

誹謗罪之體系建構與法理分析：

二元化言論市場管制模式

The Systematic Reconstruction and
Theoretical Analysis of Libel—
Dualistic Regulation Model for the Market of Speech

何建志

Jen-Ji Ho

摘 要

本文主要論點為：一、刑法誹謗罪所保護的法益為名譽及隱私；二、刑法誹謗罪條文及立法理由明文建立了言論責任二元管制模式；三、二元管制模式對於各種言論提供了適當保障水準，並能合理兼顧人民名譽及隱私法益；四、在理論上，言論可被視為言論市場中的產品，二元管制模式對於瑕疵言論採取了適當的產品責任標準。

關鍵詞：

誹謗罪、名譽、隱私、隱私權、言論自由、新聞自由、言論市場、法律經濟分析

Abstract

The key points of this article are: 1. The libel rules in the Code of Criminal law in fact protect reputation and privacy. 2. Such rules establish a dualistic regulation model that imposes different liability standards upon two categories of speech. 3. This regulation model can reasonably balance the conflicting interests between the freedom of speech and people's reputation and privacy. 4. Speech can be theoretically treated as a kind of product or commodity, and the dualistic regulation model adopts reasonable standards of liability.

Keywords:

libel, defamation, reputation, privacy, right to privacy, freedom of speech, freedom of press, market of speech, economic analysis of law

誹謗罪之體系建構與法理分析： 二元化言論市場管制模式

何建志*
Jen-Ji Ho

目次

| | |
|----------------|----------------|
| 壹、前言 | (二) 系爭真實言論是否涉 |
| 貳、誹謗罪法律規則之再構成 | 及與公益無關的隱 |
| 一、言論引發的利益與成本 | 私？ |
| 二、兩種法益與兩個基本規則 | 肆、二元化言論市場管制模式之 |
| 三、誹謗罪消極要件：四種言論 | 合理性 |
| 免責權 | 一、有利於建立清晰言論責任 |
| (一) 言論免責權共通要件： | 標準 |
| 善意發表言論 | 二、合理權衡言論社會利益與 |
| (二) 四種言論免責權類型 | 社會成本 |
| 參、誹謗罪思考判斷流程 | 三、促進言論市場發達 |
| 一、系爭言論是否屬於特種言 | 四、減少訴訟成本支出 |
| 論？ | 伍、二元管制架構之應用：釋字 |
| 二、如果系爭言論並非特種言 | 第 509 號解釋評析 |
| 論，則進一步判斷： | 陸、結論與展望 |
| (一) 系爭言論內容是否不 | |
| 真實？ | |

投稿日期：93.03.10

審稿通過日期：A93.04.02

B93.04.06

* 國立清華大學科技法律研究所助理教授，國立台灣大學法學博士。

壹、前言

刑法誹謗罪規定是法律管制言論¹自由的重要手段。究竟何種言論能夠合法在社會中傳播，向來是一個敏感的政治、倫理與意識型態問題。隨著社會變遷迅速，目前台灣社會一直面臨各種言論自由爭議，也使得許多誹謗罪訴訟接連發生。然而，由於現行誹謗罪規定的條文結構安排不甚清晰，部分法條文字的採用容易導致理解疑義，從而法律專家對於條文的理解出現分歧，也造成司法機關適用誹謗罪的結果缺乏可預見性。²雖然近年大法官釋字 509 號解釋試圖解決這個問題，但結果似乎並未十分理想。³在這種情形下，現行法是否能適當因應當代多元化社會下的各種紛爭？我們是否有必要立法修改誹謗罪的條文規定？

本文認為，經由對現行誹謗罪規定進行重新詮釋與建構，可以推論出合理的法律規則妥善處理誹謗罪與言論自由的關係，並能調和公益與私益。本文主要論點為：一、刑法誹謗罪所保護的法益為名譽及隱私；二、刑法誹謗罪條文及立法理由明文建立了言論責任二元管制模式；三、二元管制架構對於各種言論提供了適當保障水準，並能合理兼顧人民名譽及隱私法益；四、言論可被視為言論市場中的產品，二元管制模式對於瑕疵言論採取了適當的產品責任標準。

-
- 1 本文所謂之「言論」，係採取廣義之定義，包含語言文字、聲音、影像、符號等一切能傳遞意義之資訊。在本文中，言論與資訊具有相同意義。
 - 2 例如亞洲週刊報導劉泰英對美國政府提供政治獻金，本案經劉泰英提起自訴，台北地方法院於 1997 年以八十五年度易字第一 0 九八號刑事判決認定被告無罪（本案後經上訴，於 2001 年經臺灣高等法院根據釋字五 0 九號解釋，以八十七年度上易字第三七號刑事判決認定被告無罪）。但在蔡兆陽控告商業週刊編輯與記者案，臺灣高等法院八十六年度上易字第二六一七號刑事判決被告有罪（本案被告不服判決而聲請大法官解釋，促成釋字 509 號解釋之產生）。
 - 3 雖然學者間一般肯定本號解釋對於維護言論自由的努力，但對於解釋文與解釋理由仍有批評，例如，法治斌，保障言論自由的遲來正義－平司法院大法官釋字第 509 號解釋，收錄於法治斌著，法治國家與表意自由－憲法專論（三），頁 287-302，正典出版，2003 年；林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明－兼評大法官釋字五 0 九號解釋，臺大法學論叢 32 卷 2 期，頁 67-104，2003 年。

貳、誹謗罪法律規則之再構成

一、言論引發的利益與成本

法律學者認為，言論自由具有促進追求真理、健全民主、與表現自我等重要價值。⁴由經濟學觀點分析，言論則是一種具有高度外部性(externality)的產品。言論的流通對於他人可能帶來有利或有害的影響，前者稱之為外部利益(external benefits)，而後者稱之為外部成本(external costs)。例如，公開某某人有詐欺、背信前科，對於該人求職經商可能有所不利，但是對於該人潛在的雇主與交易相對人而言則可能有利。或者，公開政治選舉候選人的私生活資訊，可能對該候選人造成損害，但是卻可能有利於選民從事投票決策，也同時有利於其他候選人。不過，如果言論的內容不合乎事實，則可能導致言論當事人或其他人的利益受損，這些損害也構成了言論的外部成本。正是由於言論流通具有外部利益與外部成本的複雜效果，在政策上界定言論自由或言論可罰性的範圍，向來是一個高度困難問題。不過，在理論上，我們應當使言論造成的社會利益極大化，並使言論引發的社會成本極小化，如此才是一個理性的法律管制目標。

除了言論引發的外部性之外，言論的生產活動本身也有成本，例如，收集資訊的成本、查證資訊內容正確性的成本、傳播資訊的成本等等。就刑法誹謗罪而言，其實法律對於言論的制裁就是一種言論生產成本。當法律對於傳播言論行為加以制裁，這種不利益後果就是行為人生產言論的成本之一，有時甚至可能是最重要的成本因素。若法律制裁傳播言論行為的機率越高，行為人的預期成本越高，而可能導致言論市場中的供給減少；反之，若法律制裁傳播言論行為的機率越低，則行為人的預期成本越低，

4 見林子儀，言論自由之理論基礎，收錄於林子儀著，言論自由與新聞自由，頁 1-59，元照出版，1999 年。我國司法實務亦採相同意見，如大法官釋字 509 號解釋文：「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，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。」（本文所引用大法官解釋取自司法院法網站法學資訊檢索系統：<http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>，故不標明引用文字在司法院大法官解釋彙編之冊數與頁數）。

而有利於言論市場中的供給增加。

以上簡單分析告訴我們二件事：第一，刑法誹謗罪的制裁影響了言論生產者的生產成本與言論市場中的供給。⁵第二，如果我們認為言論的外部利益對於社會的健全發展很重要，則應減少人民生產言論的成本，亦即降低法律對於傳播言論行為的制裁可能性，以鼓勵言論市場中的供給增加；反之，如果我們發現言論的外部成本過高而不利於社會的健全發展，則應提高法律制裁的可能性，以增加生產言論的成本，使言論市場中的供給減少。

在成文法體系中，法律規定是一種工具，以顯示立法者的價值判斷。理性的立法者，應當斟酌言論在社會中造成的利益與成本，而界定出言論自由的適當範圍，並以法律條文表現價值判斷的結論。⁶本文先前關於言論的外部性與生產成本分析，僅提及一般性的理論思考架構。不過，在法律制度的設計上，我們必須將成本效益的思考進一步具體化。在誹謗罪與言論自由的爭議當中，其實最重要的爭點在於如何調和公益與私益的衝突。依筆者所見，這個衝突表現於以下具體問題：一、是否唯有內容完全真實的言論才不具可罰性？二、在何種限度之內，人民不會因為傳播錯誤訊息而負擔法律責任？三、法律是否允許個人以真實言論揭露其他人的私生活

5 在法律體系中，刑法誹謗罪與著作權法都是管制生產言論的重要法律工具。誹謗罪可以調節言論的生產成本，而著作權法可以調節生產言論的收益。其實生產言論的收益對於社會中的言論生產量也有重要影響。不過，本文焦點在於探討刑法誹謗罪，因此僅討論生產言論的成本。此外，在言論市場中，每個生產者都有各自的主觀效用（如內心滿足）與主觀的生產成本（如所花費時間勞力的價值）。為了集中討論焦點之便，本文不處理個人生產言論的動機與願意支付的成本，而僅討論刑法誹謗罪對於社會中所有言論生產者的一般性影響。

6 本文此處論點在法律權利理論與價值理論上具有一個重要含意：法律對於權利的保障並不採取絕對保護主義，而是採取相對保護主義。因此立法者可以根據政策上的價值判斷設定權利的受保護範圍。關於權利是否應當受到絕對保護或相對保護，是一個非常複雜的法理學或法哲學問題，本文此處無法加以充分討論。不過，根據憲法第二十三條的意旨可知，立法者可以根據「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」，而制訂法律限制人民憲法上的自由權利。由此可見我國憲法明文採取相對保護立場。當然，採取相對保護立場並不意味著立法者可以輕易限制或剝奪人民的自由權利。立法者仍必須謹守必要性的憲法要求，方能以法律調整人民的權利。

資訊？關於這些個問題，如果我們結合刑法第三一〇條與第三一一條規定加以觀察，可以發現立法者都有提出答案。

二、兩種法益與兩個基本規則

依筆者所見，刑法第三一〇條與第三一一條保護了名譽及隱私法益，而且也都界定了名譽及隱私的受保護界線。不過，受限於立法當時使用的條文規定形式及用語，以致我們並不能夠一目瞭然這二個條文所界定的保護法益範圍。關於這二個條文的構成要件內容，國內已有不少相關學術論著與司法解釋加以著墨。本文不擬重複國內既有法學論述在細節上的說明，而試圖將誹謗罪條文的理論結構加以分析。⁷由於本文著重在抽象規則層面重構刑法的誹謗罪規定，因此本文以下部分用語將不使用刑法學界所慣用的某些術語。如此作法可避免陷入向來刑法學說中解釋條文的立場之爭⁸，而使本文能夠將筆墨集中於抽象規則的詮釋與建構。

就實質內涵而言，刑法誹謗罪規定有二個基本規則。這二個規則各有積極要件與消極要件。至於第二個規則其實是第一個原則的特別規定。本文此處省略具體的細節要件，而以抽象規則方式表述基本要件如下：

規則一（制裁傳播不實言論以保護名譽）：

傳播涉及他人的不實資訊，使他人名譽有受損之虞者應受刑法制裁，但行使言論免責權者不在此限。

規則二（制裁傳播真實言論以保護隱私）：

傳播涉及他人與公益無關的真實（隱私）資訊應受刑法制裁，但行使言論免責權者不在此限。

關於規則一的積極要件，在現行法上的根據是：「指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪」（刑法第三一〇條第一項），以及「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。」（刑法第三一〇條第三項前段）。根

7 關於誹謗罪之法學研究，國內刑法學者於構成要件分析上已累積許多可觀論著。因本文係採取言論市場觀點分析誹謗罪之抽象規則構成，故未一一引述既有刑法學論著。

8 例如刑法第三一一條規定屬於阻卻構成要件或阻卻違法？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」，是否即所謂「客觀處罰條件」？

據以上法條所建構的規則一可知，誹謗罪所處罰的行為以傳播虛偽資訊為限，如果是傳播真實資訊的行為，則不具有可罰性。至於規則二，則是規則一的特別規定，其現行法根據則是：「規則一」加上「但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限」的但書（刑法第三一〇條第三項後段）。準此，在不具公益的私生活範圍內，即使是傳播真實資訊，仍在誹謗罪所處罰之列。

至於在規則一與規則二的言論免責權事由，就是刑法第三一一條的四款規定，這些規定構成了誹謗罪的消極要件。刑法第三一一條：「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。」凡是滿足以上這些規定的情形，即一概不屬於誹謗罪所處罰的範圍。由於本條文的四款規定適用於刑法第三一〇條的各種情形，因此是規則一與規則二所共通的犯罪成立消極要件。

關於這二個規則的構成原理，最重要的是真實言論與不實言論的區分。如果言論所提供的資訊與事實不符，且有導致言論對象的名譽受損之虞，則根據規則一適用妨害名譽罪加以制裁。反之，如果言論內容符合事實，則此時可再進一步考慮是否有規則二的適用可能性。如果系爭言論內容雖然符合事實，但是卻涉及他人應受保障的私生活事項，則可適用規則二加以處罰。

刑法誹謗罪對於傳播真實資訊與不實資訊的行為進行差別待遇，理由在於名譽與隱私法益的特徵與受保護方式不同。如果單純就法條文字來看，刑法第三一〇條的基本行為構成要件是「指摘或傳述足以毀損他人名譽之事」，由此可知誹謗罪所保護的法益是名譽法益。依筆者所見，除了名譽法益之外，隱私法益也在刑法誹謗罪的保護範圍之內。換言之，刑法誹謗罪保護了名譽法益及隱私法益，而分別制裁侵害名譽的誹謗行為與侵害隱私的誹謗行為。誹謗罪保障隱私法益的的成文法基礎在於刑法第三一〇條第三項但書：「但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限」。在立法形式上，第一種侵害名譽法益的誹謗類型直接規定於刑法第三一〇條第一

項。至於第二種侵害隱私的誹謗類型，必須經由刑法第三一〇條第三項間接推論，因此在形式上較不明顯。

當我們仔細區分刑法第三一〇條的各項規定，可以發現刑法誹謗罪顯然有保障人民私生活不受言論干擾的立法目的，否則不至於特別在刑法第三一〇條第三項將私德事項列為保護範圍。不過，由於立法時隱私權的觀念與理論體系尚未發達，自然難以期待立法者使用近年來才開始流行的隱私概念⁹。當立法者將保障私生活資訊不受公開的價值以禁止指摘或傳述的形式加以表現，如此一方面可將私生活資訊納入不受他人言論干擾的法律保障範圍，但是另一方面卻也使得隱私法益的保障隱藏於名譽法益之下。

在當今的法律體系中，隱私已經由名譽或一般人格權中分化而出，而成為獨立法益或權利類型。我們在解釋法律時，可基於當今為社會所接受的法益體系架構，將數十年前立法者的價值判斷加以清晰化與條理化，以避免法律文字用語妨礙了立法價值判斷的在當代社會中的實現。由於刑法誹謗罪對於傳播真實資訊與不真實資訊在可罰性上進行差別待遇，基於這個重要區分，我們可以有充分理由主張立法者對於個人在社會生活中的評價不受虛假資訊所扭曲，以及私生活領域資訊不為人知，均提供了法律保護。準此，以現代的法律觀念來說，刑法誹謗罪所保護的法益是名譽及隱私。

名譽與隱私雖然都會受到資訊傳播所傷害，但是二者受損害的原因恰好相反。就概念而言，真實資訊的流通應沒有侵害名譽可言。名譽來自於社會眾人對於個人言行事蹟的評價。眾人如果基於正確事實針對個人加以褒貶，這應是一種社會中正常的價值判斷行為。在這種價值判斷之下，不論某一個人的名譽被評價為比一般人更高或更低，這都屬於「實至名歸」，被評價的個人應沒有所謂名譽受損。例如，當眾人因為缺乏真實資訊而對張先生有高度評價，張先生反而享有「欺世盜名」的利益。即使有人刻意傳播關於張先生的真實資訊，導致眾人對於張先生進行低度評

9 隱私概念納入成文法是相當晚進的現象。以民法為例，遲至 1999 年方通過修改第一九五條將隱私明文列為人格權類型之一。

價，張先生也沒有所謂名譽受損可言。在這種情形下，即使換另一個角度認為張先生的名譽受到了損害，但是張先生原先的名譽利益是大眾認知錯誤下的結果，因此他的名譽損害並不是一種值得受到法律救濟的損害。總之，不論是基於「沒有名譽受損」或「不值得救濟的名譽受損」看法，妨礙名譽罪不應處罰傳播真實資訊，否則反而破壞名譽的合理社會機能，因此刑法第三一〇條第三項前段「能證明為真實者不罰」是一個合理規定。¹⁰

至於隱私受損害的方式則與名譽受損相反。在概念上，傳播不真實的資訊沒有侵害隱私可言，唯有傳播真實資訊才足以侵害隱私。個人維護隱私的目的，在於防止他人知道個人的私生活事項。如果他人對於個人的私生活認識來自於錯誤資訊，正足以使個人的私生活不受他人所知。因此，傳播錯誤資訊在概念上根本無法傷害個人隱私，個人也無權向傳播錯誤資訊者追究侵害隱私的責任。至於個人因為不實言論導致私生活受到他人所誤解，個人仍可向行為人追究妨害名譽責任，自不待言。此外必須注意，不是任何涉及個人的真實資訊均構成侵害隱私。例如姓名、性別、國籍等個人資訊是社會生活中的基本溝通工具，傳播這些個人資訊通常應不構成侵害隱私。涉及隱私的資訊，應僅限於個人私生活範圍內的資訊，也唯有傳播這些資訊才構成侵害隱私。

或許有人可能質疑：刑法第三一〇條第一項所處罰的是「指摘或傳述足以毀損他人名譽之事」，因此刑法第三一〇條第三項但書「但涉於私德而與公共利益無關者」也應當是保護名譽而非隱私。換言之，由分析法條的

10 關於傳播真實資訊可免除法律責任，美國法向來已建立「事實抗辯原則」，見林子儀，言論自由與名譽權保障之新發展－評 *Milkovich v. Lorain Journal Co.* 案，收錄於林子儀著，言論自由與新聞自由，頁 365-398，元照出版，1999 年。此外，見大法官釋字五〇九號解釋台灣台北地方法院法官陳志祥聲請書：「所謂『名譽』，乃個人人格在社會生活上所受之評價。準此，既曰保障名譽，則法律所得限制者，僅為毀損他人之社會評價之不實言論；就刑法保護名譽而言，足以毀損名譽之不實言論，才有以法律限制之實益，無法接受真實挑戰之社會評價（亦即虛假之名譽）則不值得法律保護。申言之，唯有「捏造」不實之事項或知其為捏造不實之事項，而加以指摘或傳述，始足以毀損他人之名譽，始有名譽法益侵害之可言。對於本是真實之事項，其指摘或傳述並不足以變更當事人「應有」之評價，即無名譽法益侵害之可言，自非誹謗罪所應保障之範圍。」

技術層面觀察，以刑法第三一〇條第三項後段但書處罰發表言論行爲，必須以行爲符合同法條第一項的基本構成要件爲前提。但是刑法第三一〇條第一項所處罰的行爲是「指摘或傳述足以毀損他人『名譽』之事」，而非「指摘或傳述足以毀損他人『隱私』之事」。既然刑法第三一〇條第一項不處罰侵害隱私的行爲，侵害隱私行爲根本不屬於刑法第三一〇條第三項的處罰對象。如果以刑法第三一〇條第三項但書作爲處罰侵害隱私的法律基礎，將違背罪刑法定主義。

對於以上的可能質疑，本文由立法價值與法條結構解釋的二個觀點加以說明如下：

第一、在刑法第三一〇條中區分名譽及隱私，符合立法價值與當代法律體系概念。根據我們當今的法益與權利體系概念，名譽及隱私已經是相互獨立而分別的法益或權利。前者內容是個人在社會生活中的評價，而後者的內容是個人能夠控制私生活事項不爲他人知悉。名譽在社會中的存在樣態具有公開性或開放性，而隱私在社會中的存在樣態卻具有封閉性與反公開性。二者雖然都屬於人格法益，但是型態與特徵卻截然不同。根據這種目前已確立的隱私與名譽區分，當我們詮釋刑法第三一〇條第三項但書「但涉於私德而與公共利益無關者」，即應當將「私德」定性爲「隱私」。否則，如果將「私德」定性爲「名譽」，將造成過去多年前所制訂的法律無法適應當代社會的觀念，也使法律無法隨社會變遷而成長。立法者當初制訂第三一〇條時，特別將傳播真實資訊與傳播虛假資訊加以區分，正是有意對於私生活事項給予特別保護，使得傳播他人私生活事項真實資訊者仍必須受法律制裁，而不得援用真實抗辯阻卻犯罪成立。如果認爲侵害隱私的言論行爲不屬於刑法第三一〇條第三項的處罰對象，將使得前述立法價值判斷無法實現。

將「私德」定性爲「名譽」也會妨礙對於名譽概念的理論建構。如前所述，在概念上而言，真實資訊的流通原本就沒有侵害名譽可言。一旦我們將私德納入名譽的範疇之中，則勢必承認真實資訊的流通能夠破壞名譽。這種結論將會使得名譽的概念產生內部分裂：某些名譽類型不受真實資訊流通所妨害，而某些名譽類型受真實資訊流通所妨害。如此一

來，原本單純的名譽概念變得複雜化，而我們也必須進一步界定各種不同的名譽類型。根據以上的分析，將刑法第三一〇條第三項但書的「私德」定性為隱私具有以下好處：第一、符合法益與權利法律體系的發展現況；第二、使誹謗罪的架構更加清晰，並促使誹謗罪的既有規定符合當今社會的需要。反之，如果拘泥刑法第三一〇條第一項的文字，而將刑法第三一〇條第三項的私德要件定性為名譽，則使得名譽的概念複雜化，並阻礙刑法誹謗罪規定能夠隨社會變遷而發展。

第二，刑法第三一〇條第三項可被解釋為獨立的犯罪行為構成要件。在現行刑法立法之時，刑法上的犯罪行為理論與隱私法益的概念尚未充分發達，這導致誹謗罪規定的條文結構安排不甚清晰，且部分法條文字的採用容易導致理解疑義。根據筆者理解，其實刑法第三一〇條第三項可被解釋為保障私生活不受言論干擾的獨立犯罪行為構成要件。根據立法者在刑法第三一〇條第三項所表現的價值判斷，可將本項規定重新詮釋並建構如下：「意圖散布於眾，而指摘或傳述他人與公共利益無關之真實私德之事者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」

基於刑法第三一〇條第三項的現有條文規定，立法者已經表示了保障個人私德事務不受言論干擾的價值判斷，因此刑法第三一〇條第三項的構成要件客體（與公共利益無關之真實私德之事）早已具備。至於構成要件行為（意圖散布於眾，而指摘或傳述…）與法律效果（處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金），其實已規定於刑法第三一〇條第一項。當這些構成要件行為與法律效果已規定在同法條第一項，因此立法者就沒有在刑法第三一〇條第三項中重新陳述。這種立法形式具有用語經濟的效果。但是，為了避免相同構成要件行為與法律效果在同一條文之內前後重複規定，卻引起日後學者與審判者的理解困難，也導致保護名譽與保護隱私的二個法律規則容易被混為一談。當我們根據以上法律解釋方式，將刑法第三一〇條第三項解釋為獨立犯罪行為構成要件時，便可合理將刑法第三一

○條第三項作為本文所提規則二的法律基礎，且並不違反罪刑法定主義。¹¹

針對本文揭示的二個規則加以分析，可以發現規則二（保護隱私）其實是規則一（保護名譽）的特別規定。如果刑法第三一〇條中僅僅存在規則一，則只有傳播不實資訊才屬於妨害名譽罪的處罰範圍，因此凡是傳播真實資訊者均不應受到處罰。然而，如果對於傳播真實資訊一概不加處罰，則可能導致個人私生活受到不合理的過度曝光。因此在立法政策上確實有必要針對某些涉及私生活的真實資訊流通加以管制，而保護個人隱私的政策決定，便表現在基於第三一〇條第三項所建構的規則二。這個制裁傳播真實隱私資訊的法律規則，構成了原本不制裁傳播真實資訊法律規則的特別規定。

不過，我們可以進一步探討：這個特別規定的範圍何在？或者，應受法律保護的私生活資訊範圍有多廣？由法律發展趨勢來看，隱私已經成為當代許多人所重視的利益，而隱私權立法則有日漸擴張的趨勢。但是，我們可否以此主張，應當擴張解釋刑法第三一〇條第三項但書的「私德」，以擴大隱私受保護的範圍？基於憲法保障言論自由的立場，這種擴大解釋受保護隱私範圍的作法將會造成言論自由範圍相對縮小，這顯然不利於人民的言論自由。由於言論可能同時具有外部利益與外部成本的性質，因此立法政策上應當促使言論的外部利益大於外部成本（隱私受損），或者使保障隱私的利益大於言論自由受限制的損害，才合乎憲法比例原則（狹義比例原則）。由於衡量這二種利益的相對大小涉及個案事實與價值觀立場，因此必須依照案件類型或個案進行判斷。鑑於本文目的在於對刑法誹謗罪進行抽象規則層面的分析與建構，因此本文此處即不具體討論隱私與言論自由的具體問題。

三、誹謗罪消極要件：四種言論免責權

11 事實上，在本文重新建構復原的刑法第三一〇條第三項中，所有構成要件要素均來自於刑法第三一〇條第一項與第三項的既有構成要件規定。被建構的條文只是來自於既有法條文字的重新組合，並未使用本條文規定之外的要件，在實質上未增加法律未規定之內容，在應用上也沒有增加人民言論自由所受限制，因此如此解釋應能符合罪刑法定主義。

關於規則一與規則二的構成，二者均有消極要件規定，這是討論刑法保護名譽與隱私的第二個重要問題。在現行法上，刑法第三一〇條第一項（妨害名譽）與第三項（妨害隱私）是誹謗罪的基本積極要件，至於刑法第三一一條，則是規定了可罰行為的除外範圍，因此是妨害名譽與妨害隱私等犯罪行為的消極要件。作為排除誹謗罪成立的消極要件，刑法第三一一條創設或確認了一般人民在法律層次上所享有的言論免責權。

根據法律位階理論，言論免責權有來自於憲法規定者，亦有來自於法律規定者。前者如憲法第七十三條：「立法委員在院內所為之言論及表決，對院外不負責任。」。後者如一般人民根據刑法第三一一條享有的言論免責權。不過，在法律技術層面來看，刑法第三一一條究竟只是阻卻犯罪成立的消極性抗辯事由，或者是賦予權利的積極性規定，在刑法犯罪理論上或許有值得討論之處。如果根據第一種方式定義刑法第三一一條的四款規定，或許就不宜主張刑法第三一一條創設或確認人民的言論免責權。但根據第二種方式加以定義，則可主張刑法第三一一條創設或確認了人民的言論免責權。

如果僅僅是在刑法脈絡下討論這個問題，或許我們可能陷入見仁見智的學說立場爭執。然而，當加入憲法觀點之後，或許則這個爭議就比較容易獲得解決。由於憲法第十一條明文賦予人民言論自由權利，如果不具備憲法第二十三條法律限制自由權利的情形，人民原本就「當然」、「自動」具有發表言論的自由。既然刑法第三一一條不處罰發表言論行為，當然就是限制了國家刑罰權範圍，從而界定了人民的言論自由權或言論免責權。如果再加入法律邏輯學觀點來看，解決這項理解爭議便更加容易。在邏輯上，相同內容的法律條文，可以使用正面規定或反面規定二種方式界定權利或義務，或是用積極要件或消極要件方式規定。¹²例如，憲法第七十三條民意代表在憲法上的言論免責權就是使用反面方式加以規定。當消極與積極規定方式是表現同一事物的二面時，如果過於拘泥語言陳述形式，則容易滋生無謂的爭議，而使我們在「創設權利」或「不禁止」，以及「剝奪權

12 當然，這並不意味在立法技巧上消極與積極要件方式均適合任意彼此取代。在某些情形下，法律條文要件以消極方式陳述較經濟，但有時則以積極方式規定較為便利。

利」或「確認權利範圍」之間製造觀念糾紛。關於如何針對刑法第三一一條的法律性質加以定性，各學者可以根據不同的討論脈絡與研究需要加以選擇，強求普遍的定性方式，可能妨礙了研究的便利。爲了凸顯誹謗罪的憲法含意，本文此處將刑法第三一一條定性爲在法律層次上的言論免責權規定。¹³

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，而爲適當之評論者。四、對於中央及地方之會議或法院或公眾集會之記事，而爲適當之載述者。」由法條形式可知，刑法第三一一條的各款規定，均可作爲妨害名譽及妨害隱私等罪的消極要件。換言之，這四款正當理由均可排除妨害名譽及妨害隱私等罪的成立。¹⁴而在內容上，這四款規定作爲傳播真實與不真實言論的正當理由，也具有規範上的合理性。

（一）言論免責權共通要件：善意發表言論

在針對這四種言論免責權進行逐一討論之前，應先釐清「以善意發表言論」的意義。根據條文的形式規定，「以善意發表言論」是刑法第三一一條中四款規定的共通要件，因此如果不具備「以善意發表言論」要件，行爲人不得援用本條文中任一款規定作爲免除誹謗罪成立的正當理由。在刑法律典條文之中，只有本條文使用「善意」作爲主觀要件。而在民事物權法與契約法之中則有所謂「善意受讓」（用於無權處分）與「善意第三人」

13 刑法第三一一條免除人民言論責任的條件較爲嚴格，與憲法第七十三條的規定不相同。如果不具備「善意發表言論」要件，則發表演論者無法免除法律責任。這是否意味刑法第三一一條並非是言論免責權條款？或者，在我國法律中，言論免責權是否僅限於沒有主觀要件限制的免責規定？依本文所見，與憲法第七十三條相比，刑法第三一一條增加了「善意」要件，這只是在責任標準或免責標準程度上的差異，而不是免責權與非免責權的差異。值得再次重申的是，在法律規則的抽象分析層面，消極要件與積極要件只是規則表現形式不同。關於言論責任標準，見本文肆、四以及伍等相關部分。

14 這種主張在法條文義解釋上應有根據。刑法第三一一條列於刑法第三一〇條之後，且未明文排除刑法第三一〇條任何一項的情形，因此應可適用於刑法第三一〇條的任何一項，亦即均適用於妨害名譽及隱私的情形。

（用於無權代理）的概念。民法上的善意概念指的對於法律行為缺乏合法要件的事實不知情，因此是否符合善意要件取決於行為人的「事實認知」，而不是「態度好惡」¹⁵。這種民法上的善意概念可否用於詮釋刑法第三一一條的「善意」？由於刑法第三一〇條包含妨害名譽及妨害隱私二種犯罪型態，而這二種犯罪所涉及的保護法益不同，因此應當分別而論。

1. 妨害名譽與善意發表言論

在妨害名譽罪的情形，言論內容真偽是受害人與行為人的主要爭點，因此可用認知意義的「善意」概念處理言論真偽的責任，而這種解釋也符合刑法管制言論的目的。事實上，我們每一個人無日無時不在傳遞與接收資訊。如果法律規定人民只能夠傳遞真實資訊，而傳遞內容不實的瑕疵資訊者必須受罰，則勢將造成人民必須花費更多成本從事自我言論審查，因此對人民的發表言論造成很大的負擔與限制。反之，如果法律對於傳遞瑕疵資訊一概不處罰，則傳遞瑕疵資訊的法律責任成本將降低，而可能導致瑕疵資訊的生產量增加。當社會充斥更多瑕疵資訊時，人們必須花費更多成本分辨真實與虛假資訊，如此一來社會成本增加，而言論市場生態也有惡化之虞。由此可見，當法律處罰或不處罰傳遞瑕疵資訊，都會各自引發某些不同的社會成本。一律處罰傳播瑕疵資訊將增加人民審查自我言論的成本，一律不處罰傳播瑕疵資訊則增加人民審查他人言論的成本。合理的法律管制立場，應該促成這二種成本總和的極小化，過度嚴格與過度寬鬆的管制，則可能使得這二種成本的總和高於理想水準。

爲了實現言論自由最適管制的目的，我們不需處罰一切傳播瑕疵資訊的行為，而可以容忍一些可能的瑕疵資訊流通，以避免因噎廢食反而阻礙了有價值訊息的傳遞。刑法第三一一條立法理由認爲：「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，概不處罰。庶於保護名譽及言論自由兩者折

15 值得注意的是，「善意」二字雖來自於日常語言，但經使用爲法律概念之後，已經與原有的日常意義大不相同。這是法律技術語言與日常語言的重要差異。如果一概將日常語言的意義直接應用於法律解釋，很可能導致誤解。在理解法律條文意義時，法律初學者與一般人經常發生這種誤解。

衷，以求適當。」此處立法理由的文義其實相當清楚：凡是屬於本條列舉的四款情形，即使行為人發表的言論事後被證實為不符事實，也不在處罰之列。

不過，在刑法第三一一條值得強調的是，行為人發表言論時必須具有「善意」的主觀要件。本文以為，本條的善意應與民法上的善意概念具有相同意義。在民法上，如果只要求單純善意，則即使相對人沒有法律上的處分權或代理權，行為人的法律行為仍受到法律所保障，而不問行為人是否善盡調查真相之能事。除非法律另有要求當事人負有注意義務，才能夠以當事人的過失排除法律保障。以「認知意義」的善意概念解釋刑法第三一一條可知：只要行為人發表言論時不是明知言論內容為虛假，便可不受刑法制裁。即使是在行為時資訊真偽不明的情形，只要行為人不是故意傳播瑕疵資訊，則發表瑕疵言論不在法律處罰範圍之內，而且也不應以事後證明言論不實而加以處罰。¹⁶

如此一來，或許有人會認為刑法的管制言論立場太過寬鬆。難道只要不是明知虛偽資訊，任何人就可以不經查證而傳遞資訊？根據刑法第三一一條的本文與立法理由可知，現行刑法正是採取這種立場。難道刑法不要求行為人負有查證義務？就條文與立法理由觀察，我們確實找不到刑法第三一一條課予查證義務的規定。或許有人認為，不課予查證義務應是刑法的漏洞，我們必須在解釋上課予查證義務以填補漏洞，否則將導致真偽不明的資訊過度氾濫。雖然這種主張課予查證義務的論點似乎很合理，不過卻不是一個良好的刑法解釋。

根據法治國原則，課予人民法律義務必須遵守法律保留原則。如果沒有法律明文規定，則不應使人民負擔法律義務。因此在公法的法律解釋上，我們不可以使用漏洞填補的解釋方法增加人民公法上的負擔¹⁷。在刑法上，

16 本文以「認知意義」解釋在刑法第三一一條「善意」，而向來學者則習慣以「態度意義」解釋本條「善意」。關於過去學者對善意的解釋，學者鄭逸哲已有所整理分析，見鄭逸哲，解剖誹謗罪之構成要件－評析台灣高等法院八十七年度上易字第6229號判決，月但法學 83 期，頁 241（註九），2002 年 4 月。

17 當然，在給予人民利益的給付行政則沒有如此嚴格的限制。

這種法治國原則的要求則表現為罪刑法定主義以及禁止類推適用。否則，如果司法機關可以逕行填補所謂的刑法漏洞，將可能導致刑罰權的實施流於不確定與浮濫，而增加人權遭受恣意侵害的機會。刑法如果有漏洞，大可由立法機關修法加以填補。如果立法機關對於刑事法律漏洞的填補沒有任何作為，也不應由司法機關越廚代創¹⁸。

刑法第三一一條免除行為人查證義務只限於列舉的四種情形。其他一切的發表言論行為若是涉及傳播不實資訊導致他人名譽受損，依法仍應受制裁。換言之，只要受害人能證明名譽有受損之虞以及言論內容不真實，行為人即不能以行為時不知資訊內容真假進行抗辯。在刑法第三一一條的四款情形以外，行為人原本就必須為言論負完全責任，如果行為人疏於查證而貿然發表言論，法律並不容許在行為後可提出非故意傳播假資訊作為抗辯。從這個觀點看，其實刑法基本上對於人的名譽還是提供了高度保護。僅僅只有在四種情形下，刑法才賦予言論免責權。刑法第三一一條的四種除外規定，反映了當初立法者對於管制言論的價值判斷立場，至於是否應當減少或增加這些言論免責權的規定，則應由當今立法者加以決定。

2. 妨害隱私與善意發表言論

在妨害隱私案件，受害人能夠主張損害與追究責任的前提，必然是行為人的言論為真實。如果行為人的言論不真實，受害人有何理由主張隱私受到暴露而受損？就涉及妨礙隱私的行為人而言，通常發表言論者不會在言論中自我主張內容虛假，因此行為人在發表言論時自認言論內容真實是一種常態。所以在妨礙隱私案件中，行為人與受害人的爭執焦點通常不在於言論真偽，而是在於言論的資訊內容是否不合理侵入私生活領域。

在言論侵害隱私的案件，如果不需要爭執言論內容真偽是常態，其實就沒有適用「以善意發表言論」的必要性。「以善意發表言論」要件是用來分配查證資訊真偽的成本與言論風險的法律機制，適用於妨害名譽案件比較有實益，而適用於妨害隱私案件則無實益。在討論妨害隱私案件的言論

18 如果是私法則不在此限，司法機關對於私法上的法律漏洞享有較大的填補漏洞權限。

免責理由，只需要直接討論個別四種免責條款的要件即可，而不需再討論行為人是否「以善意發表言論」。當我們在刑法第三一〇條區分出妨害名譽及妨礙隱私的二種不同犯罪類型之後，在此處便很容易理解「以善意發表言論」要件運用在傳播真實資訊與傳播不實資訊案件的差異。

此外，由相反的角度看，也可以幫助我們理解為何在言論侵害隱私的案件不須討論「以善意發表言論」要件。當我們以「認知意義」解釋善意概念時，要求行為人以善意發表言論，就是要求行為人不得故意傳播虛假資訊。這種要求在妨害隱私案件中並沒有保障人民隱私利益的功用。爲了保護人民的隱私利益，法律應該禁止對私生活資訊從事蒐集與查證，而不是要求傳播資訊者不得故意傳播虛假資訊。如果傳播資訊者可以根據非故意傳播虛假資訊免責，這並不合保障隱私的目標。

我們是否可以爲了保障隱私權，而以「態度意義」解釋「以善意發表言論」？依照這種建議，則僅當行為人主觀上不具有惡劣動機，方可適用刑法第三一一條的正當事由享有言論免責權。依本文見解，關於適用刑法第三一一條，應重視客觀要件是否具備，而不需要討論行為人內心主觀動機。以動機作爲出罪入罪的標準，則法院必須在案件中調查當事人的內心態度，如此不但增加訴訟上的司法調查成本，也與促使刑法客觀化以保障人權理念不一致。根據以上分析，在侵害隱私的誹謗罪類型，將刑法第三一一條的善意解釋爲贅餘規定是比較合理的作法。

（二）四種言論免責權類型

根據立法者的價值判斷，只要具有刑法第三一一條所列舉事由之一，不論言論內容真假，也不論言論內容是否涉及個人隱私，均可一概享有言論免責權而不受刑法制裁。根據經濟學觀點可知，當其他條件不變時，來自法律制裁引起的成本越低，則有利於增加言論的供給。如果法律創設了太多言論免責的類型，民譽及隱私受到言論所傷害的機率將增加。在現行刑法第三一一條規定之下，言論免責權共有四種類型。筆者認爲，這些法定言論免責權的類型數目並未過多，因此人民一方面可根據這些有限的言論免責權自由發表言論，另一方面人民的名譽及隱私也未承受過多言論攻擊的危險，因此這種價值判斷上的折衷立場尚屬合理。以下茲

分述各種言論免責權的法理依據及要件：

1. 因自衛、自辯或保護合法之利益者

當人民爲了保護自己的合法利益而發表言論，如果法律要求發表言論者必須證明言論真實始能免於刑法制裁，如此一來法律對於人民防衛個人合法利益將課予沉重負擔，恐有不合比例原則的違憲嫌疑。尤其是在司法訴訟程序，憲法明文規定人民有訴訟權，如果人民在訴訟中因畏懼言論賈禍而難以暢所欲言，這將妨礙人民行使訴訟權，也不利於司法制度的公正運作。

基於以上這些考量因素可知，在限制言論自由導致人民合法利益受損，以及放任言論自由導致人民名譽受損之間，此時立法者選擇了言論自由優先的立場。這種價值判斷應具有合理性。否則，如果法律要求一個人爲了他人名譽利益而無法發表言論防衛自己利益，這種要求豈非太過苛刻？當自己的合法利益與他人名譽利益之間可能發生衝突時，法律允許個人可以發表言論優先保護自己利益，這是比較切合人性與常情的作法。同理，當人民發言保護自己合法利益而導致他人隱私受損時，法律允許個人可以優先照顧自己利益而犧牲他人隱私，這也是一個合理規定。畢竟，在沒有法律明文課予保護他人利益的義務時，個人並未有照顧他人利益的義務。

在本款的解釋適用上，言論免責權應可不限於司法訴訟程序中的言論，在立法或行政程序中，如果人民爲了保護個人合法利益而對立法機關或行政機關提供資訊，亦應享有本款言論免責權。此外，除涉及國家機關介入的情形之外，在私領域的營利法人與非營利法人內部，成員也得主張本款言論免責權。筆者的立場是，只要人民具有法律上的合法利益，除非有來自法律的明文限制，人民在任何公、私領域場合均可自由發表言論保護個人利益。

關於本款的適用，有一問題值得最後加以討論：言論發表人所防衛的利益是否必須與受影響的法益具有相當性或合比例性的關係？個人可否爲了保護自己的微小利益而發表言論影響他人重大名譽利益或隱私利益？雖

然在直覺上將本款加上相當性或合比例性要求似乎較為合理。不過，如果我們解釋本款言論免責權必須在合比例性條件下才能適用，這顯然是利用法律解釋限縮了立法者所認許的言論自由範圍，因而擴張了刑法的可罰範圍，如此恐怕有違反罪刑法定主義之虞。即使我們認為合比例性的確是一個值得考量的因素，但這種價值判斷應由立法機關決定，方能合乎法治國原則的要求。

2.公務員因職務而報告者

國家機關負有法律義務執行其法定職務，且必須基於充分資訊方能妥善決定如何執行公務。法律允許公務員從事職務報告時享有言論免責權，對於公務員執行公務自有必要。否則，若公務員畏懼刑責而不敢充分報告所獲得一切資訊，將不利國家機關履行法定執掌。根據本款言論免責權，公務員不知資訊真偽而提出報告，或者因過失而不知資訊真偽而提出報告，以致他人名譽有受損之虞時，公務員仍可根據本款主張言論免責。當然，如果公務員是故意報告不實資訊導致他人有名譽受損之虞，則不符合「善意發表言論」的前提，而不得根據本款主張言論免責。

至於在隱私利益受到言論侵害的情形，基於本文先前所述，「善意發表言論」不應成為判斷言論免責的考慮因素。準此，公務員即使明知其職務報告將導致他人隱私受損，仍可適用本款言論免責權。由於公務的執行具有公益性，當公務員從事職務報告而可能與人民隱私利益發生衝突時，現行法顯然是採取優先保護公務運作的立場，以致人民的隱私利益受到犧牲。

關於本款「因職務而報告」的意義，基本上應當包含國家機關之內的內部報告。不過除此之外，是否包含外部報告？當公務員對機關以外的其他國家機關或個人提供資訊，是否屬於本條言論免責權的範圍？例如，衛生機關公務員對立法機關報告傳染病的流行情形，可能影響到某些人的財產或人格法益。或者衛生機關因過失而誤認某人感染法定傳染病並加以宣告，可能導致當事人名譽受損。在以上這些情形，公務員可否主張本款言論免責權？

根據刑法第二一條規定，公務員「依法令之行為」應可阻卻違法，因

此本款事由對於公務員的保障似乎是多餘規定。不過，在涉及侵害人民名譽法益時，當公務員對於資訊真偽的認定具有過失，如果刑法第二一條規定僅限於不具過失行爲¹⁹，則公務員即無法援用這種阻卻違法事由。換言之，實施依法令之行爲固然可以阻卻違法，但是公務員實施依法令行爲時仍應負有注意義務。如果所實施行爲低於注意義務的標準，則似乎不應免除法律責任。在公務員判斷言論真偽具有過失而從事報告時，刑法第三一一條第二款的言論免責權對於公務員的言論保障便有實益。當公務員從事外部報告涉及影響人民隱私法益時，如果公務員因過失而揭露了過多的人民隱私資訊時，此時適用刑法第二一條也可能有所困難。因此刑法第三一一條第二款也可以保障公務員免於因過失言論行爲侵害隱私而受刑事追訴。簡而言之，言論免責權的目的就是使發表言論者能夠免除一切法律責任。準此，即使行爲人對於言論內容真偽的判斷有所過失，也不須負法律責任。

由以上分析可知，如果本款言論免責權不適用於機關外部的報告，則公務員對外發表言論仍然面臨嚴重的言論刑責威脅。當代工業社會具有高度的「風險社會」特質，眾多政治、經濟、衛生、公共安全事項往往需要國家機關進行快速回應，否則可能導致立即性的重大公益損失。在回應時間有限之下，如果要求公務員對社會大眾發表言論必須善盡注意義務始能免於言論責任，有時可能降低了行政機關快速反應的能力。鼓勵公務員對社會大眾進行迅速報告，可以使社會大眾能夠即時接收訊息，並使社會大眾能免於因資訊不足所導致的不利益。雖然公務員對社會進行快速報告可能導致過失言論侵害人民名譽或隱私法益，但是在兩相權衡之下，如果容忍這些損害有助於實現更重要公益，則法律應使公務員免於過失言論刑責。當然，如此一來，人民因為公務員的過失言論而受有名譽或隱私法益損害，將喪失追訴刑事責任的權利，但是仍可請求國家賠償。

3.對於可受公評之事，而為適當之評論者

19 所謂「依法令之行爲」，在文義上似乎不包含公務員的過失行爲。法律雖然可容忍公務員履行法定職務時侵害他人法益，但是根據憲法上比例原則的「最小侵害」要求，法律應不至於容忍過失執行法定職務引起的人民法益受損。

對於手無寸鐵的人民而言，言論是監督政府與政治人物的利器。對於弱勢平民而言，言論是監督大企業與社會強勢者的重要方法。對於一般人而言，言論也是運作社會制裁壓力使他人循規蹈矩的重要手段。根據法律社學觀點，社會制裁與法律制裁都是維護社會秩序的重要手段。爲了實現社會制裁，人民能夠褒貶他人是一項必要條件。若是資訊與意見無法流通，則難以集合眾人之力實施社會制裁。基於社會輿論對於民主憲政與社會秩序的維護具有如此重要地位，這應是刑法第三一一條第三款針對社會輿論開放言論自由的立法目的。

在傳播、通訊、資訊科技發達的當代社會，各式媒體大行其道。由於這些傳播媒體的言論內容絕大部分都不是爲了主張個人權利或執行法定職務，而幾乎都是以第三者立場發表與傳播言論，因此刑法上規範這些媒體言論的最重要規定是刑法第三一一條第三款。雖然本款言論免責權應是賦予各式傳播媒體言論自由的最重要刑法規定，但卻也是意義最不確定，可能引起最多爭議的一款。根據本款規定，凡是屬於可受公評範圍內事項，眾人的適當評論皆可享有言論免責權。不過，所謂「可受公評之事」是一個不確定法律概念，而必須經由法院解釋加以具體化。雖然立法者使用這個概念可能導致法律的適用陷於不確定，但是另一方面卻能夠賦予法院彈性解釋的空間，使法律的適用合於時代變遷與社會發展需要。

公共利益的有無，可作爲界定「可受公評之事」範圍的一個初步原則。如果是與公益無關的事項，則允許人民可以受到言論免責權的保護，將可能導致過多沒有公益價值的不負責任言論充斥社會，對於言論當事人與社會均無益處。至於何種事項具有公益性質？如果以最嚴格標準加以界定，則必須是涉及國家、社會普遍利益的事項，才具有公益性質，例如政府職能、司法、治安、國防、交通、教育、衛生、社會福利等等事項。不過，在人際往來頻繁、社會關係多樣的現代社會中，以這種嚴格標準界定公益，恐怕公益範圍將過於狹窄。因此只要任何事項可能涉及相當數量以上特定或不特定人的正當利益，即可認定爲具有公益性。例如，某人過去曾經犯罪服刑的事實，可認爲屬於可受公評之事。因爲犯罪人出獄後可能接觸相當數量以上的特定人或不特定人，這些人士對於知悉相對人犯罪歷史可能

具有正當利益²⁰。

其次，在隱私日益受到重視的當代社會，「可受公評之事」的範圍應當受到人民隱私權所限制。如果是單純屬於個人私生活的事項，而其他人士對於這些事項的資訊沒有法律上請求權或正當利益可資主張，則這些事項應被認為是受到隱私權所保障的隱私。至於個人私生活事項如果可能涉及其他人的利益，則法院應當進行價值權衡，以界定出「可受公評之事」範圍。當個人隱私利益高於他人利益時，法院應認為系爭事項不屬於「可受公評之事」；反之，若他人利益比言論當事人的隱私利益更重要，則系爭事項應認為屬於「可受公評之事」。

最後應注意的是，關於本款言論免責權的適用並不以發表評論或意見為限，而應包括事實陳述。雖然本款規定之行為態樣為「適當之評論」，但是解釋上應包含對於事實性資訊的傳播與公開。為了說服閱聽人以達成評論目的，評論人當然必須陳述具體的人、事、時、地、物情節作為佐證。否則，只有結論而缺乏事實描述的評論，將淪為空泛之談而毫無說服力，也無從實現刑法第三一一條第三款針對評論行為開放言論免責的立法目的。

4. 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

針對某些國家機關或特定公共活動所處理的資訊，本款特別明文納入適用言論免責權範圍，以促進其流通。為了達成角色機能，立法與司法機關必須經常處理大量資訊，例如民意代表的發言或是訴訟當事人的陳述。這些資訊的內容並不一定合於事實，也可能涉及特定人的隱私。如果容許這些資訊可以任意流通，有可能導致人民名譽或隱私受損。之所以本款將這些資訊的流通列入言論免責權範圍，應是顧慮到立法與司法機關在促進民主與法治的重要地位。以立法機關為例，法律是立法程序與會議的結果，如果人民無法在法律制訂過程中充分獲得相關資訊，恐將淪為是只能接受

20 例如美國聯邦與五十州均有所謂「梅根法」(Megan's law)。這項法律起源自 1994 年紐澤西州七歲女孩 Megan Kanka 遭受出獄性犯罪者姦殺事件。為了使人民能夠對出獄性犯罪者有所防範，該州在事發後迅速通過法律使人民可以在政府檔案中查閱出獄性犯罪者資訊。

立法結果的統治客體，而不是能夠主動影響立法內容的統治主體。以司法機關為例，法院的判決不但對於個案有拘束力，對於其他類似案件也具有判決先例的引導效果，因此法院判決也可能影響他人的權利義務。即使一般大眾並非訴訟當事人，對於了解法院判決亦有正當利益。如果在這些機關內所發生的言論無法普遍流通於社會，大眾將難以監督這些機關的表現，也難以發揮公民意識參與公共意見的形成。

因此根據本款規定，凡是傳播這些立法與司法機關所處理的資訊，且符合非明知資訊不實的善意要件，便一概能享有言論免責權。至於本款所謂「公眾集會之記事」，應指人民行使集會遊行權過程所產生並受到記錄的資訊，或是其他公共領域活動所產生並受到記錄的資訊。不論是國家機關所處理的資訊，或是人民公共領域活動所生產的資訊，其根本來源是特定的發言者，這些發言者其實才是最終應負言論責任的主體。雖然這些應負言論責任的主體可能會援引「民意代表言論免責權」、「防衛性言論免責權」或「公共事務合理評論免責權」而免於刑事追訴，但這些發言者的言論妥當性仍可由立法機關與司法機關的決策程序加以判斷，或是由社會大眾加以判斷。至於傳播報導者，如果不是故意傳遞錯誤資訊，則並無必要受到刑法制裁。

參、誹謗罪思考判斷流程

根據本文所詮釋的誹謗罪規則可知，立法者對於管制言論自由採取雙重差別待遇立場：對於刑法第三一一條四款類型的特種言論，只要發表言論者並非故意傳播不實資訊，則不論言論真偽或是否影響人民隱私，均一概納入適用言論免責權的範圍。對於刑法第三一一條以外的一般言論，如果言論內容不真實有導致他人名譽受損之虞，或是言論內容真實而影響他人與公益無關的隱私，則一概加以處罰。²¹基於這種雙重差別待遇的管制結

21 根據刑法第三一一條，我們可以認為這四款規定的言論是立法者有意給予特殊待遇的言論，除此之外的言論則是不具有言論免責權的言論。根據這種差別待遇，可見立法者將刑法第三一一條的四種言論給予較高度評價，而給予以外其他言論較低度評價。

構，關於判斷誹謗罪的成立，我們可以得出一個簡單易操作的思考判斷流程：

一、系爭言論是否屬於特種言論？

如果結論為肯定，則只要被告不是故意傳播不實資訊，則不論被告動機如何，是否善盡查證能事，被告言論自始不在刑法制裁之列，法院可立即判決被告無罪，不須再進行其餘辯論與調查程序。²²關於被告是否故意傳播不實資訊，根據刑事訴訟法的無罪推定原則，被告不須負擔舉證責任。

二、如果系爭言論並非特種言論，則進一步判斷：

（一）系爭言論內容是否不真實？

如果言論內容不真實，且有導致他人名譽受損之虞者，則不論被告動機如何，是否有盡查證能事，被告之言論應成立刑法第三一〇條第一款誹謗罪。簡言之，當法院已有足夠證據認定被告言論內容與事實不符，則立即可判決被告有罪，不需再針對其餘事項進行任何辯論與調查程序。關於言論是否不真實的舉證責任，根據刑事訴訟法的無罪推定原則，被告不須負擔舉證責任，而應由原告或受害人負舉證責任。當法院並未獲得足夠證據認定言論內容不真實，或者已有足夠證據認定言論內容為真實，則可應判決被告不成立刑法第三一〇條第一款誹謗罪。不過，如果受害人提出隱私受損的主張，則法院應進一步判斷：

（二）系爭真實言論是否涉及與公益無關的隱私？

當法院判斷系爭案件是否涉及侵害隱私時，基本上不需要針對事實進

準此，在刑法的言論管制架構上，已呈現出高價值言論與低價值言論的二種基本類型。這種高、低價值言論的類型，很容易令人聯想到美國法院「雙階理論」所建立的高價值與低價值言論類型。對於我國刑法建立的高、低價值言論類型與美國法「雙階理論」進行異同比較，應是值得研究的有趣問題，本文限於篇幅即不在此加以申論。關於美國法「雙階理論」的介紹，可參見林子儀，言論自由導論，收錄於台灣憲法之縱剖橫切，頁 103-179，元照出版，2002 年。

22 關於這一點，學者林鈺雄亦有相同意見，且認為這點往往被質疑誹謗罪入罪化論者所忽略，見林鈺雄前揭註 3 文，頁 75。為何如此明顯的法律適用關係，長期以來受到學者與實務工作者所忽略，是一個值得探討的有趣問題。不過這與本文主要論點無關，故本文即不予以深究。

行調查與辯論。當受害人追究被告言論侵害隱私，必然是自認被告言論真實為前提，否則有何隱私損害可言？而在被告方面，如果被告當初發表演論時並未直接或間接對於言論內容正確性有所保留，則應認為被告發表演論時也自認言論內容為真實。此時法院審判言論侵害隱私案件時，原則上只須判斷系爭言論所述事實是否涉及與公益無關的隱私。如果法院認為言論陳述內容屬於單純私生活資訊，且其他人對於知悉這些資訊並未有法律請求權或正當利益可資主張，法院即可判決被告有罪，反之，則可判決被告無罪。

當我們在討論刑法條文的構成要件該當性時，必須檢查所有的積極要件與消極要件。在實務上為了追求審判效率，我們應先檢查消極要件。如果系爭個案事實符合某些消極要件，法院立即可以作出無罪判決，而無須支出額外時間、腦力檢查積極要件。反之，如果我們先檢查積極要件，然後發現本案事實該當某些消極要件，則先前關於積極要件所花費的各種有形、無形成本即成為浪費。

肆、二元化言論市場管制模式之合理性

根據文義與立法理由理解刑法第三一〇條與第三一一條，確實可以發現立法者有意而且明文建立了言論市場的二元化管制模式。在所有的言論之中，屬於刑法第三一一條特種言論者，只要發表演論者並非故意生產虛假資訊，立法者採取一概不加以處罰的管制立場，因此建立了一個低度管制與高度自由化的言論市場。反之，對於刑法第三一一條以外的一般言論，立法者採取了較為嚴格的管制標準，凡是言論內容不真實而有妨害他人名譽之虞，或是言論涉及他人無公益價值的隱私，則一概加以處罰，而不容行為人以曾經善盡查證能事或動機良善免除刑事制裁。因此在一般言論的言論市場中，人民享有的言論自由程度較低。

筆者認為，這種二元化管制模式具有許多優點，分述如下：

一、有利於建立清晰言論責任標準

我國關於誹謗罪的司法實務長期陷入價值判斷與思考上的混亂。既有

誹謗罪體系架構不明確，應是導致這個亂象的主要原因之一。當刑法上這種二元管制架構被釐清之後，應大有助於我國法院能夠以清晰、有效率的方式操作誹謗罪條文。更重要的是，這種管制模式能夠讓人民清楚理解言論犯罪的界線，使人民能夠充分享有言論自由，而不至於因言論犯罪標準不明而必須面臨不確定的刑事追訴風險。

在既有司法實務下，思考誹謗罪的成立必須牽涉認定善意與查證義務等問題，而使言論自由範圍的界定具有的高度複雜性與不確定性，這不但增加了人民行使言論自由權利的負擔，也不合法治主義下法律應盡量明確的要求。更重要的是，既有司法實務違背了刑法誹謗罪本身的規定，而不當剝奪了人民原本可享有的言論自由。在本文所詮釋還原的架構下，判斷誹謗罪的基本上只需要處理刑法第三一一條的四種言論免責權規定、法益種類、資訊內容真假與公共評論領域範圍（是否為可受公評之事或私德之事）²³等考量因素即可，而不再需要進一步處理善意與查證義務問題，因此大幅簡化了思考流程，也使人民能夠更輕易理解言論自由的範圍²⁴，並回復人民在既有法律規定下原本應享有的言論自由。

二、合理權衡言論社會利益與社會成本

當法律對於言論的管制傾向於寬鬆，則人民發表言論的生產成本降低，因此有利於言論市場中的供給增加。但是相對而言，這使得人民維護名譽及隱私的成本上升，因此不利於人民對於名譽及隱私進行投資。反之，當法律對於言論的管制傾向於嚴格，則有不利於言論市場的供給增加，但

23 以邏輯學上的集合論來看，其實刑法第三一一條「可受公評之事」與刑法第三一〇條第三項「涉於私德與公共利益無關者」是相互排斥且共同窮盡的對立概念。以公、私二元論作為區分言論的分類標準時，當「可受公評之事」的範圍越廣，必然意味著「涉於私德與公共利益無關者」範圍越窄，反之亦然。由此可知，當隱私法益受保護範圍越廣，則在法律解釋上刑法第三一一條第三項「可受公評之事」的言論免責權範圍越窄。以本文先前表述的規則二來看，與公共利益無關之真實私德之事是規則二的積極要件（客體要件），而刑法第三一一條第三項「可受公評之事」的言論免責權是消極要件。當消極要件的範圍越廣，則規則二的成立機會減少。

24 當然，在本文架構下，可受公評之事或私生活領域的範圍界定仍然還是具有價值判斷上的不確定性。不過，這個不確定性是任何管制言論的法律架構所無法避免，因此並非本文架構所獨有的缺陷。

有利於人民對名譽及隱私進行投資。由此可知，法律對於言論自由的管制水準將影響到社會中各種不同的利益與成本。

依筆者意見，以二元管制架構作為誹謗罪的基本規則，能夠滿足合理權衡各種利益的需要。根據本文所詮釋還原的二元管制架構，在刑法第三一一條所規定的範圍內，刑法建立了一個高度自由的言論市場。在這個範圍之外，刑法建立了一個低度自由的言論市場，以鼓勵人民針對名譽及隱私利益進行投資。關於這個二元架構的妥當性，可以由言論免責權範圍及查證義務二個觀點加以討論。

當刑法第三一一條所承認的言論免責權類型越多，高度言論自由市場的範圍越大；反之，則越小。現行刑法對於言論免責權的規定類型究竟是過多或過少？筆者認為，在我國目前社會條件下，現有的刑法上言論免責權類型並未過多或過少，因此現行刑法對於高度自由言論市場的範圍界定並未太寬或太窄。

為何現有的刑法上言論免責權類型並未過多？對於這個問題我們可用假設性的刪除法加以思考。如果我們刪除任一種現有的刑法上言論免責權類型，而這種言論自由範圍的減縮將是我們所無法忍受，則可證明現有的言論免責類型並未過多。當然，回答這個問題必須參考人民的意見與實際社會條件，並非法律學者專家可以評己意妄下定論。不過，根據筆者本人價值立場，在刑法第三一一條的四款規定中，確實不容易找到堅強證據支持名譽及隱私利益會比這些言論免責權所保護的利益更重要。

至於現有的刑法上言論免責權類型是否過少，而有必要立法增加新類型？筆者認為，在目前階段，這個問題可以透過法官操作刑法第三一一條第三款「對於可受公評之事，而為適當之評論者」，加以解決，而不需由立法機關加以決定。由於誹謗罪的界定涉及複雜利益的平衡，因此我們不容易憑空論斷這個界線如何取捨。唯有當我們在誹謗罪上累積了足夠案件之後，才能夠有充分決策進一步考慮以立法創設新的言論免責類型。刑法第三一一條第三款適當公共評論條款是一個具有相當包容彈性的規定，而足以滿足社會發展的需要。我們應先使法院在這個條款之下發展更精細與更具體的類型。當新類型經由司法實務發展成熟之後，自可進一步以立法加

以成文化。在發展成熟之前，似乎沒有以立法新增言論免責類型的必要。

三、促進言論市場發達

在妨礙名譽誹謗類型的查證義務上，本文所詮釋的二元管制模式不需要討論查證義務的標準。在刑法第三一一條所規定的特種言論類型，因為法律採取不論言論真假一概不罰的政策立場，行為人即使沒有從事查證而傳播不實資訊，也不在刑法制裁之列。反之，若是刑法第三一一條之外的一般言論，則只要言論內容不真，行為人沒有以善盡查證義務而免責的餘地。對於這種作法可能有二種疑慮：在刑法第三一一條所規定的特種言論類型，不課予任何查證義務是否導致過度寬鬆的管制？對於刑法第三一一條之外的一般言論，不承認善盡查證能事而免責，是否導致過度嚴厲的管制？

對於以上第一種可能質疑，可用以下觀點加以回應：

刑法第三一一條所規定的特種言論類型，在內容上不是涉及公共利益就是正當私人利益。只要行為人不是故意傳播虛偽資訊，在法律上其實不需要課予查證義務，而可以放任言論市場的自由運作。免除行為人查證義務，首先可以促使刑法第三一一條所促進的公共利益或正當私人利益獲得充分實現。萬一這些言論的內容不真實以致其他人的名譽有受損之虞，利害關係人大可發表反制性言論以回復個人名譽利益。若是有可能受到言論所影響的名譽利益足夠重要，利害關係人自然有誘因投資生產反制性言論以回復名譽利益。如果沒有利害關係人出面發表反制性言論，則足以證明受到言論所影響的名譽利益不夠重要。

乍看之下，免除一切查證義務似乎可能導致言論市場出現過多低品質言論。不過，這個看法並未充分理解言論市場的特徵。當一個人不經查證而傳播錯誤資訊，則此人日後在言論市場中的可信度自然會降低，也會導致自己的各種有形、無形利益受損。因此即使法律沒有設置查證義務，行為人本身也有誘因自行從事適當查證。越是嚴格自我審查的發表言論者，越能夠因為言論可信度獲得言論消費者肯定而獲益；不嚴格從事自我審查的發表言論者，言論市場中的消費者自然會對言論真實性給予折扣。

對於言論市場的信心，其實必須訴諸於人民對於處理資訊具有理性的假設之上。如果人民缺乏足夠理性分辨言論品質，在言論自由的立法政策上，當然應該以國家管制取代言論市場。反之，如果人民具有足夠理性分辨言論品質，則篩選言論的工作交由言論市場自行運作即可，根本無須國家的介入。至於人民是否具有適當理性以分辨言論品質？筆者認為，這個問題很容易流於哲學與意識型態之爭而難有共識定論。不過，如果我們由民主的觀點來看，則比較容易找出共識答案。

純粹由哲學觀點分析，其實民主不見得是良好制度：市井之徒參與國家大事能夠產生出明智的決策嗎？大眾能夠不受巧言令色之輩所迷惑嗎？不過由人類當前經驗上來看，一般而言，發展民主較久的國家通常相對上政治較清明、產業與經濟較發達，較不民主國家則往往相對上政治較不清明，產業與經濟較不發達。由這個簡單的事實可以明白，雖然民主制度下偶爾會產生政治混亂，但是由經驗可知，長期而言民主制度相對上是一個比較好的制度，而人民的確具有適當的理性分辨政治言論的價值。既然人民有足夠理性分辨政治言論的價值，難道我們能否認人民沒有理性分辨其他言論的價值？當然，人民在處理資訊上具有理性並不意味人民具有完美的理性。由於人類的認知、推理能力受限於先天生物條件與後天的教育等因素，人類的理性當然無法絕對完美。因此如同民主政治一般，言論市場的運作過程中必然無法避免某些混亂。不過，如果只因為言論市場的均衡調整過程中出現混亂而進行干預，有可能會發生類似只因為民主政體中出現混亂而訴諸反民主的危機。

此外，或許有人質疑，言論市場的運作必須以人人在生產言論的能力平等為前提，如果人與人在經濟或社會地位不平等，則可能導致言論市場出現「市場失靈」的現象。例如，當個人名譽受到強勢媒體或是社會、經濟優勢者的言論所傷害，受害人可能沒有足夠的資力發表反制性言論。在充分自由競爭的言論市場中，這個問題的嚴重性其實較不嚴重。在一個發言機會受到壟斷的市場，這種言論市場失靈的社會成本自然有可能偏高。但是，如果是在一個充分自由競爭的言論市場，則其他第三者仍有誘因為受害者從事反制性言論。當言論內容越有可能滿足言論市場消費者的興

趣，潛在市場需求即越大，潛在生產者也越多。當某人發表了某種不實言論，如果這種言論的消費者夠多，受害者以外的第三者也可能生產反制性言論以供應市場需求。例如，如果某個媒體所報導的新聞不正確，而且這個事件的新聞價值夠高，則相競爭的其他媒體自然會報導正確新聞。如果其他新聞媒體沒有報導正確新聞的意願，則表示這件事的新聞價值不夠高。在一個民主憲政國家，國家對於言論的管制應符合比例原則下最小侵害的要求。爲了健全言論市場，國家應先採取避免使用媒體遭受壟斷的措施，以促進媒體競爭。唯有以上方式用盡而仍然無法導正言論市場失靈，方能採取更強的管制措施。

言論市場的可貴之處，正是在於以人民的價值判斷取代國家機關的價值判斷。尤其是在涉及公共利益與個人正當利益事項範圍內，言論的流通應當放任市場機能運作，也就是由社會公眾自行判斷。正是由於刑法第三一一條規定事項牽涉了公共利益與個人正當利益，我們更應該讓這些言論自由流通，並且鼓勵社會成員生產更多言論，以促進社會言論標準的自發性形成。在這些事項上，應當投入多少社會資源生產言論，以及值得投入多少社會資源保障名譽，最好是由社會加以決定。當法律設置了查證義務，則使得國家機關干預了生產言論的資源配置。在一個價值多元化而且變遷快速的當代社會，國家機關的決策可能往往難以平衡出種種細膩複雜的利益。

爲何免除查證義務能夠促進言論市場的發展？這個道理很簡單。許多訊息往往只有當事者本人或親近當事者的相關人士才能知悉。在涉及公共事務的事項，如果課予發表言論者查證義務，則意味著發表言論者必須向當事者本人或親近當事者相關人士求證訊息真偽。如果以上這些人不合作提供資訊，或是不置可否，則這些與公共事務有關的訊息將無法受到社會大眾所知悉。根據簡單的常識可知，當個人自己的言行資訊遭受公開而不利於自己時，個人當然不會向他人公開或承認這些資訊。而親近事件當事人的相關人士，如果與當事人具有共同利害關係，自然也不會對他人公開或承認訊息。如果法律在公共事務相關的資訊流通上設置查證義務，將有助於利害關係人阻礙資訊流通，也增加了他人生產言論的成本。如果這些

資訊涉及重要公共利益，則資訊的隱匿有可能損害重要公益。

反之，如果法律不設置查證義務，則發表言論者得以在未經利害關係人合作證實下散佈資訊。如果發表言論者所傳播的訊息內容恰巧為真，則社會大眾可獲得這項真實資訊。如果發表言論者所傳播的訊息內容不真實，則言論當事者可以藉由向大眾提供真實資訊而發表反制性言論。如此一來，言論市場的競爭機制將驅使利害關係人揭露資訊，而社會大眾也能夠免費獲得利害關係人原本不願公開的資訊。或者，其他非利害關係人也可以向大眾公開真實資訊，以打擊第一個言論發表人在言論市場的信譽。例如，當某一大眾媒體報導錯誤訊息，其他大眾媒體可藉報導正確訊息而在言論市場中獲利。以上分析清楚顯示，法律不設置查證義務能夠促進言論市場的競爭。當言論市場競爭程度越高，社會大眾可獲得更多訊息。反之，法律設置查證義務將增加生產言論的成本，並減少社會大眾可獲知的訊息量。依筆者所信，在公共事務領域中，法律不設置查證義務能夠促進資訊的生產與流通，從而有助於言論市場的發達，並連帶促進公益的實現。

對於二元化管制模式的第二個可能疑慮，在於不屬於言論免責權事項範圍內，發表言論者無法以善盡查證能事而免除犯罪成立。如此規定是否過度限制人民言論自由而有違憲嫌疑？依筆者所見，在刑法第三一一條規定範圍外情形，這些資訊並未牽涉公共利益與正當個人利益，因此在立法政策上原本就不需鼓勵生產這些言論。如果個人生產了這些言論，而且言論品質具有瑕疵（內容不真實），則不允許瑕疵言論的生產者以查證無過失作為抗辯，仍然屬於可接受的立法裁量。

以私法上的產品責任為例，商品製造人往往可能製造出危害消費者人格與財產法益的瑕疵產品。同理，在言論市場中，言論生產者往往可能生產出內容不真實的瑕疵言論。在理論上，法律可資採取的責任標準有：無責任、故意責任、重大過失責任、具體輕過失責任、抽象輕過失責任、無過失責任或嚴格責任。²⁵當法律採取了不同的產品責任標準，將會影

25 關於誹謗訴訟言論責任標準的經濟分析，見 Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, 324-325 (2000), Princeton: Princeton University Press.

響言論生產者的品管水準與言論供給量。當法律採取的標準越嚴格，則一方面對生產者造成提高品管的誘因，而另一方面增加了生產者的生產成本或品管成本，而不利於增加言論市場的供給增加。當法律採取的標準越寬鬆，則一方面對生產者造成降低品管的誘因，而另一方面減少了生產者的生產成本或品管成本，而有利於言論市場的供給增加。在刑法上，如果允許言論生產者以查證無過失作為抗辯，等於是採納了過失責任主義。只要行為人的查證符合法律標準，即使言論內容有瑕疵而導致他人受損害，行為人仍可免責。在無責任主義下，則行為人可一概不負法律責任。在無過失責任或嚴格責任主義下，則行為人必須為結果一概負責。

在調和言論自由與個人名譽及隱私法益之間，刑法應採取何種責任標準？在不具有言論免責權的情形，現行法採取無過失責任或嚴格責任標準，固然不利於言論的生產，但是既然這些言論本身不具有公益或個人正當利益，則加重瑕疵言論生產者的責任，並不會影響重要社會利益的實現，且能保護個人名譽及隱私，因此是一個合理立場。另一方面，在刑法第三一一條規定的言論免責權事項範圍內，法律僅處罰故意傳播不實言論者，乃是採取了故意責任標準。這些牽涉公益或個人正當利益的言論，即使事後發現具有內容不真實的瑕疵，只要行為人不是故意生產內容不實的瑕疵言論，均可一概免責。

四、減少訴訟成本支出

本文先前已多次談論現行法二元管制模式的合理基礎，此處再由責任標準與訴訟成本觀點加以分析。理論上而言，在訴訟個案中，無責任主義與無過失責任或嚴格責任主義是訴訟成本較低的法律責任標準，而過失責任主義則是訴訟成本較高的法律責任標準。²⁶在無責任主義之下，行為人一概不須負責，因此法院根本就不須調查任何事實，便可判決行為人不須負責。在無過失責任或嚴格責任主義之下，行為人必須為一切損害結果負責，因此法院只要認定行為、行為人、受害人、因果關係與損害的存在，便可

26 關於責任標準與訴訟成本的經濟分析，見 Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics*, 320-322 (2000), Addison-Wesley Longman.

直接判決行為人應負法律責任，而不須調查其餘事實。至於故意責任，則訴訟成本可能比無過失責任或嚴格責任主義略高，但遠低於過失責任主義引發的訴訟成本。在過失責任主義之下，法院必須調查行為人「應注意、能注意而不注意」等種種細節事實，方能判斷行為人是否能夠免責。至於故意責任，在刑事訴訟中，根據罪疑為輕原則，只要訴訟原告無法成功舉證行為人具有故意，則法院應判決行為人不具有故意，因此在故意責任標準下被告較容易脫免責任，而訴訟也較容易完結。

在現行誹謗罪訴訟司法實務，法院必須審理行為人是否善盡查證義務，而使得誹謗罪訴訟的法律責任標準成為過失責任主義，而導致法院必須花費許多司法資源審判案件。然而在本文所詮釋還原的二元管制架構下，則可大大減少這些訴訟成本。在刑法第三一一條規定的言論免責權事項範圍內，除非被害人原告證明被告行為人故意傳播不實言論，法院即可判決被告無罪而終結訴訟。在刑法第三一一條規定的言論免責權事項範圍外，則言論生產者必須負無過失或嚴格責任，只要原告能證明言論內容不真實，法院即可判決被告有罪而終結訴訟。兩相比較之下，現行司法實務在訴訟上消耗了許多調查與辯論成本，因此就社會成本效益分析觀點來看並不明智。在本文詮釋建構的二元管制模式下，訴訟成本極低，而且由於言論自由的界線較為清晰，更能避免許多無謂訴訟進入法院。

以上本文所說明的二元管制架構，來自於法律文義與立法理由的明文規定。現行誹謗罪司法實務背離了法律規定，因此必須立即加以改善，以符合法治國原則與罪刑法定主義的要求。至於現行誹謗罪條文所規定的二元管制架構是否合憲？根據本文先前關於言論市場運作特徵的說明，現行條文規定的確具有相當的合理基礎。準此，法院審判誹謗罪案件回歸誹謗罪條文的規定，不但能夠實現依法審判的義務，更能夠健全言論市場的發展。

伍、二元管制架構之應用：釋字第 509 號解釋評析

釋字第 509 號解釋代表了大法官試圖解決誹謗罪長期爭議的努力，也

是目前誹謗罪審判實務最重要的權威意見。本號解釋主要內容有二點：第一、大法官認為刑法誹謗罪的存在具有合憲性；第二、大法官針對刑法第三一〇條第三項「能證明其為真實」的意義加以解釋。關於第一點，涉及以刑法管制言論自由的合憲性問題，本文先前已在多處有所著墨，故此處不再申論。以下本文將檢討本號解釋第二點內容。

由一方面來看，刑法第三一〇條第三項「能證明其為真實者不罰」規定，對於發表言論者提供了阻卻犯罪成立的機會，因此有利於發表言論者行使言論自由。但另一方面來看，在言論市場的實際情形是，發表言論者往往無法保證自己生產的言論不具有內容不真實的瑕疵。如果言論事後被證明為不符事實，而言論生產者必須接受刑事制裁時，這對於言論生產者將構成了相當嚴重的法律責任風險。由此可知，當言論生產者無法完全確定言論內容真實性時，便不敢隨意使言論在言論市場中流通，這就是所謂箝制言論自由的「寒蟬效果」(chilling effect)。換言之，如果刑法針對內容不真的言論一概加以處罰，則等於採取「無過失責任或嚴格責任」管制言論產品，而這必然對於人民生產言論構成嚴重限制。

基於維護人民言論自由的動機，大法官特別針對「能證明其為真實者不罰」的意義加以解釋。在解釋文中，大法官認為：「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」。根據這種解釋，大法官顯然以「過失責任主義」解釋刑法第三一〇條第三項「能證明其為真實者不罰」。

由文義來看，大法官這種解釋其實相當不合乎一般人對於文義的理解，甚至可以說是違背了條文文義。「能證明其為真實者不罰」的文字已經很清楚地表示，只有合乎事實的言論才不在刑法誹謗罪制裁範圍之內。大法官的解釋卻使得不符事實的言論也能夠有條件地不構成犯罪。關於這一點，蘇俊雄大法官的協同意見書即陳述相當清楚：「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。」

為何大法官苦心對於法條從事如此不自然的解釋？其實本號解釋是掙

扎於維護言論自由與承認誹謗罪合憲性二難處境下的產物。不過，筆者認為，爲了同時維護人民言論自由與承認刑法誹謗罪合憲，只要直接使用刑法誹謗罪二元管制架構即可，而不須如此刻意扭曲法律文義。在刑法第三一一條言論免責權範圍內，法律自始對於言論產品責任採取故意責任標準，因此人民原本就有高度的言論自由，根本不須大法官強解「能證明其爲真實者不罰」加以保障。換言之，在凡是不屬於故意生產瑕疵言論的情形，人民只要提出刑法第三一一條言論免責權事由即可阻卻犯罪成立，司法機關不須多此一舉討論刑法第三一〇調第三項「能證明其爲真實者不罰」。否則，當發表言論符合刑法第三一一條言論免責權要件，如果法院要求必須同時符合「能證明其爲真實」始能免責，反而對於言論自由增加法律未規定之限制。由此看來，本號解釋許多筆墨不但違反一般人對於法律文字意義的理解，也並未比原有條文的應有架構提供更多言論自由空間，更可能造成誤會而使言論自由受到更多限制。

至於在刑法第三一一條言論免責權範圍之外的案件，一般而言系爭言論原本就沒有高度言論價值。適用刑法第三一〇調第三項原本設計的無過失責任或嚴格責任標準，並未妨害社會重要利益的實現，也不至於對言論自由構成過度限制。若是如大法官所言，這種低價值的言論也能夠適用過失責任標準免責，如此不但造成對於言論自由的過度保障，也不當侵害了言論產品受害者的名譽或隱私法益。根據以上分析可知，由於大法官未能充分理解刑法誹謗罪二元管制價架構的原始設計，一方面導致本號解釋不但對於高價值言論沒有提供更多保障，反而可能導致更多限制，另一方面則對低價值言論提供了不必要的多餘保障。

爲了折衷保護言論自由與承認誹謗罪合憲，本號解釋另外創造了一個法律不確定性。如本文先前所述，爲了管制言論市場，法律對於言論生產者有許多責任標準可資採用：無責任、故意責任、重大過失責任、具體輕過失責任、抽象輕過失責任、無過失責任或嚴格責任。當本號解釋採取了過失責任主義解釋「能證明其爲真實者不罰」，卻遺漏考量責任標準。在過失責任標準之中，有三種輕重程度不同的責任標準：重大過失責任、具體輕過失責任與抽象輕過失責任。在解釋文與解釋理由書中，大法官並

未表示究竟採取何種過失責任標準。以大眾傳播媒體為例，當言論生產者屬於專業人士，是否意味他們的責任標準是善良管理人責任，亦即抽象輕過失責任標準？而不屬於大眾媒體專業的一般人士，則適用與處理自己同一事務責任標準，亦即具體輕過失責任標準？

關於責任標準問題，前引蘇俊雄大法官協同意見書認為：「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」。換言之，蘇俊雄大法官顯然主張應採取重大過失責任標準，因此即使行為人生產瑕疵言論，只要不具備重大過失或更嚴重的故意，均可一概免責。由於解釋文與解釋理由書均未提及責任標準，蘇俊雄大法官這項個人意見並不當然能夠代表本號解釋的立場。我們可以預料，由於本號解釋試圖建立瑕疵言論的過失責任主義，但卻遺漏說明責任標準，因此未來在訴訟實務上可能會繼續發生糾紛。

即使本號解釋果真採取重大過失責任標準，但是根據本文先前分析可知，這種作法對於平衡言論自由與名譽、隱私法益，以及化解可能訟源，都無法建立良好的管制架構。筆者建議誹謗罪司法實務應立即回歸刑法原本應有的二元管制架構，方能夠對於高、低價值言論各提供適當水準的保障。此外，二元管制架構能夠建立清晰言論責任標準，以提升審判結果的一致性與可預見性，並幫助法院以低訴訟成本處理案件，同時避免因為言論責任標準模糊導致無謂訟案進入法院。

陸、結論與展望

在誹謗罪法律的適用上，理解保護法益與管制嚴格程度是妥當運用法律的前提條件。本文首先試圖指出刑法誹謗罪的保護法益是名譽及隱私。其次，關於法律管制的嚴格程度，本文根據現行刑法的條文與立法理由指出了刑法誹謗罪所建立的二元管制模式。此外，本文根據言論市場與產品責任觀點指出了二元管制模式的合理根據與優點。

本文只是以言論市場取向研究誹謗罪的一個初步起點。關於刑法誹謗

罪的法釋義學與政策研究，仍有許多問題值得我們繼續探討。例如，類型化的言論責任管制模式是否為最佳管制模式？是否能通過司法違憲審查？各類型的最佳責任標準為何？關於刑法第三一一條各款言論免責權，如何建立進一步具體標準？刑法誹謗罪與民事責任的關係如何？是否民、刑事妨礙名譽訴訟應採取相同責任標準？法學研究如同科學探索，往往必須集合眾人之力方能拼湊完整知識。本文只是人類知識資料庫中的一個部分，雖然無法提供一切完整資訊，但希望本篇拋磚引玉之作能引發更多後續研究，以促使誹謗罪的理論研究與實務更加完善！

參考書目

一、中文部分

- 林子儀，言論自由之理論基礎，收錄於林子儀著，言論自由與新聞自由，頁 1-59，元照出版，1999 年。
- 林子儀，言論自由與名譽權保障之新發展－評 Milkovich v. Lorain Journal Co.案，收錄於林子儀著，言論自由與新聞自由，頁 365-398，元照出版，1999 年。
- 林子儀，言論自由導論，收錄於台灣憲法之縱剖橫切，頁 103-179，元照出版，2002 年。
- 林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明－兼評大法官釋字五〇九號解釋，臺大法學論叢 32 卷 2 期，頁 67-104，2003 年。
- 法治斌，保障言論自由的遲來正義－平司法院大法官釋字第 509 號解釋，收錄於法治斌著，法治國家與表意自由－憲法專論（三），頁 287-302，正典出版，2003 年。
- 鄭逸哲，解剖誹謗罪之構成要件－評析台灣高等法院八十七年度上易字第 六二二九號判決，月旦法學 83 期，頁 238-247，2002 年 4 月。

二、外文部分

- Cooter, Robert, *The Strategic Constitution*, Princeton: Princeton University Press, 2000.
- Cooter, Robert and Thomas Ulen, *Law and Economics*, Addison-Wesley Longman, 2000.