，則與法律明確性原則尚無不合」的說法，即甚有問題。對於本件解釋的批評，請參見陳愛娥，(註 29)文，257-258 頁。

行為的依據³³。

大法官林子儀、許宗力於釋字第636號解釋提出的部分協同意見書雖然不反對釋字第432號解釋所建立的三項審查標準，惟特別強調，法律明確性僅在如何判斷系爭法律規定內容之「意義是否難以理解」，這才是法律是否符合法律明確性原則之核心要件，至於「可經由司法審查加以確認」之審查要件，實屬多餘。兩位大法官認為，法律明確性原則既在保障人民對其行為是否受法律規範有預見之可能性，則法律規定是否明確，即應以受規範之一般人民是否能理解系爭法律規定之意義，亦即是否能理解該法律規定所要規範之行為態樣，並因此對其行為是否受該法律所規範有預見可能性，作為判斷之標準。

至於如何判斷系爭法律規定之意義，是否可為受規範之一般人民所能理解，則應依當時社會之一般人民之文字語言習慣或日常生活經驗，對系爭法律規定的文本予以合理之解釋，能否因此理解該法律規定所要規範之行為態樣，予以判斷之（受規範之一般人民並非習法之執法或用法之人）。

兩位大法官也特別指出，執法機關一般人民或雖不能依文字語言習慣或日常生活經驗，對法律規定之文本予以合理解釋，而理解系爭法律規定之意義，惟如經執法機關或法院探究立法過程或立法理由，

³³ 參見陳愛娥，(註 29)文，251 頁以下。

而能明確該法律規定之意義，或因其對系爭法律規定之反覆解釋適用，已形成明確內容，並經依法公布或其它公示方法，而為受規範之一般人民所習知者，亦可認該系爭規定之內容為受規範之一般人民所理解，並因此能預見其行為是否受該法律所規範，而與法律明確性原則無違。至於歷來大法官解釋所提審查標準所共同強調之「可經由司法審查加以確認」之要件，其具體內涵及目的為何，並不清楚，於實際適用時，即生爭議。惟不論該要件要如何解釋適用，系爭法律規定要不違反法律明確性原則，仍須先符合「受規範之一般人民可以理解法律規定之意義，因此對其行為是否受該法律規範有預見可能性」之要件，如不符合該要件，即使該系爭法律規定可經由司法審查加以確認，仍屬違反法律明確性原則。且所謂可經由司法審查加以確認，意在提供及確保事後救濟之途徑，其意義與人民對系爭規定之事前理解並可得預見之要求，顯不相同。所以「可經由司法審查加以確認」之審查要件，實屬多餘。

在刑事法律領域，法律明確性原則的具體要求就是罪刑明確性原則或刑罰明確性原則，這也是罪刑法定原則所衍生的重要原則。所謂罪刑明確原則，要求法律規定犯罪的構成要件及法律效果，其各個構成要件的意思及所規定的刑罰，必須有最低限度的明確性³⁴。固然任

³⁴ 關於罪刑明確性原則，請參見林山田，刑法通論上冊，9版，77頁以下；黃榮

何文字的意義本來就無法絕對的清楚，但學說一般認為，在犯罪構成要件上使用概括條款或有待價值填充的概念都是可以允許的，但是此一刑法規定的意義與適用範圍，必須使人有足夠的認知可能性，亦即人民對於法律規定，可以清楚知道，甚麼是被禁止的，因此犯罪構成的個別要件必具體描述，好讓透過解釋還可以探知其意義³⁵。

其實單純意見表達的「公然侮辱」，很難認定對於「名譽」造成侵害，即令採取所謂「名譽感情」的說法，其所造成之傷害，或者說傷害可能性，應該遠較「誹謗」來得小。蓋「侮辱」並未針對「事實」指摘傳述，而個人在特定人或群體當中的「評價」，不致輕易因他人言論而影響或取代，即便是一句「卑鄙」、「無恥」，或更難聽的三字經、五字經，或第一案的比中指的動作，此類所謂侮辱性言論對於「名譽」的傷害，沒有誹謗言論來得具殺傷力。最重要的，所謂侮辱性言論，均係涉及行為人主觀評價的意見表達，相較於誹謗帶有不實事實的傳述，侮辱言論反而更應受到言論自由的絕對保障。

司法實務上，檢察官祇要提出證據，說明被告在不特定多數人得以共見共聞，或事實上有不特定人或多數人得以共見或共聞之狀況下（包括公開的法庭中），曾經使用粗俗、不堪入耳之言論，例如「婊

堅，基礎刑法學（上），2006年3版，102頁以下。

³⁵ 黃榮堅，同上註，105頁。

子」³⁶、「狗仔」³⁷、「生兒子沒屁眼」³⁸、「專做司法黃牛」³⁹、「討客兄」⁴⁰，及堪稱最常見的「幹你娘」⁴¹，均構成侮辱罪，甚至證人認為律師明知故問，而在法庭上指稱律師「幼稚」⁴²，亦構成公然侮辱罪。而此處究竟被害人的「名譽」如何受到減損，檢察官、法官都是以「因而侮辱」被害人此種循環論證的說法表示，或者會有認為因被告使用之言詞粗俗不堪，「足以貶損其名譽及社會評價」帶過。

就算是「三字經」言論，台語發音所使用之「幹你娘」言詞，與中國大陸人士或長期居住台灣之所謂「外省人」，習用以北京話發音

³⁶ 台灣桃園地方法院 93 年度簡字第 495 號、92 年度簡上字第 310 號判決

³⁷ 台灣桃園地方法院 91 年度易字第 587 號，臺灣高等法院 91 年度上易字第 2122 號維持原審判決。

³⁸ 台灣桃園地方法院 94 年度桃簡 2010 號判決。

³⁹ 台灣高等法院 87 年度上易字第 5362 號判決。

⁴⁰ 台灣高等法院 92 年度上易 2628 號判決、93 年度上易字第 477 號、1402 號判決。

⁴¹ 三字經判決聲請人中的受命法官曾經查詢自民國 89 年至 95 年 4 月 1 日的台灣高等法院裁判，就多達 200 件之多。遑論地方法院的判決。參見錢建榮、王怡今，不可能的任務－談檢察官對於妨害名譽罪的舉證責任，月旦法學雜誌 133 期，2006 年 6 月。

⁴² 台灣花蓮地方法院 87 年度自字第 15 號、台灣高等法院花蓮分院 87 年度上易字第 230 號維持原判。有趣的是本件自訴人（律師）亦提起上訴，理由是原審祇判處 600 元，無異表示律師「名譽」僅值新臺幣 1800 元。那麼勝訴的自訴人是否反而更覺受到法院「侮辱」？原因案件的第二案告訴人是檢察官，原審判決被告第一審判處罰金 2 千元，檢察官的「名譽」也只值這麼多？

之「他媽的」言詞相同，均係台灣社會長久存在的俚俗言詞，更是傳統父權、農業社會，倚重勞力，因而以男性為主，將女性視為男性附庸、屬於男性財產的輕蔑表現，當對他人不滿時，潛意識以侵害他人財產的意志，以表彰自己的支配權力，任何人於自小的生活經驗中，或多或少均聽聞過類似言詞，其代表台灣社會的另種深層文化，不論吾人是否認同，是否感覺粗俗，當此等言詞充斥於我們的生活環境中，多數男性從父執輩耳濡目染，因而很自然且習慣的使用此等言詞，以發洩負面情緒，不論是出於對他人或時事的不滿，男性（甚至時下許多女性）如同反射動作般的使用「幹你娘」語言，並不必然反應出說話者的主觀意欲，更難謂有毀損他人名譽之真實惡意。就在場聽聞被告口出此等言詞者而言，本件名譽遭貶損者，無寧反係說出如此粗俗不堪入耳言詞之被告，而絕非告訴人（參見臺灣桃園地方法院 98 年度簡上字第 698 號判決）。

原因案件第一案被告口出三字經及比中指；第二案的被告，檢察官認為被告指責不遵守法律且說謊的檢察官「比畜生還不如」、「厚顏無恥」是公然侮辱檢察官，但第一審法官認為只有「比畜生還不如」算是侮辱，但「厚顏無恥」則是基於對檢察官指稱被告「屢傳不到」等語（即暗指檢察官確有說謊？）所為的評論，與事實陳述具有緊密關聯性，「縱使其所言粗俗使告訴人感到不快，亦不應以公然侮辱刑

責相繩」。但是被告所以形容檢察官比畜生還不如，是因為檢察官身為「法律人不忠法律」，因為檢察官當年違法拘提被告，一樣與事實陳述具有緊密關聯性，而同樣是以粗俗言詞且使告訴人檢察官感到不快，為何就不構成侮辱言詞？說穿了，檢察官同僚看不下去檢察官自己人被咒罵，但法官覺得還好？此種不確定的法律概念，顯然已經流於檢察官、法官的個人主觀評價，甚或司法人員因個而異的品位或修養，而決定被告是否成罪的關鍵？

臺灣鄉民甚至製作一張經法官審核通過的「臺灣罵人價目表」(如附件)，足見「侮辱」的構成要件要素有多麼不確定性，這種論斤秤兩的統計表，不僅是對於言論自由的諷刺，更是對我國司法的嘲弄。大法官繼續容許公然侮辱罪違憲存在，法官只能一再以刑事處罰人民發自內心感受的言論自由，或許這正是臺灣司法公信不彰的重要原因之一。

實則，言詞是否粗俗，端賴個人之品味而定，被指摘者不會因為粗俗言詞就受到社會上負面評價，毋寧反是說出粗俗言詞的被告，被社會評價為品位不良者，而有人格貶低的社會評價。其實，以最有效之語言表意，原本就是言論自由的核心範圍，而語言、文字之選用，本來除了客觀意思之傳達溝通外，還有情感表述的成分在內，「有力的表述，未必是文雅的」，強迫一個人在情緒激動時不得「口出惡言」

以發洩情緒，無異於強令行為人找尋其他宣洩出口，反而另滋生毀損、傷害或其他更嚴重的無可挽回的犯行發生。

簡單的說，在侮辱罪，被害人被損害的不是「(具事實基礎的)名譽法益」，在欠缺事實基礎下，檢察官如何證明被害人名譽受損？當行為人就是認為被害人的言行舉止及人格，應該受到這樣的負面文字、言語評價，國家憑甚麼要求人民不可以說不中聽的話，又如何證明被害人並不具被告所「形容」的人格。總之，一個涉及個人主觀判斷的評價，如何以他人(檢察官？法官？被害人自己？)的評價來代替。就客觀的角度而言，檢察官要舉證「名譽受損」，無寧是「不可能的任務」，換言之，幾乎所有不具事實基礎的公然侮辱案例，應該以檢察官未盡到說服責任，法院也無法消弭合理懷疑，而判處被告無罪，但是要檢察官(或被害人)去證明一件「無從證明之事」，又係強人所難，所以司法實務反而成為只要證明「有此言論」，就會有罪。從結果來看，本來檢察官「不可能的任務」，反而變成被告「不可能(無罪)的任務」。

總之，解釋適用誹謗罪或公然侮辱罪，應顧及「真正惡意原則」標準，而落實在訴訟程序之舉證責任上，於公訴案件，檢察官即須舉證證明(於自訴案件，則由自訴代理人舉證證明)被告確有毀損被害人名譽或侮辱被害人之「真正惡意」。法院當亦以此原則作為調查證

據及認事用法之依據，換言之，如檢察官或自訴代理人無法舉證證明被告有此惡意，法院即應為被告無罪之判決。檢察官在不具事實基礎的公然侮辱罪，要盡其說服責任，證明被害人「名譽」受損，幾為不可能的任務。同樣的，在誹謗罪的證明，要檢察官證明被告所言不真實，以及「真實惡意」，亦難如登天，蓋通常發生的疑似誹謗言論，其內容多係某某人發生某項「積極事實」，而不會是某人沒有做甚麼事的「消極事實」，對於消極不存在的事實要如何證明，甚難想像。更不用說，檢察官還得證明被告具有意圖毀損名譽的主觀上惡意，致無合理懷疑之程度，更是艱難的任務。

所以「真實惡意原則」之標準建立後，因為檢察官甚難舉證證明，誹謗或公然侮辱罪，成為備而不用的刑事法律，應可想像。至於實務上仍常見此等犯罪成立之判決（尤其是公然侮辱罪還是臺灣司法案件的大宗，甚且排擠更多司法資源，已導致檢察官、法官不勝其擾的地步，大法官只要稍加向法務部、司法院查詢統計資料即知），究其原因，當係不能澄清妨害名譽罪的保護法益及構成要件究為如何，導致釋字第 509 號解釋「一網多本」的操作。釋字第 509 號解釋後，如要合憲操作、適用妨害名譽罪，除非改弦易張，或再為變更解釋，否則該罪於實務上祇有「束之高閣」一途。就此而言，至少公然侮辱罪需要一號解釋來說明其與誹謗罪的差別，以及合憲性基礎究竟何在？是

否有與釋字第 509 號解釋一樣，必須以合憲解釋原則維持其合憲存在的空間及必要？。

四、比例原則的審查

釋字第 509 號解釋理由書表示：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。殊不論「名譽」法益內涵難以捉摸判斷的難題，至少也僅能限於尚有事實為基礎的誹謗罪，而公然侮辱罪保障的法益根本不是「名譽」，至多僅是個人自我感覺良好的內部感情，以個人感情作為刑法益保護，其實是將「被害人」的人格自由發展強迫要行為人來負責，這種自由情境的感情變化應該是要自我負責的，不能視為行為人加諸的損害。國家刑罰權的意義在於，被告的行為究竟是否具社會非難性，而應受處罰並教化。基於保障言論自由之立場，即令被告用不堪告訴人入耳之文字，也是被告個人的品位水準是否較低而已的問題，但憲法保障每個人包括被告，有說出自己真實感受（即使粗俗不堪）的權利，國家，尤其代表司法權的法官，不應淪為「言論糾察隊」，更不能動輒以道德或品位層次評斷人民的言論。

就，此連適當性的保障都難以通過檢驗。

此外，刑法第 309 條的公然侮辱罪，法定刑為拘役或罰金新臺幣 9 千元以下之刑，屬於輕微犯罪（刑法第 61 條參見），且原則上不得

上訴第三審（刑事訴訟法第 376 條參見）。司法實務的處理方式，往往係以簡易處刑，不經言詞辯論，法官以書面審理，引用檢察官的聲請書，幾分鐘就可以完成的判決，多數被告可能也是繳納（易科）罰金即執行完畢。

惟如係不具基礎事實的為情緒性的表達，又不致遭致傷害、暴力或社會和平秩序遭破壞的立即危險，就對於行為人施以刑罰（即使只是罰金刑），在美國對於意見表達賦與絕對言論自由保障的司法實務下，我國的每件判決恐都有違憲之虞。攤開美國法上的「挑釁性言論」相關判決，就可以發現美國法官更多反對處罰的「意見」。

《公民與政治權利國際公約》（ICCPR）第 19 條第 3 項規定：「本條第 2 項權利之行使（人人享有表意的自由，此權利包括不分國界，以口頭、文字、出版物、藝術或其他自己選擇之媒介，尋求、接收及傳遞各種資訊或思想的自由），負有特別的義務及責任。因此，為尊重他人權利或名譽、保障國家安全或社會秩序、公共健康或道德而有必要者，得以法律限制之」。就此，人權事務委員會第 34 號一般性意見第 47 點指出：「各締約國誹謗法律之制定必須確保符合上 ICCPR 第 19 條第 3 項之規定，並應考慮誹謗除罪化，且只有在最嚴重的案件始得適用刑事法律，而監禁絕不是一適當的刑罰」。就此，本罪有拘役即自由刑以上的刑罰，形同文字獄，不符必要性原則的侵害罪小的

要求。

釋字第 509 號解釋理由書曾經以：「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」等語，認為以我國現況，「不能認為不實施誹謗除罪化，即屬違憲」。首先這是對於刑法第 310 條的誹謗罪而發，不是第 309 條的公然侮辱罪；此外，所謂的「現況」是作成解釋時的民國 89 年，距超過 20 年，20 年後的「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」（釋字第 509 號解釋語），早多所改變。

而大法官所謂「以金錢賠償免責，形同享有財富者得任意誹謗他人名譽」的假設，更是充滿想像，且不無貶抑民事訴訟，而鼓勵刑罰之嫌。此種論據的本身就違反比例原則。遑論臺灣司法實務，不論在誹謗罪或公然侮辱罪，除數額極低的罰金外，都是判處短期自由刑，也都是易科罰金了事，此種刑罰除了徒然耗費有限的刑事司法資源，排擠更多真正影響社會治安的重大犯罪偵查及審判外，反而成為有心人利用刑事司法制度恫嚇言論自由者、侵害新聞自由的工具。尤其此種犯罪的變形尚存在於刑法第 140 條的侮辱公務員及公署罪、《集會遊行法》第 30 條等，都是禁止人民基於言論自由或集會遊行自由，

監督政府公權力的權利。以刑罰制裁人民的言論，除非是達到侵害他人人性尊嚴的仇恨性言論，否則都是違反比例原則的。

肆、結論

檢察官在不具事實基礎的公然侮辱罪，要盡其說服責任，證明被害人「名譽」受損，幾為不可能的任務，同樣的，在誹謗罪的證明，要檢察官證明被告所言不真實，以及「真實惡意」，亦難如登天，可謂檢察官的不可能任務二。蓋通常發生的疑似誹謗言論，其內容多係某某人發生某項「積極事實」，亦即某某人「做了些甚麼事」，而不會是某人「沒有做甚麼事」的消極事實。檢察官為證明該事非真，通常就是「某人沒有做甚麼事（A），卻被說做了某事（B）」，（B）段言論為積極事實，不難證明，蓋如無意外，遭起訴的被告自然就是說被害人做了某事之言論者，（A）段為消極不存在的事實，檢察官證明上絕對有困難。

簡單的說：不存在的事實要如何證明？舉例而言，被害人認為被告到處傳述其與人通姦之事實，檢察官必須證明被害人「並無與人通姦之事實」，要如何證明？又要證明到甚麼程度？是指被害人從來沒有在任何時間與人通姦？特定時地沒有與人通姦？更具體的說，過去檢察官祇要證明被告傳述被害人與人通姦，被告言論所指時地無需明確，祇要明確被告說此等言論的時、地及對象，當被告或法官（或檢

察官)無法證明被害人確實有與人通姦之積極事實，被告成立誹謗罪。

惟將不真實性列入客觀構成要件後，檢察官還必須先證明沒有通姦的事實，當檢察官起訴書並未明確記載被告所傳述的通姦時、地及對象時，檢察官要如何反面證明一個不存在(不真實)的消極事實？於是，要證明無此「事實」存在的誹謗罪，與要證明被害人不應受到這種「評論」的侮辱罪，成為同樣不可能的任務一及二。更不用說，檢察官還得證明被告具有意圖毀損名譽的主觀上惡意，致無合理懷疑之程度，更是艱難的任務。

至此聲請人恍然大悟，這才是為甚麼美國妨害名譽罪的刑事案件，在彼邦實務「真實惡意原則」建立後，幾乎甚為少見，成為備而不用的刑事法律的原因。至於涉及人格主觀評價之事，如何證明非真？要求檢察官證明「無事實基礎之評論」或「不存在之事實」，根本不可能。既然檢察官不能證明事實不真，更無法據此推論被告之真實惡意犯意，應判決被告無罪。

本來釋字第 509 號解釋公布後，對於言論自由的保障一般認為會更進一步，並且限縮誹謗罪的適用餘地。惟依聲請人長年的實務經驗及觀察，法官除了在判決書會多出一段關於釋第 509 號解釋意旨的文字外，對於言論自由的保障，並無太大的差異，有罪判決仍然比比皆

是，特別是公然侮辱罪，因為對於檢察官的舉證責任要求，更無如釋字 509 號解釋的判準，而更容易成罪。

如果我們不想辦法釐清名譽及隱私；事實及評論；誹謗及侮辱的概念；最重要的，妨害名譽罪的保護法益及構成要件究為如何，如果不能澄清，釋字第 509 號解釋永遠會「一網多本」的被操作下去，而至少，刑事司法實務並沒有藉此限縮公然侮辱罪的適用範圍，達到已無合憲解釋空間，只能任由司法實務繼續違憲解釋操作本條的境地。唯一能作合憲解釋的只有憲法法院，如果大法官不願宣告系爭條文違憲，至少應該由大法官作出合乎憲法意旨的解釋，「指示」刑事庭法官一條如何限縮本條的合憲道路。

此 致

司 法 院

聲請人 臺灣高等法院刑事第二庭

審判長法官 周鈞

法官 謝梨敏

法官 鍾建榮

中 華 民 國 110 年 8 月 17 日

【關係文件之名稱及件數】

【附件一】 原因案件停止審理裁定書

【附件二】 臺灣罵人價目表（已經過法官核准）

