

國立政治大學法學院碩士在職專班

碩士論文

指導教授：李震山 博士

言論自由與名譽權之保障及其界限-從  
司法院大法官釋字第509號出發



研究生：黃文壕

中華民國一十年五月

## 摘要

言論或發表意見的自由，可說是民主國度的生命線；因此，在一個多元民主的國家中，表達不同、甚至相反觀點和意見的多種聲音，不僅是常態，在現代社會更有如言論的洪流傾潮而出。

臺灣隨著解嚴而開放之黨禁、報禁……等，相伴而生的各種報章雜誌、圖書出版、廣播、電視及網路等等，百家爭鳴而多元且百無禁忌的內容，在十倍速時代之現今，充斥在人們生活的每一角落。但也就在各種攻訐批評中，引致人們名譽受侵害之衝突。一個人在社會上應該受到與其個人社會地位、人格相當的尊敬或評價，這是名譽；也就是個人基於人格在社會上所受的評價，西諺有云：「名譽是第二生命。」，這也是何以古今中外有許多人不惜犧牲生命以維護自身名譽，而大法官更指出：「名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要」。可見其對個人安身立命的重要。

言論自由是現代民主多元社會不可或缺的機制，必須受到憲法保障；但名譽既稱為人的第二生命，亦可見其對個人人格基礎與人性尊嚴發展的重要性。其所引起的爭議，乃必須防止言論自由被濫用，以使受侵害的人格名譽權益得到適當之保護，以達國家履行保護義務的基本要求，他方面則亦須維持言論自由的表現空間，不得對其造成過度的干預限制，凡此，為基本權利衝突問題。在自由民主的社會中，言論自由能促成思想交流，且為民主社會所不可或缺的意見討論，更是實現自我所必要，但在面對誹謗罪仍合憲之制裁，或在侵權行為之威脅下，仍有如履薄冰之恐懼。而名譽一事，則自古以來即為人們所重視，並視之為第二生命，亦是憲法所保障之人格權，人格的維護乃人之所以為人所應受之保障。因此，損及他人名譽影響他人人格正常發展時，此即名譽權所欲捍衛。民國 89 年 7 月 7 日，司法院大法官作成釋字第 509 號解釋，將言論自由與名譽權之保障和界限，立下了新的里程碑，並推向一新世代。多數大法官肯認言論自由為民主多元社會正常發展不可或缺的機制，於衡量如何給予最大限制保障之際，釋字第 509 號解釋並未宣告刑法 310 條之誹謗罪違憲。

大法官於民國 98 年 4 月 3 日所作成之釋字第 656 號解釋，則是針對法院判決命加害人公開道歉之合憲性做出了解釋，大法官認為民法第 195 條第 1 項後段規定：「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」所謂回復名譽之適當處分，如屬以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即未違背憲法第二十三條比例原則，而不牴觸憲法對不表意自由之保障。雖於釋字第 656 號解釋，大法官已對法院判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之方式作出了合憲性之解釋，惟從多達八位大法官之協同、部分協同及部分不同意見中，除了釋憲受理程序面之爭議問題外，並可看出其中對於言論自由及名譽權保障之衝突與界限同為權益衡量之不同意見。

在這兩種基本權利的衝突下，法院論罪科刑的標準即為首要，而回復名譽適當處分界限為何，亦屬等量其觀之重要，過度保障名譽難免造成某種程度的寒蟬效應，減損言論自由之功能；而濫用言論自由，則又對人格尊嚴有所斷喪。為能自在徜徉於言論自由的領域，而不必惶惶不可終日的畏懼侵害他人人格權益，在釋字第 509 號及 656 解釋解釋之後，對國內司法實務判決有何影響？本論文希望透過對相關司法實務判決作整理、分析，希冀能歸納出法院對各項法定要件的詮釋和認定標準，期能掌握自釋字第 509 號及 656 解釋之後，對言論自由與名譽權之保障和界限。法律來自生活，不僅是邏輯，更是經驗。希望從所整理的判決理由與要旨中，瞭解法院如何具體呈現，調和保障言論自由與名譽權之現行法律規定，及如何體現釋字第 509 號及 656 解釋之意旨，除了瞭解我國實務界的具體適用狀況和趨勢外，並一窺言論自由可能衍生的訴訟問題及預防和因應之道，以期降低法律風險避免官司纏身。

# 目次

摘要.....	I
目次.....	IV
表目錄.....	XII
<b>第一章 緒論.....</b>	<b>1</b>
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究方法與範圍.....	3
第三節 論文章節架構.....	4
<b>第二章 基本權利概論.....</b>	<b>6</b>
第一節 前言.....	6
第二節 人權理念之歷史.....	6
第一項 人權之意義.....	6
第二項 人權歷史之演進.....	8
第一款 古典人權思想.....	8
第二款 中古歐洲及至近代的歷史發展.....	9
第三款 自然法及其重要概念之涵意.....	19
第三節 近代基本權利思想之理論基礎.....	22
第一項 人性尊嚴與價值.....	22
第二項 近代立憲主義與多元民主.....	25
第一款 近代立憲主義.....	25
第二款 多元民主.....	29
第四節 基本權利之種類.....	30
第一項 消極身分.....	31
第二項 積極身分.....	31
第三項 主動身分.....	31
第四項 被動身分.....	31
第五節 基本權利之功能體系.....	34
第一項 主觀權利之功能.....	35
第一款 防禦功能.....	35
第二款 給付功能.....	36
第一目 程序性給付.....	37
第二目 物質性給付.....	37
第三目 資訊性給付.....	38
第二項 客觀價值秩序功能.....	38
第一款 第三人效力.....	39
第一目 無拘束力說（無適用說）.....	40

第二目 直接效力說（直接適用說）	40
第三目 間接效力說（間接適用說）	40
第二款 保護義務	41
第三款 制度性保障	42
第六節 基本權利之限制與衝突處理	43
第一項 基本權利之限制	43
第一款 基本權利之禁止限制（無限制保留）	44
第二款 基本權利之特別限制（憲法保留）	44
第三款 基本權利之概括限制	44
第四款 違憲審查基準	45
第一目 比例原則及審查密度理論	45
第二目 三重審查基準	46
A 合理關連性審查基準	46
B 嚴格審查基準	46
C 中度審查基準	46
第二項 基本權利之衝突與調和模式	46
第一款 基本權利之位階秩序	47
第二款 具體規定優先適用於概括規定	48
第三款 具體個案中之法益衡量	48
第七節 小結	49
<b>第三章 言論自由與名譽權保障之理論基礎</b>	<b>51</b>
第一節 言論自由之意涵	51
第一項 言論自由之意義	51
第二項 言論自由保障之表見形式	52
第一款 表現的自由	52
第二款 不表現的自由	52
第三款 接收訊息的自由	53
第四款 不接收訊息的自由	53
第二節 言論自由保障之法理基礎	54
第一項 多元價值論	54
第二項 單一價值論	54
第一款 追求真理說	54
第二款 健全民主程序說	55
第三款 表現自我說	55
第四款 小結	56
第三節 言論自由的司法審查--雙軌理論與雙階理論	56
第一項 雙軌理論	57
第二項 雙階理論	58
第四節 名譽權之意涵	59
第一項 名譽權之意義	59
第二項 名譽法益的概念	59

第一款 內在名譽.....	59
第二款 外在名譽.....	60
第三款 感情名譽.....	60
第五節 名譽權保障之法律體系及憲法基礎.....	60
第一項 名譽權保障之法律體系.....	60
第一款 名譽在民法之保護.....	60
第二款 名譽在刑法之保護.....	61
第二項 名譽權保障之憲法基礎.....	62
第六節 小結.....	63
<b>第四章 言論自由與名譽權調和之司法實務見解評析.....</b>	<b>64</b>
第一節 司法院大法官釋字第 509 號解釋與 656 號解釋之背景與分析.....	64
第一項 憲法解釋概述.....	64
第二項 司法院大法官釋字第 509 號解釋之背景.....	65
第一款 背景事實.....	65
第二款 大法官釋字第五〇九號解釋解釋文.....	66
第三款 大法官釋字第五〇九號解釋解釋理由書.....	67
第四款 小結.....	68
第三項 司法院大法官釋字第 509 號解釋涉及問題之分析.....	68
第一款 揭示言論自由之理論基礎.....	68
第二款 雙軌理論之呈現.....	68
第三款 新聞自由未見於釋字第五〇九號解釋內容.....	69
第四款 釋字第五〇九號解釋認定誹謗罪合憲.....	70
第五款 誹謗罪之制裁與民事侵權賠償併存.....	70
第六款 五〇九號解釋是否針對「事實」或「意見」之不同有所說明.....	71
第七款 釋字第五〇九號解釋解釋文與解釋理由書中並未說明基本權利衝突及如何解決.....	73
第一目 蘇俊雄大法官協同意見.....	73
第二目 透過比例原則等價值衡量維持憲法價值秩序的內部和諧.....	73
第八款 指引證明真實性條款（刑法第三百十條第三項）之解釋基準.....	74
第一目 非故意捏造虛偽事實，或非因重大過失或輕率而致其所陳述與事實不符.....	74
第二目 被告之舉證責任將有相當程度之減輕.....	75
第九款 大法官釋字第五〇九號解釋是否適用於民事案件.....	75
第一目 適用大法官釋字第五〇九號解釋：臺灣臺北地方法院民事判決八十九年度訴字第五五四八號判決.....	75
第二目 不適用大法官釋字第五〇九號解釋：台灣高等法院民事判決九十一年度上字第四〇三號判決、最高法院民事判決九十三年度台上字第八五一號判決.....	76
第三目 小結.....	77
第四項 司法院大法官釋字第 656 號解釋之背景.....	77
第一款 背景事實.....	77
第二款 大法官釋字第六五六號解釋解釋文.....	78
第三款 大法官釋字第六五六號解釋解釋理由書.....	78
第五項 司法院大法官釋字第 656 號解釋涉及問題之分析.....	79

第一款 名譽權保障之憲法基礎 .....	79
第二款 名譽權受侵害時得回復之方法 .....	80
第三款 言論自由包括不表意自由 .....	80
第四款 基本權利衝突之衡量與限制應符合憲法第二十三條所定之比例原則 .....	80
第五款 民法第一百九十五條第一項後段之規定係屬合憲 .....	81
第六款 協同意見書、部分協同意見書、部分不同意見書， .....	81
第一目 概述 .....	81
第二目 許大法官宗力部分協同意見書重點摘錄 .....	82
A 是否正確無誤依憲法意旨解釋 .....	82
B 法益權衡明顯失當、錯誤 .....	82
C 人格尊嚴的屈辱 .....	83
第三目 李大法官震山協同意見書重點摘錄 .....	84
A 補遺的補充性原則 .....	84
B 選擇「合憲的法律解釋」之方法： .....	84
C 符合解釋意旨範圍內予以適用 .....	85
第四目 陳大法官春生協同意見書重點摘錄 .....	85
A 可以允許判決命加害人公開道歉： .....	85
B 不能認為已侵害加害者之人性尊嚴： .....	86
第五目 陳大法官新民部分協同、部分不同意見書重點摘錄 .....	87
A 強迫道歉並不具違憲性： .....	87
B 忽視為媒體所生之爭議 .....	88
C 正確區分適用對象為一般人民或媒體 .....	89
D 「最後手段論」過度保障、並誇大侵權人「內心自主性」的價值： .....	90
E 不得有侵犯人性尊嚴的措辭，已足以防止強制道歉可能產生的弊害： .....	90
第六目 林大法官子儀部分不同意見書重點摘錄 .....	90
A 釋字第五〇九號解釋應作補充解釋 .....	90
B 應就系爭言論所涉及之人與事之不同，而有不同之適用標準 .....	91
第七目 徐大法官璧湖、池大法官啓明共同提出之部分不同意見書重點摘錄 .....	92
A 程序不同意見 .....	92
B 實體不同意見 .....	93
第八目 許大法官玉秀部分不同意見書重點摘錄 .....	93
第七款 本文見解 .....	94
第一目 程序部分 .....	94
第二目 實體部分 .....	96
第六項 相關之司法院大法官釋字解釋 .....	100
第一款 大法官釋字第三六四號解釋 .....	100
第二款 大法官釋字第四〇七號解釋 .....	100
第三款 大法官釋字第四一四號解釋 .....	101
第四款 大法官釋字第四四五號解釋 .....	101
第五款 大法官釋字第五七七號解釋 .....	101
第七項 小結 .....	102
第二節 我國實務判決之整理與分析 .....	105
第一項 刑事判決 .....	105

第一款 最高法院刑事判決九十九年度台上字第五 0 三三號.....	105
第一目 判決要旨 .....	105
第二目 簡要評析 .....	105
第二款 最高法院刑事判決九十九年度台上字第五六 0 號.....	106
第一目 判決要旨 .....	106
第二目 簡要評析 .....	106
第三款 最高法院刑事判決九十九年度台上字第六一九號.....	107
第一目 判決要旨 .....	107
第二目 簡要評析 .....	107
第四款 最高法院刑事判決九十八年度台上字第七五一四號.....	107
第一目 判決要旨 .....	107
第二目 簡要評析 .....	108
第五款 最高法院刑事判決九十八年度台上字第五八六八號.....	108
第一目 判決要旨 .....	108
第二目 簡要評析 .....	108
第六款 最高法院刑事判決九十八年度台上字第四三三一號.....	109
第一目 判決要旨 .....	109
第二目 簡要評析 .....	109
第七款 最高法院刑事判決九十八年度台上字第二三二九號.....	109
第一目 判決要旨 .....	109
第二目 簡要評析 .....	110
第八款 最高法院刑事判決九十八年度台上字第八六六號.....	110
第一目 判決要旨 .....	110
第二目 簡要評析 .....	110
<b>第二項 民事判決.....</b>	<b>112</b>
第一款 民事判決援引釋字五〇九號解釋「相當理由確信真實」與「真正惡意」原則.....	112
第一目 最高法院民事判決九十七年度台上字第九七〇號 .....	112
第二目 最高法院民事判決九十六年度台上字第九二八號 .....	113
第三目 最高法院民事判決九十五年度台上字第二三六五號 .....	113
第四目 最高法院民事判決九十三年度台上字第一九七九號 .....	113
第五目 最高法院民事判決九十三年度台上字第八五一號 .....	114
第六目 臺灣高等法院民事判決 96 年度上字第 109 號 .....	114
第七目 臺灣高等法院民事判決 95 年度上字第 1014 號 .....	115
第八目 臺灣高等法院民事判決 95 年度上字第 775 號 .....	115
第九目 臺灣高等法院民事判決 95 年度上字第 179 號 .....	115
第一〇目 臺灣高等法院民事判決 93 年度上字第 848 號 .....	116
第一一目 臺灣高等法院民事判決九十三年度上易字第七六號 .....	116
第一二目 臺灣高等法院民事判決九十二年重上字第五三九號.....	117
第一三目 臺灣高等法院民事判決九十二年重上字第四〇一號.....	117
第一四目 臺灣高等法院民事判決九十二年上字第一五七號 .....	117
第一五目 臺灣高等法院臺南分院民事判決九十二年上易字第九七號.....	118
第一六目 臺灣高等法院民事判決九十年重上字第五六九號 .....	118
第一七目 臺灣高等法院民事判決九十年上字第九三八號 .....	118



第一八目 臺灣高等法院民事判決九十年度重上更(一)字第一三號	118
第一九目 臺灣高等法院民事判決八十九年度上字第一二三九號	119
第二〇目 臺灣台北地方法院民事判決 99 年度北簡字第 14415 號	119
第二一目 臺灣臺北地方法院民事判決 98 年度訴字第 1197 號	119
第二二目 臺灣臺北地方法院民事判決九十八年度訴字第五二六號	120
第二三目 臺灣臺北地方法院民事判決 95 年度重訴字第 1129 號	120
第二四目 臺灣臺北地方法院民事判決 95 年度訴字第 4720 號	120
第二五目 臺灣臺北地方法院民事判決 94 年度重訴字第 1297 號	121
第二六目 臺灣臺北地方法院民事判決 93 年度重訴字第 1327 號	121
第二款 民事判決未援引適用釋字五〇九號解釋「相當理由確信真實」與「真正惡意」原則	122
第一目 最高法院民事判決九十六年度台上字第七九三號	122
第二目 最高法院民事判決九十六年度台上字第六四八號	122
第三目 最高法院民事判決九十六年度台上字第三五號	123
第四目 最高法院民事判決九十三年度台上字第一八〇五號	123
第五目 最高法院民事判決九十三年度台上字第八五一號	123
第六目 最高法院民事判決九十年度台上字第六四六號	124
第七目 臺灣高等法院民事判決 95 年度重上字第 1 號	124
第八目 臺灣高等法院民事判決九十二年度上易字第九六六號	124
第九目 臺灣高等法院高雄分院民事判決九十二年度上易字第一八六號	124
第一〇目 臺灣高等法院民事判決九十一年度上字第四〇三號	124
第一一目 臺灣高等法院民事判決九十年度上字第五四二號	125
第一二目 臺灣高等法院民事判決八十九年度上字第八九三號	125
第三款 民事判決明示不適用釋字第五〇九號解釋，但援引「真正惡意」原則為判斷標準	126
第一目 臺灣高等法院民事判決 99 年度上更(一)字第 29 號	126
第二目 臺灣高等法院民事判決 94 年度上易字第 852 號	126
第三項 小結	127
第三節 刑法妨害名譽罪之規定與分析	127
第一項 公然侮辱罪之構成要件	127
第一款 客觀構成要件要素：	127
第一目 行為主體	127
第二目 行為客體	128
第三目 行為：	129
A 侮辱	129
B 強暴侮辱	129
第四目 情狀	129
第二款 主觀構成要件要素：	130
第二項 誹謗罪之構成要件	130
第一款 客觀構成要件要素：	130
第一目 行為主體	130
第二目 行為客體	130
第三目 行為	131
A 誹謗行為	131
B 加重誹謗行為	131

第二款 主觀構成要件要素：.....	132
第四節 民法侵害名譽權之規定與分析.....	132
第一項 損害賠償請求權.....	132
第一款 請求權基礎.....	132
第一目 侵權行為成立要件.....	132
A 構成要件該當性.....	132
B 違法性（行為須為不法）.....	133
C 歸責.....	133
第二目 損害賠償.....	133
第二項 保護請求權.....	133
第五節 法益衡量與舉證責任問題.....	134
第一項 前言.....	134
第二項 我國刑事舉證責任.....	134
第三項 民事舉證責任分配之一般原則.....	136
第一款 前言.....	136
第二款 舉證責任之概念.....	137
第三款 客觀之舉證責任與主觀之舉證責任.....	139
第一目 概說.....	139
第二目 客觀之舉證責任.....	140
第三目 主觀之舉證責任.....	140
第四款 舉證責任分配之學說.....	141
第一目 消極事實說.....	141
第二目 外界事實說.....	142
第三目 因果關係說（原因說）.....	142
第四目 通常發生事實說.....	143
第五目 最少（低）限度事實說.....	143
第六目 規範說（特別要件說）.....	144
第七目 修正規範理論.....	145
第八目 蓋然性理論.....	146
第九目 危險領域理論.....	146
第一〇目 多樣原則說（損害歸屬說）.....	147
第一一目 危險提昇說.....	147
第五款 實務見解.....	147
第一目 28 年上字第 11 號判例.....	147
第二目 48 年台上字第 887 號判例.....	148
第三目 81 年台上字第 2372 號判決.....	148
第四目 83 年台上字第 2775 號判決.....	148
第五目 92 年台上字第 1971 號判決.....	148
第六目 小結.....	148
第六款 結論.....	149
第四項 證明真實條款.....	150
第一款 阻卻構成要件事由說.....	150
第二款 阻卻違法事由說.....	150

第三款 客觀處罰條件說.....	150
第四款 小結.....	151
第五項 私德與公共利益.....	151
第六項 真正惡意原則.....	152
第七項 特別阻卻違法事由.....	154
第八項 小結.....	156
第六節 回復名譽之方法.....	156
第七節 本文見解.....	157
第一項 新聞自由與言論自由.....	157
第二項 意見與事實.....	158
第三項 真正惡意原則與舉證責任.....	159
第四項 釋字第 509 號解釋是否適用於民事事件.....	159
第五項 如何權衡言論自由與名譽權基本權利之衝突.....	161
<b>第五章 結論.....</b>	<b>166</b>
<b>參考文獻.....</b>	<b>169</b>



## 表目錄

表 2.1：現代人權之發展.....	18
表 4.1：最高法院刑事判決（2009、2010）.....	99
表 4.2：民事判決援引釋字五〇九號解釋「相當理由確信真實」與「真正惡意」原則.....	109
表 4.3：民事判決未援引適用釋字五〇九號解釋「相當理由確信真實」與「真正惡意」原則...	112
表 4.4：民事判決明示不適用釋字第五〇九解釋，但援引「真正惡意」原則為判斷標準.....	114



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

當一天的活動從道聲早開始，到與人寒暄、工作上表示意見、午茶時的發表議論，乃至休憩時的閒話家常，均充塞構築成生活中的每一部分，也因此，每一個人可以無拘無束將心中所思考與想法，以各式各樣不同形式，不受拘束的表達於外，不僅豐富了人們的生活，亦是立憲主義下重要的言論自由。北宋范仲淹於《靈烏賦》中，述及「寧鳴而死，不默而生」，更是爲了追求真理正義，即便是人們厭惡烏鴉報凶訊而招唾罵於里閭之聲，也要發聲議論。法國思想家伏爾泰(F.M.A. de Voltaire, 1694-1778)也說：「我雖然不贊成你的言論，但我將誓死扞衛你說話的權利」<sup>1</sup>，言論或發表意見的自由，可說是民主國度的生命線；因此，在一個多元民主的國家中，表達不同、甚至相反觀點和意見的多種聲音，不僅是常態，在現代社會更有如言論的洪流傾潮而出。

臺灣隨著解嚴而開放之黨禁、報禁……等，相伴而生的各種報章雜誌、圖書出版、廣播、電視及網路等等，百家爭鳴而多元且百無禁忌的內容，在十倍速時代之現今，充斥在人們生活的每一角落。但也就在各種攻訐批評中，引致人們名譽受侵害之衝突。一個人在社會上應該受到與其個人社會地位、人格相當的尊敬或評價，這是名譽；也就是個人基於人格在社會上所受的評價，西諺有云：「名譽是第二生命。」這也是何以古今中外有許多人不惜犧牲生命以維護自身名譽，而大法官更指出：「名譽權旨在維護個人主體

---

<sup>1</sup> I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it. 參見 S. TALLENTYRE, THE FRIENDS OF VOLTAIRE 199(1907). 引自 Young v. American Mini Theatres, 427 U.S. 50, 63 n.19(1976) (Stevens, J., Opinion of the Court).

性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要」<sup>2</sup>。可見其對個人安身立命的重要。

言論自由是現代民主多元社會不可或缺的機制，必須受到憲法保障；但名譽既稱為人的第二生命，亦可見其對個人人格基礎與人性尊嚴發展的重要性。其所引起的爭議，乃必須防止言論自由被濫用，以使受侵害的人格名譽權益得到適當之保護，以達國家履行保護義務的基本要求，他方面則亦須維持言論自由的表現空間，不得對其造成過度的干預限制，凡此，為基本權利衝突問題。在自由民主的社會中，言論自由能促成思想交流，且為民主社會所不可或缺的意見討論，更是實現自我所必要，但在面對誹謗罪仍合憲之制裁，或在侵權行為之威脅下，仍有如履薄冰之恐懼。而名譽一事，則自古以來即為人們所重視，並視之為第二生命，亦是憲法所保障之人格權，人格的維護乃人之所以為人所應受之保障。因此，損及他人名譽影響他人人格正常發展時，此即名譽權所欲捍衛。民國 89 年 7 月 7 日，司法院大法官作成釋字第 509 號解釋，將言論自由與名譽權之保障和界限，立下了新的里程碑，並推向一新世代。多數大法官肯認言論自由為民主多元社會正常發展不可或缺的機制，於衡量如何給予最大限制保障之際，釋字第 509 號解釋並未宣告刑法 310 條之誹謗罪違憲。

此外，於民事法之規範上，若侵害他人之名譽時，名譽權受侵害之一方，除了可以依訴訟程序請求侵權行為人應金錢賠償之外，亦可透過民法第 195 條第 1 項後段之規定，請求法院判決命回復名譽之適當處分。然而，何謂回復名譽之「適當處分」，所謂「適當處分」乃屬不確定法律概念，從法條上並無法得到清楚之界定。惟將「登報道歉」視為是民法第 195 條第 1 項後段規定之回復名譽之「適當處分」方式之一，則是學說及法院實務判決長期以來之見解。

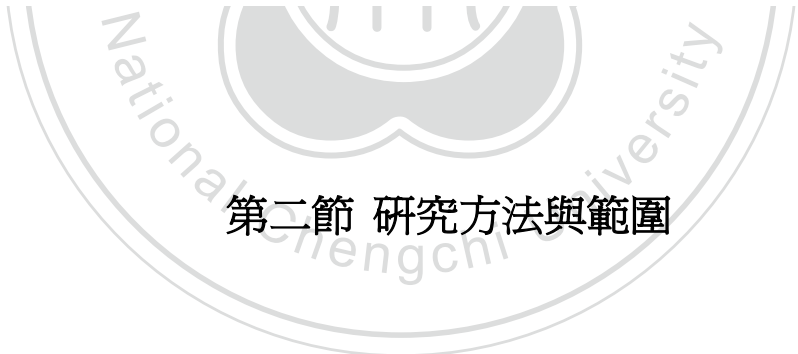
大法官於民國 98 年 4 月 3 日所作成之釋字第 656 號解釋，則是針對法院判決命加害人公開道歉之合憲性做出了解釋，大法官認為民法第 195 條第 1 項後段規定：「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」所謂

---

<sup>2</sup> 司法院大法官釋字第 656 號解釋理由書

回復名譽之適當處分，如屬以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即未違背憲法第二十三條比例原則，而不牴觸憲法對不表意自由之保障。雖釋字第 656 號解釋大法官已對法院判決命加害人公開道歉作為回復名譽之方式作出了合憲性之解釋，惟從多達八位大法官之協同、部分協同及部分不同意見中，除了釋憲受理程序面之爭議問題外，並可看出其中對於言論自由及名譽權保障之衝突與界限同為權益衡量之不同意見。

在這兩種基本權利的衝突下，法院論罪科刑的標準即為首要，而回復名譽適當處分界限為何亦屬等量其觀之重要，過度保障名譽難免造成某種程度的寒蟬效應，減損言論自由之功能；而濫用言論自由，則又對人格尊嚴有所斲喪。為能自在徜徉於言論自由的領域，而不必惶惶不可終日的畏懼侵害他人人格權益，在釋字第 509 號及 656 解釋解釋之後，對國內司法實務判決有何影響？本論文希望透過對相關司法實務判決作整理、分析，希冀能歸納出法院對各項法定要件的詮釋和認定標準，期能掌握自釋字第 509 號及 656 解釋解釋之後，對言論自由與名譽權之保障和界限。法律來自生活，不僅是邏輯，更是經驗。希望從判決的分析、歸納結果中，除了瞭解我國實務界的具體適用狀況和趨勢外，並一窺言論自由可能衍生的訴訟問題及預防和因應之道，以期降低法律風險避免官司纏身。



## 第二節 研究方法與範圍

本文研究方法先以概念引導法並輔以法律解釋，對於基本權利形成起源與其理論基礎予以介紹，並從基本權利之種類，進而論述基本權利近代意義之功能體系，以及立憲主義下基本權利保障之基本原理，有關基本權利之概念加以說明，進而導出現行言論自由與名譽權之理論基礎與保障依據。

並採行分析、歸納、比較及案例分析法，整理有關之國內專書及期刊論

文，研讀相關文獻，加以分析比較。並對於目前法院之判決，加以整理歸納並分析。希冀透過文獻分析推究其爭議，並藉由判決整理發現問題，瞭解法院對於相關問題如何解釋及適用法律，同時將文獻所提及之法律問題，再藉由判決之整理，找出實務判決所採取的立場。並藉此探尋在徜徉於言論自由下，如何可不侵害名譽，能有較清晰之脈絡可遵循。

### 第三節 論文章節架構

本文的研究架構分述如次：

第一章為「緒論」主要說明論文之研究背景動機、目的、研究方法與範圍，以及論文章節架構安排等。

第二章為「基本權利概論」，本章從人權之演進歷史並從自然法之觀點探究人權之意義及闡述其概念與功能。現代民主政治體制之建立，係以「立憲主義(Konstitutionalismus)」思想為基礎，而立憲主義思想不外乎在於實現人民基本權利之保障。對於本文所涉及者為憲法上人權保障之基本權利，則回顧基本權利形成起源與其理論基礎，並從基本權利之種類，進而論述基本權利近代意義之功能體系，以及立憲主義下基本權利保障之基本原理，對於基本權利對抗國家性外，並對有關基本權利第三人效力理論之發展加以整理分析。並進而對基本權利之限制所涉及之審查基準及其衝突處理之方式加以說明。

第三章為「言論自由與名譽權保障之理論基礎」，在第二章之基本權利保障下，對於憲法保障言論自由其理論基礎作進一步之闡述；並對個人幸福所繫之人格尊嚴與名譽，在憲法上保障之依據加以詮釋與探究。



第四章為「言論自由與名譽權之界限與調和」，先從法律一般解釋方法加以論述，蓋如何落實憲法保障基本權利之理念，毋寧仍從具體之法律規定出發，透視法律之首要法門即從解釋開始。再從司法院大法官釋字 509 號解釋之背景、釋字 509 號解釋涉及問題、司法院大法官釋字 656 號解釋之背景、釋字 656 號解釋涉及問題及相關大法官會議解釋之見解，摘要其內容並對所涉及問題予以說明分析。在接續第三章之言論自由與名譽權之保障，兩個以上基本權利間發生衝突時，乃是有兩種不同基本權利的實現要求同時存在；此時，尋繹其界限與如何調和，方能維持憲法所揭示的價值秩序，為此一問題所在，故探求其平衡點，並進而論及現行涉及保障與調和二基本權利之民法、刑法規定，如何避免干預過度或保障不足，在基本權利第三人效力理論與基本權利保護義務功能下，憲法之基本價值決定對於立法者與司法者之拘束力，對於其所呈現之法律與大法官會議解釋，於限制基本權利有關規定加以整理檢討與分析。對照於本土實務判決之實踐，以整理案例判決節錄判決要旨或內容之方式，呈現我國法院判決如何在釋字 509 號解釋後體現解釋意旨，並其具體呈現為何，以尋繹法院之判斷標準。

第五章為「結論」，總結本文的研究結果，並將實務判決整理之結果與心得，整理說明，希進一步瞭解法院對相關問題所採取之法律見解與立場，俾在充分享受言論自由基本權利之餘，對於避免侵害他人名譽基本權利有所遵循之先例與標準。

## 第二章 基本權利概論

### 第一節 前言

大法官釋字第 509 號解釋提供了言論自由和名譽權發生衝突時之憲法觀點，於思索此基本權利衝突之同時，其一根本問題縈繞腦海中，即什麼是做為一個人所應享有之最基本的權利？這權利是來自於何處呢？在中國數千年之歷史，似乎沒有人權保障的認識，中國傳統之價值恰與人權保障相對，其並不突顯個人，而是強調家庭、社會或者為國家。因此，對於人權之保障，在憲法已定為一種基本權利價值之現況中，對此價值源於何處，誠有先予探究之必要。

一般而言，認為人權保障並非中國傳統文化所生，而是西方移植，從而，對於人權理念之歷史演進，及近代基本權利思想之理論基礎，故有了解其於時代巨輪之演變進化與原由之必要。

再者，憲法制定之目的在保障人民與人權，據此，對於基本權利種類、功能體系進而於基本權利限制與衝突之處理，亦有理解其理論之需要。

在次節以下，即對於上述人權源流、發展過程及現代意義之基本權利功能與限制等，整理相關文獻與學說，逐一為說明介紹。

### 第二節 人權理念之歷史

#### 第一項 人權之意義

「人權理念」，學術界一般認為它緣起於西方，已有相當的歷史，人權理念的形成和西方自然法思想是休戚相關的。人權之先於國家的自然法性格，於人權

解釋，特別是衝突之案件，扮演一定的角色<sup>3</sup>。自然法理論主張，人與生俱來就享有權利，但當時學者對「人權」的表述還十分模糊。文藝復興之後，以洛克、盧梭等思想家學說為代表的近代自然法理論，則把人權理念提升到了一個很重要的社會高度，並從理論上給予了充分的論證，近代歐美國家人權理念於此便基本形成<sup>4</sup>。

人權〔Human right〕的意義一般是指「人之所以為人，當然應該擁有的權利」、「人出生之後不可讓予、不受侵犯之權利」<sup>5</sup>。「人權具備固有性及普遍性，乃人之為人當然享有的權利<sup>6</sup>。」「人權是人與生俱來的權利<sup>7</sup>。」；從前述諸多之說法中可知，人權是做為一個人所應享有最基本的權利，亦即為人與生俱來所應享有之福祉，不受任何人、社會或政府之任意剝奪與侵犯。人權，可說是人類經歷長期的抗爭、鬥爭及流血所奮鬥而來的成果。此之人類所應享有最基本的權利，也可以說是人所應享有的基本生活條件，包括生理、心理及人格尊嚴之發展，因此，任何違反人性尊嚴、剝奪或侵犯人類自由及涉及平等之問題等，均為人權所欲防禦與對抗，以去除阻礙人權發展的因素，建構人類與生俱來所應享有之幸福美好的社會，此亦所謂「人之所以為人」應有之詮釋。因此，我們可以了解，只要做為一個人所應享有的基本權利，亦可稱為基本人權。然而，基本人權雖係做為一個人所應享有的最基本的權利，惟此觀念並非一有人的存在，即時出現與發生的，而係經由慢慢的演進而來，基本人權的觀念主要源於歐洲大陸，透過思想、哲學家多數學者不斷的努力，將其概念予以精確化確定出來。

易言之，人權是指具有原權（Urrecht）層次之自然權，乃人之為人當然享有的權利，先於國家而存在，又稱為固有權利，其附隨人而來，應是作為一個人本就應有的權利，不是天賦予的，不是國家或政府的恩賜，乃是發自內心中的悟知或察覺，是一個終極關懷和平的信仰，不待規定而自明，因此，其屬於所謂神法、

---

<sup>3</sup> Von Prof. Dr. Heinrich Scholler，陳春生譯，人權之變遷（Der Wandel der Menschenrechte），論法治國之權利保護與違憲審查，新學林，2007年3月，頁201。

<sup>4</sup> 胡藹若，人權理念之研究，復興崗學報，90期，2007年，頁300。

<sup>5</sup> 宮沢俊義，憲法Ⅱ，有斐閣，1974年，頁77-78。佐藤幸治編著，憲法Ⅱ，成文堂，1998年，頁3-4。

<sup>6</sup> 許志雄，未成人之人權，月旦法學教室 1995-2002（3）公法學篇，2002年2月，頁72。

<sup>7</sup> Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, 13-14 (1989). 中文轉引自：民主社會的人權理念與經驗，彭堅汶，五南圖書出版，2010年3月三版一刷，頁43。

理性法、萬民法、超實證法之法……。原權除其固有性外，其效力具有普遍性與永久性，不問何地，不問何時，不問何人（本國人或外國人），皆能普遍適用，其自然成為規範、制約實定法的一種客觀普遍標準。世界人權宣言中所欲保障者有很大部分是屬於此種不可侵犯與讓渡的人權，希望藉由國際規範，破除國界之藩籬，讓永久屬於人民之原權，具有人類普遍適用之效能，儘管各國實際政治、文化、歷史……等狀況不明，適用程度上顯有差異，原權保障之國際化，早已為先進民主或文明國家所認同之趨勢。至於人權之用語與我國憲法第二章以「人民之權利義務」為名，有著不同稱謂。而一般人甚至學界，習於以人權、基本權利、基本人權、基本權……等用語稱之。就以我國大法官解釋而言，有提及「基本人權」、「基本權利」、「基本人權與基本權利」、「基本權」或「人權」者。正確的用語應是「憲法上人民之權利」，惟此用語似有冗長之嫌，爰以「基本權利」

（fundamental right, Grundrecht）名之<sup>8</sup>。惟無論使用何種用語，指涉做為一個人所應享有基本之權利，此具有普遍性之本質，則無二致。

## 第二項 人權歷史之演進

### 第一款 古典人權思想

人權理念、或者說廣義的人權觀是非常古老的，可以追溯到西元前五世紀的古希臘文明。西元前五世紀時，一群被稱為「智者」的思想家，最早開始提倡自由和平等，然而當時社會主流思想，卻是一種不平等的自然正義觀，但「智者」思想家則不認同此種主流思想。最早使用「人權」名稱的希臘悲劇作家歐里庇德斯也認為，根據自然法則，奴隸和自由民應該是一樣的，奴隸之所以成為奴隸，

---

<sup>8</sup> 李震山，論憲政改革與基本權利保障，中正法學集刊，18 期，2005 年 4 月，頁 191-193。人權與基本人權的用法，在憲法學有不同看法，一般認為人權是在廣泛探討人之存在意義，及人的普遍性權利時使用，屬較廣義之用法；基本人權則是指實定法或憲法典中所保障的權利，屬狹義用法；fundamental human right 係以美國為中心開展形成之用法，其他國家之用語：例如，法國以人的權利、市民權利或自然人權、公共自由（libertes publiques）的概念來區別；英國則用公民自由（civil liberties）來表達；德國則以自然人權（menschenrechte）與實定法基本權（Grundrecht）為區分；參照，辻村みよ子「人權的概念」，講座憲法學(3)權利的保障，樋口陽一編，日本評論社，1994 年 6 月，頁 17。

不是因為他們愚笨，而是社會制度與域邦法律造成的。這種古代樸素的平等思想，後來被斯多葛（亞）（Stoics）（Stoa）學派進一步發揚光大<sup>9</sup>。斯多葛學派主張：「人類具有共通之理性，且懷有修養提高道德之共通能力，因而能理解自然之法而順從之；依據這種自然法，人類能夠強調自由與平等之觀念。<sup>10</sup>」亦即斯多亞學派的實踐哲學以順乎自然為根本命題；而斯多亞學派的自然法觀念，與希臘早期的的哲理有相同之處，所以他們的社會思想，和亞里斯多德頗多契合，認為人是社會生物，共營社會生活，出於自然之本性，然該派著眼於綱維宇宙的自然理法，故不願為前此的國家本位見解所囿，而欲擴大其立場，趨於世界主義，認為人性既與綱維宇宙之理相通，則其理性應該是普遍的，全人類皆同此一心，同斯一理，從而人類所組成之社會，決不限於一家一國，可能發展為包攝全人類的世界國家，斯多亞學派本此信念，對當時列國紛爭，互相逐鹿，並且蔑視人民自由，弱肉強食等反於理性的現象，無不痛加抨擊，而於普及世界萬民的共同理法，深為嚮往<sup>11</sup>。易言之，人類之所以異於禽獸，乃生而具有理性與道德之天賦；為使人類獲得理性而道德之生活，必須賦予不可讓予、不能消滅之天賦權利；這就是「自然權」，也就是「人權」的「雛型」<sup>12</sup>。

## 第二款 中古歐洲及至近代的歷史發展

歐洲中古的法律思想，係以基督教的基本思想為基石，承受了希臘羅馬的文化遺產，憑藉亞里斯多德的哲學，創造了經院派哲學的法律思想之體系，復依羅馬的法律技術，建立了寺院法的系統；歐洲的文藝復興其影響及於法律思想與國家思想者，便是在十七世紀與十八世紀間，出現了個人主義與理性主義的自然法之鼎盛時期<sup>13</sup>。在中古世紀，自然法的思想被灌注神學理念，神的創造世界秩序與人的存在形成中古歐洲任何君主權力來源的正當性基礎。直到理性啓蒙時代人才被視為天生的理性生物、作無世界核心主體，此時以人為中心的論述，不僅是

---

<sup>9</sup> 胡藹若，同前揭註 4，頁 305。張宏生、谷春德，西方法律思想史，北京大學出版社，1990 年 4 月，頁 4。

<sup>10</sup> 李鴻禧，憲法與人權，元照出版公司，1999 年 12 月，頁 242。

<sup>11</sup> 韓忠模，法學緒論，1982 年 12 月 9 版，頁 197-198。

<sup>12</sup> 李鴻禧，同前揭註 10，頁 242。

<sup>13</sup> 梅仲協，法學緒論，中國文化大學出版部，1985 年 10 月，頁 129。

政治、還有藝術、科學與歷史等層面<sup>14</sup>。現代人權理念公認受啓蒙思潮及其後諸多哲學家所影響。其實啓蒙思潮以及隨後興起的自由主義，不僅對人權有推波助瀾的作用，也是立憲主義興起的關鍵因素<sup>15</sup>。影響現代人權理念之哲學、思想家厥爲重要者，乃爲英國的霍布斯（Thomas Hobbes, 1588-1679）、洛克（John Locke, 1632-1704）、法國的盧梭（Jean Jacques Rousseau, 1712-1778）。

霍布斯改進社會契約說的許多觀點，也使社會契約說大部分的理論符合邏輯。他的政治及法律理論孕育出現代人，以自我爲中心，主張個人主義、物質主義及無宗教信仰，一味追求組織權力。霍布斯的個人主義與洛克相關連，他的功利主義與邊沁及彌勒有關，他的專制主義與一切國家成長權力理論有關。而洛克是新興中產階級、個人主義的理論家。他將個人置於中心並授與個人不可剝奪的自然權利，曰之爲最高倫理原則。諸多權利中以私人財產權最爲突出。他所認爲之社會契約與霍布斯不同，並非爲了將所有自然權利移轉給有權當局，相反地是爲多數決政治及政府權力爲人民所信託，政府有義務保護個人權利等找尋正當理由。洛克採用許多霍布斯的個人主義前提及說明不可剝奪自然權利之價值使中世紀觀念現代化。人類與生俱來的權利有「生命、自然、財產」。最後一點係指私有財產權，特別爲洛克所注意，與霍布斯相同，洛克也從原始自然狀態討論起。洛克認爲自然狀態是消失的天堂，於自然狀態是「和平、信用、互助及互存」。此財產權存在於社會契約之前，也與社會契約分別而獨立，社會契約之功能在於保存及保護這些自然權利。洛克使用社會契約有雙重功能，第一種功能是聯合契約（*pactum unionis*），「人類的原始契約，同意聯合成一個政治社會，此爲從個人至國家的契約。」同時洛克認爲多數決合約與社會行爲相同，每個人同意加入共同體而服從多數決，因此，多數決能決定剝奪財產權及其他本應不可剝奪的權利。除聯合契約外應加上「臣民契約」，經由該契約，大多數人民將其權利授與政府，政府之職務即保護個人；洛克補足了後期民主理論的不足，此並爲其與盧梭見解之重要不同點。而盧梭學說所引用者，亦是社會契約。惟霍布斯僅承認臣民契約，洛克對於聯合契約及臣民契約均承認，盧梭則僅承認聯合契約。無論爲洛克或盧梭均對法國大革命、美國獨立戰爭有重大影響；盧梭理論是法國大革命之引發者，該理論就是人民主權革命正當化而無終期或準則。盧梭的自由與平等

---

<sup>14</sup> 陳慈陽，憲法學，2005年11月二版，頁289。

<sup>15</sup> 吳庚，憲法的解釋與適用，2004年6月三版，頁72。

理論，加上洛克的理論，對於創世紀的美國獨立戰爭及人權有巨大的影響<sup>16</sup>。霍布斯、洛克、盧梭可謂為在西方之人權發展過程中，具有巨大之影響的哲學、思想家。據此，簡述其理論之共通基礎，約略為在自然狀態中，於尚未有建立國家與設立政府時，人民生活是不幸福的，為追求幸福的生活，及和平與安定，決定簽訂一契約，以建立政治的社會、國家及政府。霍布斯認為每一個人最基本之權利是自保，保護自己亦為維護每一個人之生命與安全，準此，其可謂為個人權利主張之關鍵人物。而人們為了自保，始建立國家，設立政府。惟其所處時代深受英國內戰影響，故因擔心社會動盪之危害，致其理論傾向建立一強而有力之獨裁政府，以保護每一個人之生命與安全，似乎即不難理解；由於人們均習於引用洛克之思想，從而對這位對當代個人權利亦有重大貢獻之大師，則似乎有所忽略了。洛克提出「統治者行使權力，必須得到被統治者之同意」，此思想更是日後代議制度之溫床。而盧梭則認為每一個人將自己的自然狀態的權利交出來，是交給這個社會，政府僅為執行之機構，實則是交給自己，故雖然每一個人將自己的自然狀態的權利交了出來，但本質上每一個人仍大權在握，並未放棄此權利。盧梭提出普遍意志之觀念，雖形式上將權利交出來，交給這個社會，但是在建立國家設立政府後，仍是由每一個人自己掌控權利；因盧梭認為每一個人對社會、政府之事仍擁有最後決定權；據此，盧梭對代議制、議會則頗為質疑。

除前述思想、哲學家對人權發展之影響外，在社會、政治的變遷亦是對人權演進有著重要的影響。中古歐洲基本上是基於土地之擁有與支配來形成的政治社會統治關係。換言之，擁有土地之地主與貴族就是社會經濟及政治的統治者，而依賴土地為生之農民，不僅是土地的奴隸，也是統治者之工具與奴隸<sup>17</sup>。而有一二一五年英國的大憲章（Magna Charta or the great charter），即因英王約翰（King John 1167-1216）暴虐無能，大失眾望，諸男爵於是和人民聯合，並得教士與法官贊助，向約翰王提出改革要求，強迫約翰王承認英王亨利一世（Henry I）時所頒自由憲章（Charter of Liberties）中所許人民的權利，並不惜一戰要脅，約翰王欲以兵力相加，但因對方亦已開始軍事行動，不得已乃於一二一五年六月十五日，在倫敦與溫莎（Windsor）之間的蘭尼米德（Runnymede）地方，接受改革要求，相約罷兵，此一文件，便是人權史上極其著名的大憲章。而一六二八

---

<sup>16</sup> W. Friedmann, 楊日然、耿雲卿、蘇永欽、焦興鎧、陳適庸等譯，法理學（原名：Legal Theory），司法周刊雜誌社，1989年9月5版，頁129、132-135。

<sup>17</sup> 陳慈陽，同前揭註14，頁290。

年的權利請願書 (Petition of Rights)，在英王查理一世 (Charles I 1600-1649) 於一六二五年繼立，主張君權神授，但爲了籌捐軍費而召集國會，國會遂乘機提出權利請願書，一六二八年經查理一世簽署，此項請願書謂：1.非依大憲章規定條款，不得拘捕或科罰人民。2.士兵不得以任何藉口強佔民房。3.非經國會同意，國王不得向人民攤派稅款及公債。4.關於人民之審判與拘禁，依據國王所發的人身保護狀 (Writ of Habeas Corpus)，法院應依法予以審判。權利請願書係重申大憲章保障的身體等人權，因爲身體爲各種人權中最重要者，所以格外受重視。爲此一六七九年國會爲防止國王專橫，制定與人身自由有重大關係的人身保護律 (Habeas Corpus Act) 其要點有二：1.被補者有權要求三天之內移交法院審判，或交保釋放。2.限制政府任意逮捕人民。而在光榮革命以後，一六八九年的權利法案 (Bill of Rights) 係關於自由等人權之規定。上述大憲章、權利請願書以及權利法案，等三部斷片式成文憲法，內容雖然簡單，但合而奠定保障人權的基礎。據此，英國的普通法 (Common Law)，對於人民的各種自由權利，有週詳的保障。嗣後世界各國人民，不僅從英國學得各種自由權利的觀念，並且以之爲嚆矢，在憲法中，設立人民權利的專章，而受憲法的保障<sup>18</sup>。

一七七六年美國獨立宣言 (United States Declaration of Independence)，爲北美洲十三個英屬殖民地宣告自大不列顛王國獨立，並宣明此舉正當性之文告。一七七六年七月四日，本宣言由第二次大陸會議於費城批准，當日成爲美國獨立紀念日。此宣言之主旨，即奠定人權的基礎，其強調「我們堅信下列這些真理是不言而喻的，即人類生而平等，人均由造物者賦予他們不可剝奪之天賦權利，其中包括生存權、自由權以及追求幸福之權利。爲了保障此種權利，人們乃組織設立政府，故而政府之正當權力，實係基於被統治者之同意。任何形式之政府，凡足以破壞上述目的時，人民即有權利改變或廢除之，並建立新政府。而新政府所依據之原則和用以組織其權力之方式，在人民看來必須是最能夠增進人民的安全和幸福<sup>19</sup>。」

---

<sup>18</sup> 黃坤錦，人權概論，1980年5月，頁14-17。劉得寬，法學入門，2000年9月四版，頁397-399。洪進，各國憲法對人權之保障，憲政思潮，36期，1973年9月，頁135。

<sup>19</sup> 原文內容爲：「We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed, by their CREATOR, with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness.--That to secure these Rights, Governments are instituted among Men, deriving their just Powers from the Consent of the Governed, that whenever any Form of Government becomes destructive of these Ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it,



此外，法國大革命時之國民會議所發布之法國人權宣言，更是人權思想劃時代之里程碑。法國大革命背景約略為；社會階級的不平等，從中古末期以來，法國社會上分成教士、貴族和一般人民三個階級，居人口少數的教士與貴族，擁有最大的財富與權利，而占絕大多數的第三階級卻須承受苛捐雜稅及勞役，此極不公平之差別待遇即滋生出社會問題；而路易十四長期對外作戰與路易十五參加七年戰爭，讓法國財政頗為困難，以至路易十六參與北美十三州獨立戰爭，則將法國財政推到崩潰邊緣；在前述洛克、盧梭等啓蒙思想家鼓吹自由平等觀念及美國獨立戰爭之影響下，已孕育出法國大革命之沃土。法國波旁王朝的國王路易十六(Louis XVI,1754-1793)為解決財政困難，於一七八九年召開三級會議，但第三階級希望趁此機會解決政治上無權、法律地位低下及賦稅不公等問題，從而不滿以階級為投票單位的方式，而主張所有的代表一起開會，並按人數投票表決，於是於一七八九年六月二十五日另組國民會議（制憲會議），路易十六決定推翻第三階級之決議，當國王調動軍隊企圖控制會議時，雙方發生衝突，有市民攻陷象徵王室暴政的監獄之巴士底監獄，其他地區的騷動也迅速漫延爆發，法國大革命於焉發生。在法國大革命時所發表的「人權宣言」，可說是受到啓蒙思想及天賦人權說之影響，而對舊制度之反抗<sup>20</sup>。1789年8月26日法蘭西王國波旁王朝制憲國民會議通過法國人權宣言（Declaration of the Rights of Man and of the Citizen）

（1789），承認並且宣布如下的人權與公民權：

第一條 在權利方面，人類是與生俱來而且始終是自由與平等的。社會的差異只能基於共同的福祉而存在。

第二條 一切政治結社的目的都在於維護人類自然的和不可動搖的權利。這些權利是自由、財產、安全與反抗壓迫。

第三條 整個主權的本原根本上乃寄託於國民。任何團體或任何個人皆不得行使國民所未明白授與的權力。

第四條 自由就是指有權從事一切無害於他人的行為；因此，每一個人自然權利的行使，只以保證社會上其他成員能享有相同的權利為限制。此等限制只能以法

---

and to institute new Government, laying its Foundation on such Principles, and organizing its Powers in such Form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness.」(The Declaration of Independence of the Thirteen Colonies, In Congress, July 4, 1776)

[http://memory.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/bdsdcc:@field\(DOCID+@lit\(bdsdcc02101\)\)](http://memory.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/bdsdcc:@field(DOCID+@lit(bdsdcc02101)))最後瀏覽日 2010 年 12 月 27 日。

<sup>20</sup> 劉得寬，法學入門，2000年9月四版，頁400。

律決定之。

第五條 法律僅能禁止有害於社會的行為。凡未經法律禁止的行為即不得受到妨礙，而且任何人都不得被強制去從事法律所未規定的行為。

第六條 法律是普遍意志的表達。每一個公民皆有權個別地或透過他們的代表去參與法律的制訂。法律對於所有的人，無論是施行保護或是懲罰都是一樣的。在法律的眼裡一律平等的所有公民，除了他們的德行和才能上的區別之外，皆能按照他們的能力，平等地取得擔任一切官職、公共職位與職務的資格。

第七條 除非在法律所規定情況下並按照法律所指示的程序，任何人均不受控告、逮捕與拘留。所有請求發佈、傳送、執行或使人執行任何專斷的命令者，皆應受到懲罰。但任何根據法律而被傳喚或逮捕的公民則應當立即服從，抗拒即屬犯法。

第八條 法律只應規定確實和明顯必要的刑罰，而且除非根據在犯法前已經通過並且公佈的法律而合法地受到科處，任何人均不應遭受刑罰。

第九條 所有人直到被宣告有罪之前，都應被推定為無罪，而即使逮捕被判定為必要的，一切為羈押人犯身體而不必要的嚴酷手段，都應當受到法律的嚴厲制裁。

第十條 任何人不應為其意見、甚至其宗教觀點而遭到干涉，只要他們的表達沒有擾亂到以法律所建立起來的公共秩序。

第十一條 自由傳達思想與意見乃是人類最為寶貴的權利之一。因此，每一個公民都可以自由地從事言論、著作與出版，但在法律所規定的情況下，仍應就此項自由的濫用負擔責任。

第十二條 人權與公民權的保障需要公共的武裝力量。這個力量因此是為了全體的福祉而不是為了此種力量的受任人的個人利益而設立的。

第十三條 為了公共力量的維持和行政管理的支出，普遍的賦稅是不可或缺的。賦稅應在全體公民之間按其能力平等地分攤。

第十四條 所有公民都有權親身或由其代表決定公共賦稅的必要性；自由地加以認可；知悉其用途；和決定稅率、課稅評定與徵收方式、以及期間。

第十五條 社會有權要求每一個公務人員報告其行政工作。

第十六條 一個社會如果其權利的保障未能獲得保證，而且權力的分立亦未能得到確立，就根本不存在憲法。

第十七條 財產是不可侵犯與神聖的權利，除非當合法認定的公共需要對它明白

地提出要求，同時基於所有權人已預先和公平地得到補償的條件，任何人的財產乃皆不可受到剝奪。<sup>21</sup>

「人權宣言」粲然可觀的揭櫫了人生而自由、權利平等、財產和安全是天賦的神聖不可侵犯的人權，表彰了「主權在民」的原則，宏揚了基本的民主權利，確立了私有財產神聖不可侵犯。特別值得注意者，一七八九年的宣言，至今仍是具有憲法效力的文件，法國歷次共和憲法都以之作為權利清單而承認是憲法的一部分。故而有史學家稱法國大革命為人權的革命。

人權的發展過程，主要可分成三個階段，第一階段是由前述一二一五年英國頒布之「大憲章」到一七八九年法國大革命的「人權宣言」。此一階段的發展主要是由君主賦予臣民權利，演變成人權是與生俱來，逐漸確立自然權的理念。第二階段是由十八、十九世紀以自由權為中心的人權體系，發展成包括「社會基本權」的人權體系，使人權的保障更為落實。第三階段則是二次世界大戰之後，以聯合國憲章及世界人權宣言為中心所形成的國際化人權保障體系，使人權成為國際社會普遍遵守的規範<sup>22</sup>。

論及世界人權的發展最常被用到的模式是法國駐聯合國國際文教處人權與和平局局長 Karel Vasak 所提出「三代人權」(three generations of human rights) 的概念<sup>23</sup>，他用「代」來表示人權的演化與動態的特質，使人權不被拘泥在特定的時空範圍內，從而建構與社會變遷相呼應的人權保障，並以「三代」來與法國大革命的口號：自由、平等與博愛相呼應<sup>24</sup>。第一代人權為免於被國家侵害的自由權，亦即「消極人權」，是「公民的、政治的權利」(civil and political rights)，用以對抗國家；第二代人權，是請求國家作為的權利，強調國家的積極作為以救助社會、經濟上的弱勢團體，以求社會之平等，認為權利保障奠基在基本的經濟

---

<sup>21</sup> <http://www.worldcitizens.org.tw/awc2010/ch/Declaration/1789.htm> 最後瀏覽日 2010 年 12 月 25 日

<sup>22</sup> 許慶雄，人權保障之基本概念—本質、分類、享有主體之探討，律師通訊，7 月號/202 期，頁 12。

<sup>23</sup> 陳秀容，近代人權觀念的轉變：一個社會生態觀點的分析，人文及社會科學集刊，9 卷 2 期，1997 年，頁 101-132；徐正戎、呂炳寬，三代人權與司法審查，東亞法學評論 第 1 卷/第 1 期，頁 76；Karel Vasak, A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights, *Unesco Courier*, Nov. 1977, at 29, 29-32; Fred Dallmayr, Asian Values and Global Human Rights, *52 Philosophy East and West* 173, 182 (2002).

<sup>24</sup> 陳秀容，同前揭註 23，頁 122。

與社會的平等條件上，是一種「積極人權」，為「社會、經濟、文化權」(social, economic and cultural rights)；第三代人權則是建立在社群、集體連帶關係 (solidarity) 和同胞愛 (fraternity) 的基礎上，再透過大家努力方能實現的和平權、環境權與發展權等集體權 (collective rights)，亦即「連帶的權利」(solidarity rights)<sup>25</sup>。第一代人權約發生在十八、十九世紀，與英國、美國與法國的革命相呼應<sup>26</sup>，以自由權為主要人權內涵，其目的在於限制政府權力，以保障人民免於權力的侵害。而其產生的背景乃是在歐洲文藝復興時期，出現了以人為中心的人文主義思潮，強調「人」、「個體」在國家的重要性與地位，以致逐漸形成了人權觀念<sup>27</sup>，因此國家是有理性的、人為的組織體，具有維護安全、和平、自由、秩序等目的<sup>28</sup>。惟國家的介入自是形成對個人自由的干涉，在君主專制時期，此種介入是毫無界限的，至十八世紀初期，「市民社會」興起，方與「國家事務」有所分離，其間界限也逐漸成形<sup>29</sup>。至十九世紀立憲主義興起，認為國家的權力應受到限制，乃藉由憲法中增訂的人權條款，來確保社會的自由。於是，憲法的角色轉而成為抵抗國家不當的侵入（防禦權）。所以，傳統的憲法理論將國家與社會嚴格區分，亦即國家不得侵害社會的自由，成為所謂的「國家社會二元論」<sup>30</sup>。十八世紀末至二十世紀初，也就是工業大革命後，因生產方式改變帶來對社會的重大衝擊，乃孕育了新的人權思潮，社會與經濟的實質正義便成為重要的議

---

<sup>25</sup> 徐正戎、呂炳寬，同前揭註 23，頁 76。

<sup>26</sup> Winston L. Frost, *Human Rights and Justice: A Historical and Philosophical Perspective*, *Fides ET Historia*, Winter/Spring 2001, at 73, 77.; 徐正戎、呂炳寬，同前揭註 23，頁 76。

<sup>27</sup> 以個人主義為基礎的人文精神，乃是貫穿文藝復興運動的核心思想。它強調人的理性能力，擺脫教會對人們思想的束縛，並反對神權對人權的壓抑，而且要正視人的自由、尊嚴、價值、平等、幸福等源自於人性內在的需求。因此，個人自由、個人權利與個性解放即成為人文精神與人道主義發展的主軸，而為現代人權之啟蒙。張國聖，現代人權的發展源流與意涵，通識研究集刊，4 期，2003 年，頁 5；徐正戎、呂炳寬，同前揭註 23，頁 76。

<sup>28</sup> 鄒文海，政治學，三民，1969 年，頁 45。

<sup>29</sup> 李建良，自由、人權與市民社會：國家與社會二元論的歷史淵源與現代意義，憲法理論與實踐（二），學林，2000 年，頁 9。

<sup>30</sup> 「國家社會二元論」是對公共領域與私領域之區別，即國家與社會的區別，其目的在對國家權力的限制，以保障私領域之自由，憲法保障個人擁有自由領域的空間，這是憲法固有價值所在。葛克昌，國家學與國家法：社會國、租稅國與法治國理念，月旦，1996 年，頁 9-42；李建良，同註 29，頁 1-57；Andrew Vincent, *Theories of the State* 112-14 (1987)；徐正戎、呂炳寬，同前揭註 23，頁 76。

題；也就是說，現代科技發展一日千里，但人們生活環境卻未同步改善：恐怖主義、生態的破壞、及個人隱私侵害等隱憂無時不在<sup>31</sup>。第二代人權主要在保障人類的福祉（human well-being），諸如健康權、工作權、休息權、受教育權、社會保險權利、宣揚及傳播文化的權利、語言權，以及婦女兒童之保障、經濟社會弱勢團體之實質平等保障，人權的內涵從消極防禦國家侵害的自由權擴充到積極的國家保障<sup>32</sup>。第三代人權是從第二次世界大戰之後迄今，仍持續發展的人權理念，以「集體人權」為核心，其背景是在一九五〇年由第三世界國家在印尼召開的「萬隆會議」中，與會成員在亟欲擺脫美蘇兩強壓力及表達共同合作意願的共識下，達成以「不結盟」型態在國際社會增加其影響力的決議而來。一九六八年在德黑蘭舉行「國際人權會議」中，發表了「德黑蘭宣言」，第三世界的人權與生態問題開始受到重視，其後聯合國更陸續通過一系列有關環境權、和平權與發展權等宣言<sup>33</sup>。易言之，第一代人權係針對專制政府提出的，政府不加干涉就能享受之公民與政治的權利，亦稱為消極的自由；第二代人權因工業革命興起，勞工階級受到剝削，經濟與社會條件若不平等，則公民與政治權利將成具文而無實質意義，衍生出對經濟或社會權利的訴求，經濟或社會權利亦被稱為積極的自由，亦即政府須有所作為，以使公民享有這些權利，例如，設立學校、建立醫院使人民享有此權利。迄二十世紀除了個人權利之發展外，群體之權利並受關注，此為第三代人權。例如，每一個人均應享有過平和之生活不受戰爭之傷害之和平權；每一個人均應享有過尊嚴環境生活之環境權；每一個人均應享有完整發展人格之發展權等等。迄今，在經歷了兩次世界大戰的苦難，人們深切地體會到，尋求和平是人類生存的必要途徑。二次大戰結束至今六十餘年來，可說是人權觀念普受重視的時代，對於人權的定義與範疇、人權的尊重與實行，也逐漸成為國際社會的共識。一九四五年聯合國憲章即開宗明義標示，對基本人權一對人的尊嚴與價值，以及對男女平等的信念，並將人權與基本自由的保障、維護世界和平、推進國家之間的友好關係等三者，並列為聯合國宗旨。一九四八年聯合國大會更通過「世界人權宣言」（Universal Declaration of Human Rights），並以之做為世人對基本人權努力的標準與實現的共同理想<sup>34</sup>。「世界人權宣言」於一九四八年巴

---

<sup>31</sup> 洪鎌德，法律社會學，揚智，2001年，頁49。

<sup>32</sup> 徐正戎、呂炳寬，同前揭註23，頁78。

<sup>33</sup> 陳秀容，同前揭註23，頁120-121。

<sup>34</sup> 胡藹若，同前揭註4，頁301。

黎第三屆聯合國大會通過，是戰後第一份關於人權的文件，亦為戰後六十多年來人權運動之起源。「世界人權宣言」所揭櫫的「公民、政治權利」，以及一九六六年聯合國大會通過的「公民及政治權利國際公約」(International Covenant on Civil and Political Rights)，Rights)，一九八九年的兒童權利公約 (Convention on the Rights of the Child) 等等，均是人權發展之重要里程碑。

現代人權發展的三個階段<sup>35</sup>，如表 2.1：

表 2.1：現代人權之發展

世代	提出時機	主體	主張	屬性
第一代	17、18 世紀法國與美國兩大革命提出	個人	個人的自由，如：言論、遷徙、集會、結社、宗教、出版、居住、財產、人身等自由。	公民、政治權
第二代	19、20 世紀之交，由社會主義所揭示	群體	經濟、福利、社會、文化方面的個人或階級權利，包括工作、休息、醫療、退休、教育、工會、參政等權利。	經濟、社會、文化權
第三代	20 世紀下半葉由反帝國、反殖民、生態環保的意識中產生	全人類	包括民族自決權、民族發展權、和平與安全權、食物權、天然資源權、人道援助權、環境權、人類共同遺產權、動物生存權、氣候權（反溫室效應）等。	需國際共同合作的和平權與環境權

資料來源：紀舜傑，從比較觀點看台灣與美國之人權教育，教育研究月刊，第 110 期，2003 年，頁 127；胡藹若，同註 3，頁 308。

<sup>35</sup> 有謂人權之第四代，為關於集合之人權與環境及其相類似的人權保護；參 Von Prof. Dr. Heinrich Scholler，陳春生譯，同註 3，頁 15。

### 第三款 自然法及其重要概念之涵意

法是基於事物的自然條理，或普遍的正義而存在的思想，在種種的形態上，自古至今綿延不絕的被倡導著，法的概念，包含有正的要素。Ius, Recht, droit（在拉丁文中 ius 既是法的意思，同時也有權利的意義。在現代之歐語中，如德文之 Recht，法文之 droit，都同時兼具有法以及權利的涵義<sup>36</sup>。）等等法的意思的用語，同時即為正的意思的用語。孔子所謂「天命之謂性，率性之謂道」云云，也是出於同樣的思想。天命所在者，即是事物自然的條理，從此條理，即是正的事情，而這正的事情，即不可不作為法的內容。所謂的自然法，即是立於這種思想根據下，自遠古的希臘到至現代，均不乏主張之者<sup>37</sup>。

自然法學說具有悠久的歷史，可回溯到希臘主義哲學時期斯多葛學派。斯多葛學派哲學以倫理學為中心，依其發展可分為三期：早期學者主張順應自然，人類應遵照理性與道德來生活，亦即惟有合乎理性的行為才能使人類幸福。中期學者將倫理學傳入古羅馬，與古羅馬社會相結合，強調理性是為了向人類指明道德，而道德就是個人對國家的義務。晚期學者則對人生抱持悲觀的看法，將人的肉體視為精神的墳墓，認為人的一生是有罪的、痛苦的，惟有忍耐和克制欲望，過著自然的生活，才能得以解脫並獲得幸福<sup>38</sup>。簡言之，自然法的思想歷史，得分成三階段，即古代的自然法，此乃宇宙的自然法；中世紀的自然法，此乃神學的自然法；近世的自然法，此乃理性的自然法<sup>39</sup>。由上以言，自然法學說認為法律並不是人為的，也不是逐漸生長的，而是自然存在的<sup>40</sup>。

羅馬共和國末期的哲學家、政治家西塞羅（Cicero, 公元前 106-43），根據斯多葛派哲學，在西方法律思想上首先比較系統地提出了自然法的學說。他認為：「真正的法律是和自然一致的正當理性，它是普遍適用的、不變的和永恆的，它命令人盡本分，禁止人們為非作歹。」（西塞羅：《國家篇》III, 22）；自然法早在任何成文國家產生以前就已存在；它對整個人類，不分國家、不分時期，都普遍

---

<sup>36</sup> 李太正、王海南、法治斌、陳連順、黃源盛、顏厥安，法學入門，元照，2005年9月6版，頁17。

<sup>37</sup> 美濃部達吉，林紀東譯，法之本質，臺灣商務印書館，1992年12版臺二版，頁71。

<sup>38</sup> 陳曉郁，自然法與基本人權，哲學與文化，23卷3期，1996年3月，頁1413。

<sup>39</sup> 劉得寬，同前揭註20，頁29。

<sup>40</sup> 林紀東，法學緒論，五南，1997年10月，頁21。

有效，任何人都不得違反、改變或取消這種法律；所有殘暴的法令根本不配稱為法律，而只是一群暴徒在集會中通過的規則而已<sup>41</sup>。斯多葛學派影響了古羅馬法學，古羅馬人一開始只訂出他們自己的法律，之後觀察到一切的法律都有共同點，並且得知法律的基礎為自然理性。他們進一步發現，在一般法律之外還有一種永久的法律存在，這就是自然法。古羅馬法學家並將自然法定義為：「自然法乃基於人類共識的自然理性。」<sup>42</sup>西塞羅繼承亞里斯多德（Aristoteles）和斯多葛學派的思想，傾向於將自然與理性劃上等號，認為理性是宇宙規律的力量。西塞羅認為，法是一種自然權力，是人的理性，是人衡量正義與不正義的標準。法亦是最高理性，它深植於支配該做及不該做行為的自然中，當理性穩定和充分的發展時，就成為法<sup>43</sup>。

遠在希臘時代，認為法律為一維持和平的設計（a device to keep the peace）。羅馬承受希臘的法律思想，認為法律之目的，旨在確保一定的社會體制。申言之，即由「古自然法」的觀點，創立各人在社會上之永久不變的地位、職責及其所扮演的角色，以維持靜狀的社會秩序<sup>44</sup>。從神法導引出來的自然法，為阿奎納斯（St. Tomas Aquinas, 1226-1274）的經院思想提供了基礎。阿奎納斯的法律定義為：「理性的命令，藉以謀求公共福利，由負責統治社會者所制定頒布。」因為這個世界為上帝所統制，整個宇宙萬物為上帝理智所管轄。神法是最高的，但整體神法不能為人所接近。只有部分的神法，可由人們透過神的智慧，結合的永久法而得到理解。自然法是神法的一部分，這部分顯示在自然理性上。人由於是理性的動物，應用神法的這部分在人類事物上，可以分別善惡。人類法來自永久法的規則而啓示在自然法上<sup>45</sup>。亦即其認為宇宙萬象都受神意的支配，這種神意就是永久法；永久法中支配人類的部分，叫做自然法。任何法律，都由永久法而來，都是出自神意<sup>46</sup>。在其論著《神學大全》（Summa Theologica）第二部分中詳述「法」的概念，指出宇宙中有永恆法（Eternal Law）、自然法、人法（Human Law）、舊約（Old Law）及新約（New Law）等五種法律<sup>47</sup>。

<sup>41</sup> 沈宗靈，法理學，五南，1994年5月，頁17。

<sup>42</sup> 米拉格利亞，比較法哲學，長沙商務印書館，1940年，頁301-303。

<sup>43</sup> 西塞羅，法律篇，北京大學出版社，1983年，頁64-77。

<sup>44</sup> 劉清波，現代法學思潮，黎明文化事業公司，1986年5月，頁2。

<sup>45</sup> W. Friedmann，楊日然、耿雲卿、蘇永欽、焦興鎧、陳適庸等譯，同前揭註16，頁117。

<sup>46</sup> 林紀東，同前揭註40，頁21。

<sup>47</sup> 「舊約」在此指「摩西十戒」；「新約」則是指「福音」。



中世紀結束時，受到基督宗教改革、民族國家產生及自然科學興起的影響，自然法的意涵因而產生變化。十七世紀荷蘭法學家格老秀斯（Hugo Grotius, 1583-1645）相信，宇宙是由具有理性的自然法統治著。就人類而言，自然法則是人性中眾多原則的總合。這些原則具有恆久不變的特性，並且足以被人類所理解。是以格老秀斯強調，人性就是自然法的本源，有人性然後有自然法，有自然法然後有成文法律<sup>48</sup>。自然法經格老秀斯之提倡，始得發皇，故有人稱其為自然法學派之鼻祖；承前述，簡言之，其所主張者，謂實證法之外，尚有因時間空間而變易之自然法存在，此種自然法即係基於人類之天性。因此，格老秀斯所主張之自然法與中古時期之自然法理論大不相同，蓋中古時期之自然法係以神之理性為基礎，而其則以人性為基礎<sup>49</sup>。亦即於十七、十八世紀之自然法論與中世紀的自然法論有重大的區別；中世紀的自然法論是以神作為理論的最後依據，近代的自然法論卻以人類的理性作為理論的基礎<sup>50</sup>。格老秀斯及其他理性主義者與中世紀自然法理論者，均以建立一客觀社會秩序為目標。自然法概念，由個人主義之興起，其中以一六八八年英國光榮革命、一七八九年法國大革命及美國獨立宣言，達到最高潮。文藝復興及宗教改革均為個人精神解放而鋪路，經濟成長使中產階級爭取個人解放。另一方面政治的極權主義，急欲脫離中世紀的神權政治而尋求其對百姓無限制統制的正當理由。雙方面對於新的政治主張的法律結構，均認為是社會契約。社會契約的基本理論闡述於柏拉圖（Plato, 公元前 428-348）的「共和國」（Republic）一書中。「當一個人違反正義侵害他人，依經驗，一方為加害人，另一方為受害人。受害人無法包容，加害人無法逃避責任，最佳途徑，是彼此協定，一方不侵害他方，他方亦不會受侵害。兩者因此訂定協定，頒布法律。此種情形於法律上曰為：合法與正當。」社會契約理論的主要內容是，於自然狀態，沒有法律命令或政府，這種狀態有的學者認為是天堂，有的認為是混亂一片，經過一段時間，進入社會狀態，以契約方式，互相尊重及和平相處。此契約同時或稍後加上第二個契約，第二個契約是彼此聯合同意服從他們選擇的政府。於第一階段，社會契約被視為是歷史事實，實際上歷史方面的研究很少，其中又混雜一些假設；於第二階段，社會契約整個被視為法律理論的假設，而非歷史事實。中間的蛻變是緩慢的。格老秀斯認為社會契約是歷史事實，而康德（Kant,

---

<sup>48</sup> 陳曉郁，同前揭註 38，頁 1414。

<sup>49</sup> 鄭玉波，法學緒論，三民書局，1998 年 8 月修訂四版，頁 210。

<sup>50</sup> 林文雄，法實證主義，2003 年 8 月五版，頁 2。

1724-1804) 認為是純理論的假設<sup>51</sup>。康德為十九世紀的大哲學家，著有法律學原理一書，其法律思想雖未脫離自然法之範疇，但已與前此之自然法原理不同，其重點即將法律與道德分離<sup>52</sup>。

綜上以言，實證法實係自然法而來，異言之，實證法是自然法的內容之確定。故自然法重要機能之一，即是基於正義的要求，以緩和實證法之固定性。此一機能使自然法具有匡正實證法的功用。此外，實證法究係人爲之物，人類的知識與經驗，畢竟有限，縱經殫精竭慮，亦甚難網羅萬象而一無掛漏，據此，客觀的自然法律原理，則有填補的功能，從而自然法除了具有匡正的功用以外，尚兼有補充的機能<sup>53</sup>。

### 第三節 近代基本權利思想之理論基礎

#### 第一項 人性尊嚴與價值

人性尊嚴係指身為一個人，就有作為一個人的尊嚴，人本身即是一個目的，而非手段和工具，此乃人性尊嚴的基本原則。依據人性尊嚴原理，人權乃人與生俱來的權利，任何人，不分種族、性別或身分，皆享有之。即使外國人，只要在權利性質上允許者，亦不例外，同樣受到保障<sup>54</sup>。康德「把人當作目的」之人性觀，無疑對人性尊嚴觀念之詮釋影響極深。他以人類理性本質，深化人性尊嚴，並以道德上自治為重要之準則，因為自治是人性和一切有理性事務的尊嚴之基礎，對這種尊嚴的尊重，基本上即是要求不要把人看作只是一種工具（物體）或手段，而是永遠為目的本身。維護人性尊嚴之前提在於肯定每一個人均為自主、自決的獨立個體，每一個人都有維護自己尊嚴的權利，不受到國家或他人以採取不合乎人道或者是任何貶抑人性尊嚴的方式破壞，甚至於個人不可自願放棄自己的人性尊嚴；亦即每個人自治自決的機體應受到充分保障與尊重。人性尊嚴所強

<sup>51</sup> W. Friedmann，楊日然、耿雲卿、蘇永欽、焦興鎧、陳適庸等譯，同前揭註 16，頁 127-128。

<sup>52</sup> 鄭玉波，同前揭註 49，頁 210。

<sup>53</sup> 梅仲協，同前揭註 13，頁 30-31。

<sup>54</sup> 許志雄，人權的「光」與「影」，憲法秩序之變動，元照，2000 年 10 月，頁 341。

調的即是個體的尊嚴，而非人類的尊嚴。憲法上對於人性尊嚴保障的內涵有二：就消極方面而言，國家公權力不可損害到人性尊嚴；就積極方面而言，國家有其義務去致力於保護每個人的尊嚴不受到國家以外的力量侵犯，並進一步的促進每一個人能有尊嚴的生存和自我獨立發展的基本條件。為此，德國學界還發展出了一套所謂「客體公式」(Objektformel)，凡是將具體的個人被貶抑為手段、工具或是任何可以替代的物體，便是人性尊嚴受到了侵犯<sup>55</sup>。

據此，人性尊嚴即是人的尊嚴或指個人尊嚴，此一用語已從傳統倫理道德、宗教或哲學用語，逐漸演化成法律用語；並成為憲法價值體系之基礎，而為憲法之最高指導原則<sup>56</sup>。

人性尊嚴被稱為憲法秩序之基礎，又被稱為基本權利之核心範圍，從我國憲法整體精神及規範而言，其在憲法上之依據，約可歸納出三種說法：一，人性尊嚴之保障是先於憲法存在，不待憲法規定國家即須保障，憲法縱使規定，也僅具有事後確認性質，不影響人性尊嚴屬原權或固有權之地位。二，由憲法第二章所列舉之人民權利個別保障範圍內，即可推衍出保障人性尊嚴之內容，縱然無法從列舉之人權清單中推求，至少亦可從憲法第二十二條之概括保障規定中得到依據。三、以憲法增修條文第十條第六項為依據：「國家維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」<sup>57</sup>

此外，人性尊嚴並於他國憲法中有所明文，例如，德意志聯邦共和國基本法第一條第一項明文：「第一條 一、人之尊嚴不可侵犯，尊重及保護此項尊嚴為所有國家機關之義務<sup>58</sup>。」；此正式開啓以憲法容納濃厚自然法特質之人性尊嚴時代<sup>59</sup>。日本國憲法第十三條：「所有國民被尊重為一個個人。關於生命、自由及追求幸福的國民權利，以不違反公共福利為限，在立法及其他國政上，必需受到最大的尊重<sup>60</sup>。」

<sup>55</sup> 李震山，人性尊嚴與人權保障，元照，2001年11月修訂再版，頁10-13。

<sup>56</sup> 李震山，同前揭註55，頁3-4。

<sup>57</sup> 李震山，多元、寬容與人權保障，元照，2005年10月，頁131。

<sup>58</sup> <http://www.judicial.gov.tw/db/db04/db04-01.asp> 最後瀏覽日 100年1月1日。

<sup>59</sup> 李震山，同前揭註55，頁7。

<sup>60</sup> <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S21/S21KE000.html> 最後瀏覽日 100年1月1日；原文：「第十三条すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」

人性尊嚴並已遞次於我國司法院大法官解釋中出現，在我國司法院大法官解釋文及解釋理由書中提及人性尊嚴者，有大法官釋字第六六四號解釋：「人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第二十二條保障。」大法官釋字第六五六號解釋：「名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第二十二條所保障。」「憲法第十一條保障人民之言論自由，依本院釋字第五七七號解釋意旨，除保障積極之表意自由外，尚保障消極之不表意自由。系爭規定既包含以判決命加害人登報道歉，即涉及憲法第十一條言論自由所保障之不表意自由。國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切。」「惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。依據上開解釋意旨，系爭規定即與憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之意旨無違。」大法官釋字第六三一號解釋：「此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利……。」大法官釋字第六〇三號解釋：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。」「隱私權雖係基於維護人性尊嚴與尊重人格自由發展而形成，惟其限制並非當然侵犯人性尊嚴。」大法官釋字第五八五號解釋：「其中隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。」大法官釋字第五六七號解釋：「思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。」大法官釋字第五五〇號解釋：「而社會福利之事項，乃國家實現人民享有人性尊嚴之生活所應盡之照顧義務，除中央外，與居民生活關係更為密切之地方自治團體自亦應共同負擔……。」大法官釋字第四九〇號解釋：「復次，服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多

數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第七條平等原則及第十三條宗教信仰自由之保障，並無牴觸。」大法官釋字第四八五號解釋：「憲法係以促進民生福祉為一項基本原則，此觀憲法前言、第一條、基本國策章及憲法增修條文第十條之規定自明。本此原則國家應提供各種給付，以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢之人民，推行社會安全等民生福利措施。」等等。<sup>61</sup>

綜上而論，人性尊嚴可說是人類與生俱來的價值，其意涵因歷史、文化、宗教等因素，而隨著時代之遞嬗有所差異。而總括的來說，其核心內涵有二，其一為人在自己自由權利範圍內，有自治自決之高度自主性。其二為人不能成為純粹客體，不論是依自由意志或他意，人都不能被工具化、物化、商品化<sup>62</sup>。處於一個優質的社會中，重視所有人的尊嚴，也期許所有的構成員亦能重視他人的尊嚴，使每一個自主、自決的獨立個體，成為具體存在且具有意義的生命。從而，人性尊嚴應是具有自我決定、自我發展及自我形成的意義，人性尊嚴概念雖頗為抽象，惟也因為這樣的抽象性，正可提供其作為一價值規範的解釋空間，並使其更具因應現實的彈性，與時俱進。

## 第二項 近代立憲主義與多元民主

### 第一款 近代立憲主義

在二千多年前西方的古希臘和羅馬文明時代，並不存在立憲主義（constitutionalism）的觀念。而在亞里斯多德主張法律是理性的展現，不受情欲等元素之干預與困擾，據此認為法治是優於人治的統治方式。其並主張介於全民與貴族統治之間的混合式政體模式，以達到政治上的均衡。對於雅典等古希臘城邦的民主模式以是民主的典範，重要決策和法律由全體公民在集會中討論和表決。羅馬其在共和時代所設置之民主政制及議會組織亦為後人所稱頌。羅馬公民相信其領導統治者的權力來自人民。羅馬帝國的民法亦成績斐然粲然可觀，其

---

<sup>61</sup> 另以人性尊嚴為關鍵字蒐尋大法官解釋 <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03.asp> 最後瀏覽日 100 年 1 月 1 日。

<sup>62</sup> 李震山，同前揭註 55，頁 132。

重視對於私人之間之約和財產權利的保障，由此奠定了日後西方法治秩序的基礎。從而此等所孕育出之日後立憲主義的重要要素，即法治、政治制衡、民主、共和、民法……等；成爲日後立憲主義思想和實踐之重要因素。

以立憲主義的理論和實踐而論，在一六八九年英國國會所通過的限制君主權力而保障人民各項權利的之權利法案，使英國成爲了君主立憲的國家，將國王的權力置於法律規制之下，而法律則須由國會通過並經國王簽署，國家最高政治權力由國王和國會分享，從而使英國成爲立憲主義之先驅。

在規定國家的權力組織、國家政府各機關的產生方式、組成結構、權力運作及其間如何之相互關係，乃至政府與人民間的關係，特別在於人民之權利和自由之如何規範；美國在一七八七年所制訂的《美利堅合眾國憲法》（*Constitution of the United States of America*），即納入前述之內容，成爲現代立憲主義的典範。這部憲法於一七九一年修訂增補進《權利法案》（*Bill of Rights*）後，對於立憲主義之開展劃下具時代意義之里程碑。美國立憲主義一方面繼承了英國普通法（*Common Law*）的法治傳統和法國十八世紀啓蒙時代中藉由理性所建構之政治秩序的精神，並發揚了洛克的社會契約理念和人權思想，並體現了孟德斯鳩（*Montesquieu 1689-1755*）的「三權分立」政制設計理念。

一七八九年法國大革命爆發，立憲主義的理論和實踐在歐洲取得了繼十七世紀英國光榮革命以來的重大突破。法國大革命的影響最主要思想家是盧梭，其「主權在民」的主張，在長時期奉行君主制的歐洲具有革命性的意義。一七八九年八月二十日的《人與公民的權利宣言》已有了現代憲法意識的基本權。一七九一年路易十六的憲法與一七九三年所謂雅各賓黨人的憲法亦含有基本權。天賦人權宣言的揭示，粉碎了君權神授的神話，否定了封建制度，激發了人民的巨大熱情，並引發動員及組織人民群眾參加反對封建的抗爭的作用。人們高舉「人權」的旗幟，給特權階級與專制制度沈重的打擊，促進了法國大革命的深入發展。法國大革命時期國民議會在一七八九年年八月頒佈的《人和公民的權利宣言》是對後世立憲主義影響最大且最有代表性之重要標誌和文獻。

首度在德國境內出現的現代制憲乃在一八一四年至一八二四年間，被視爲德國早期立憲主義，也同時是德國早期自由主義，此乃受到法國大革命及英國議會政治影響，所形成的政治意識形態及運動。一次大戰，德國戰敗，*Wilhelm II* 流方後，德國才建立起第一個共和國，並於一九一九年八月十一日在威瑪制定新憲，此乃有名的威瑪共和。威瑪共和雖是一八七一年帝國憲法之繼承者，但其內容卻追隨一八四八年之法蘭克福聖保羅教堂憲草，同時憲法規定，德意志帝國爲民主共和國，爲國民主權的國家，其中含有許多直接民主的機制，同時也是聯邦

國。威瑪憲法明定基本受保障，並首度納入社會國理念，使德國成爲社會法治國。惟因威瑪憲法卻是高度價值中立憲法，亦即其均取決於形式民主多數決，以致希特勒趁機以形式民主方式破壞民主，奪取政權，造成德國二次大戰之失敗<sup>63</sup>。

一八九五年（清光緒二十一年、日本明治二十八年）甲午戰爭日本的勝利，使滿清政府改革派更加認定這是日本實行君主立憲之成果。一九〇六年清廷設立憲政編查館，並下詔預備立憲，一九〇八年公布憲法大綱二十三條，屬草案性質。一九一一年袁世凱壓迫滿清政府，迫使清廷頒布「十九信條」；十九信條與憲法大綱不同於，其精神以英國憲政爲藍本。一九一一年各省政府與革命勢力相結合，十月十日集結會議於漢口英租界順昌洋行，並於十月十三日議定通過「中華民國臨時政府組織大綱」乃是臨時性的政府組織綱要，全文共四章，二十一條，乃中華民國最早之根本大法。一九一二年二月十二日，清帝宣布退位；十五日，袁世凱被推舉爲臨時大總統；三月十一日，國會參議院公布「中華民國臨時約法」，全文共七章，五十六條，爲一部三權憲法。一九一四年袁世凱解散國會，於一九一四年三月另組成約法會議，對一九一二年「中華民國臨時約法」加以增修，於一九一四年五月一日公布「中華民國約法」，又稱「袁氏約法」或「新約法」，計十章，六十八條；將「中華民國臨時約法」之內閣制更易爲總統制。一九二三年直奉戰爭結束，國會於北京復會，曹錕就職之十日十日宣布「中華民國憲法」，又稱「曹錕憲法」或「賄選憲法」，計十三章，一四一條；一九二三年，段祺瑞臨時政府成立，便遭廢棄。一九二四年，「中華民國臨時政府制」只包括簡單的六條；由此制組成臨時政府，由段祺瑞任臨時執政。一九二八年，國民政府在南京成立，企圖制定「五權憲法」，爲此，通過「訓政綱領」六條，以做爲組織法之依據；公布「國民政府組織法」、「五院組織法」。一九三一年六月一日，蔣中正辭去國民政府主席一職，國民政府公布「中華民國訓政時期約法」，計八章，八十九條。根據「中華民國訓政時期約法」第八十六條的規定，憲法草案應根據建國大綱及訓政時期成績，由立法院選定；一九三六年五月五日公布「五五憲草」，計八章，一四八條；一九三七年五月八日又公布修正案，將第一四六條刪除，而成爲一四七條。一九四七年一月一日公布「中華民國憲法」，同年十二月二十五日施行；這就是現行中華民國憲法<sup>64</sup>。並陸續自民國八十年五月一日公

---

<sup>63</sup> 陳慈陽，同前揭註 14，頁 28、31。

<sup>64</sup> 謝政道，中華民國修憲史，揚智文化事業，2007 年 2 版，頁 3-29

布增修條文起，迄九十四年六月十日止，已進行七次增修<sup>65</sup>

憲法基本上係由英文、法文（constitution）及德文（Verfassung）翻譯而來，而前三個外文又由拉丁文（constitutio）演變而來，其本義為組織、結構或組成<sup>66</sup>。憲法此一詞語本有多種意涵，古典的憲法學認為憲法是國家統治權行使的形式依據。據前所述，則近代立憲主義的憲法，可從其歷史背景描述其來由；可從政治哲學找出國家統治之合法性；可就政治力學說明國家權力之結構；可從制憲力釋明憲法形成之過程；可從效力上，說明憲法具有上級規範之意義；可從其內容探出一個國家之基本價值決定<sup>67</sup>。

承前而論，立憲主義是一種關於人類社會應如何組織其國家及其政治生活的規範性內容，其精髓與意涵乃在於以憲法和法律來規範政府如何產生、設立、更替及其權力的行使，並藉以防止人民的基本權利受到國家之侵害，進而確保國家權力之行使能符合人民的利益。以個人為目的，視國家為工具，反對國家權力對個人自由的干涉，主張解除社會經濟勢力對個人自由的束縛的自由主義，高舉個人的尊嚴、價值、自主性、自決之大纛，強調自由和人權，並指出國家統治者所掌握的政權是自由和人權的最大威脅。在現代立憲主義已不單純為一抽象虛無的理想，而是具體的於不少國家中付諸實現，可謂是人類文明進步的體現。立憲主義既是一個價值目標，也是一種手段；其為實現自由主義理想的法門之一。因為若無憲法來規制國家權力的行使，國家權力的濫用其後果可以是極其嚴重的。禮記·檀弓下：「小子識之，苛政猛於虎也。」即比喻繁苛殘酷的政令比老虎還凶猛可怕。

---

<sup>65</sup> 中華民國九十四年六月十日華總一義字第〇九四〇〇〇八七五五一號令公布任務型國民大會複決會議通過立法院所提中華民國憲法增修條文修正案、中華民國八十九年四月二十五日華總一義字第八九〇〇一〇八三五〇號令公布第三屆國民大會第五次會議通過修正中華民國憲法增修條文、中華民國八十八年九月十五日總統華總一義字第八八〇〇二一三三九〇號令公布修正增修條文第一條、第四條、第九條及第十條、中華民國八十六年七月二十一日總統華總（一）義字第八六〇〇一六七〇二〇號令公布修正增修條文第一條至第十條為第一條至第十一條、中華民國八十三年八月一日總統華總（一）義字第四四八公布修正增修條文第一條至第十八條為第一條至第十條、中華民國八十一年五月二十八日總統華總（一）義字第二六五六號令公布增修條文第十一條至第十八條、中華民國八十年五月一日總統華總（一）義字第二一二四號令公布增修條文第一條至第十條；參照，

<http://www.president.gov.tw/Default.aspx?tabid=65>，最後瀏覽日 100 年 1 月 3 日。

<sup>66</sup> 陳新民，中華民國憲法釋論，2001 年 10 月四版，頁 4。

<sup>67</sup> 李惠宗，憲法要義，2009 年 9 月 5 版，頁 21。



再者，立憲主義中重要之諸多原理，無論為權力分立制度、依法行政原則及基本權利保障等，無一不是用來防範國家權力之恣意，用以維護及保障人民之自由與人權。易言之，近代立憲主義之憲法，係以保障人民基本權利，限制國家權力的恣意行使為目的，而針對國民的地位，以及國家的權力與憲政機關之組成與運作為規範內容的根本大法。而一部立憲主義的憲法，必定含括有基本人權的保障，若未有基本人權保障及權力分立的國家，就無匹配稱之為立憲主義國家。

冷戰結束，自由的議會制民主主義擊垮共產主義，立憲主義獲得遍地開花之契機。惟部分國家試圖抗拒立憲主義之洪流，導致人權迫害事件層出不窮。故如何推廣立憲主義的精神，落實自由民主理念，可謂當代人類一大課題<sup>68</sup>。

## 第二款 多元民主

多元主義 (pluralism) 或價值多元主義 (value pluralism) 是對於啓蒙運動的再省思的產物。多元主義表現於徹底檢討省思群體生活的態度與預設。多元主義當然承認理性之彌足珍貴，但並不贊同將自然科學所倚賴的尋求解答的模式不假思索地移植至人文學門，亦不認為人類群體生活中的重要問題都僅有且唯一一個正確的答案。相反地，多元主義認識到差異性一直是人類群體生活中的難以化約之要素，這種差異不僅反映在各個民族的生活方式中，也反映在對於各種可貴的善或終極價值的追求之中。更重要的是，這些可貴的善或終極價值並不存在著一體適用的共通的測量尺度，而是相互異質的、不可共量的。換言之，在人類群體生活裡，當涉及價值的配置與取捨時，唯一的且放諸四海皆準的完美答案並不存在。多元主義不像自由主義、社會主義或女性主義那樣有著明確的涉及規範內容的實質主張，無論那涉及的是反對專斷的權力、要求更實質的經濟平等或對於父權制的全面戰鬥，多元主義主要是一種關於如何理解諸種價值和善的存在樣式與相互關係的認知態度<sup>69</sup>。

著名政治學家 Robert Dahl 所建構的「多元民主理論」中認為「民主乃是人民相互間保有平等的地位，也具有相同的機會表達其所好，而政府的政策作為亦

---

<sup>68</sup> 許志雄，現代立憲主義與民主的對話，跨世紀法學新思維--法學叢刊創刊五十週年，元照，2006年1月，頁54。

<sup>69</sup> 許國賢，多元主義與民主，行政及政策學報，50期，2010年6月，頁2。

能持續反應人民的喜好<sup>70</sup>。」在近代民主思潮中，多元主義理論對於民主制度的建構，占有相當重要的地位。所謂多元主義或多元論者，在政治理論或國家學的領域，係以社會多元團體在國家公共事務中所扮演的角色為其主要論述為重點，其強調社會中各種不同的政治、社會及宗教等團體，應相容並存，共同享有參與政治活動的權利，並且受憲法的保障。民主政治之基本目的在於對人民自由與平等之保護，於社會上各種價值，透過參與、討論、辯駁、折衝與妥協等過程，以形成全民福祉。所謂「多元主義之民主制度」至少須具備兩項基本要素：1.政黨政治與多黨體系。2.多元團體體系。此種多元主義的民主理念，即藉由政黨政治與多黨體系、多元團體體系及大眾傳播媒體機制促成互相競爭之民主制度。多元民主秉持其價值中立，對於所有以民主原則為基礎之價值理念均予認同<sup>71</sup>。

多元民主並沒有提供我們面對民主政治的內在問題時如何解決之工具，它給予的乃是關於寬容一切以民主原則為基礎之價值理念，無論是極左的共產黨或是極右的納粹黨，均能在多元民主之理念大纛下受到包容，並使此民主過程之遂行得有更清晰的光譜，此一光譜雖未有鉅細靡遺的精確指引，但卻能使我們在多元價值之社會中，不斷隨著時代一同前進，以更貼近政治社會的實際狀態模式，不斷的進行民主進程中的價值競爭。

#### 第四節 基本權利之種類

德儒耶林涅克(G. Jellinek, 1851-1911)的身分理論 (Statustheorie) 是具有古典意義的基本權利典範理論。耶林涅克依據人民與國家間公法上的權利義務關係，亦即著眼人民相對於國家所處的地位(status)，將基本權利依人在國家中的四種身分加以分類：

---

<sup>70</sup> Dahl, Robert A., 1974, *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven: Yale University Press.

<sup>71</sup> 李建良，民主政治的建構基礎及其難題-以「多元主義」理論為主軸，憲法理論與實踐（一），學林文化事業，2003年2月2版，頁4、9-15。

## 第一項 消極身分

消極身分產生自由權，使個人自由於國家之外；亦即指人民站在消極之地位，而排除國家統治權之支配，即不受公權力干涉，此即自由權。

## 第二項 積極身分

積極身分產生對國家的各種請求權，向國家要求給付，沒有國家即無這類請求權存在的可能；意指國家承認及給予人民法律上的資格，可以為其個人利益，請求透過國家的制度，藉由國家統治權力的行使，來達成其願望的地位，即受益權。

## 第三項 主動身分

主動身分是以公民的地位參與國家活動包括國家意思的形成，選舉權屬於典型的這類權利；泛指人民有資格參與國家意見的形成，即參政權。

## 第四項 被動身分

被動身分產生義務，與權利無關；即指人民居於應服從國家統治權力的地位，也就是人民對國家所產生的義務。

上述身分關係是近代立憲主義建制完成後，國家與個人處於一種法律狀態（Rechtsstand）中，而非赤裸裸的權力支配下，描述雙方關係的<sup>72</sup>。

---

<sup>72</sup> 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，憲法理論與實踐（一），學林文化事業，2003年2版，頁57-58；吳庚，同前揭註15，頁98-99。依耶林涅克當時之分類，尚無威瑪憲法或我國憲法所謂的生存權、工作權等受益權（社會權），其時受益權之概念主要指司法上受益權而言。

我國傳統憲法教科書則通常將人民的基本權利歸納為四種：

一、平等權：立足點、出發點、發展基礎的平等（憲法第七條：中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等）。

二、自由權：指人民有得自主為行為之自由，除非依法律的規定，否則國家不得加以干涉或侵犯，這是自由民主國家最可貴的生活方式。我國憲法所保障的自由權有：

（一）人身自由：

1. 刑事正當程序保障之自由（憲法第八條：人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審。法院對於前項聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關，對於法院之提審，不得拒絕或遲延。人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理。憲法第九條：人民除現役軍人外，不受軍事審判。）

2. 居住遷徙自由（憲法第十條：人民有居住及遷徙之自由。）

（二）意見自由（憲法第十一條：人民有言論、講學、著作及出版之自由。）

（三）秘密通訊自由（憲法第十二條：人民有秘密通訊之自由。）

（四）信仰宗教自由（憲法第十三條：人民有信仰宗教之自由。）

（五）集會結社自由（憲法第十四條：人民有集會及結社之自由。）

三、參政權：人民以國民的資格，在政治上所享有的權利，但是需先具備法定的年齡及公民資格始可享有。我國憲法規定的參政權有：選舉、罷免、創制、複決權（憲法第十七條：人民有選舉、罷免、創制及複決之權。）及應考試、服公職之權（憲法第十八條：人民有應考試服公職之權。）

四、受益權：人民向國家請求享受利益的權利。憲法上規定國家應保障人民的之生存權、工作權、財產權（憲法第十五條：人民之生

存權、工作權及財產權，應予保障。) 請願權、訴願權、訴訟權(憲法第十六條：人民有請願、訴願及訴訟之權。) 受國民教育的權利和義務(憲法第二十一條：人民有受國民教育之權利與義務)<sup>73</sup>。

以上為基本權利分類之傳統上區分，惟有關基本權利分類標準繁多，實則依不同標準自會產生不同基本權利之譜系。爰僅就較為重要之分類標準述之如下：

一、依基本權利特性為區分標準，可分為；

(一) 先國家性基本權利：乃指生為一個人即擁有之權利，無待國家規定，國家更不得剝奪。

(二) 國家性基本權利：乃指該權利之範圍與內容，係由國家賦予。

二、依基本權利主體為區分標準，可分為；

(一) 基本人權：乃指不分國籍，無論任何人皆得享有之權利，係先國家性基本權利。

(二) 國民權：係國民始得享有之基本權利。

三、依基本權利之行使由個人為之或須由一群人為區分標準，可分為；

(一) 個人權：乃指只要個人即可主張。

(二) 集體權：只能由可得特定之多數人主張之。

四、依基本權利可否被限制為區分標準，可分為；

(一) 不可限制基本權利：乃指先憲法性、先國家性的權利，縱使是透過憲法的修正，亦不得廢止之。例如，德國基本法第七十九條第三項即規定，基本法第一條所揭示之人性尊嚴保障與第二十條抵抗權規定，永不得廢除。

(二) 可限制基本權利：可分為三種層次；

1. 憲法直接限制：若為憲法所賦予之基本權利，即可透過憲法修正而更改之。

2. 法律直接限制：當憲法有明文規定，基本權利可由法律直接限制時，

---

<sup>73</sup> 管歐，中華民國憲法論，三民書局，1994年10月，頁48以下；林紀東，中華民國憲法釋論，三民書局，1992修訂版，頁150。惟學者吳庚有鑑於上述傳統分類中受益權之分類，混淆了權利性質之區分，而另區分為：平等權、自由權、政治參與權、社會權及程序基本權；參吳庚，同前揭註15，頁106-107。

則非法律不得限制之，此稱之為法律保留原則。

3. 法律授權之限制：基本權利亦得由法院依法律判決或由行政機關依法處分而加以限制，惟亦必須憲法有明文規定始可如此限制。例如，我國憲法第八條規定，人民之身體自由可由法院依法定程序審問處罰，即屬憲法明文規定，法院得依法律（刑法、刑事訴訟法）授權限制人民之自由<sup>74</sup>。

## 第五節 基本權利之功能體系

基本權利功能之目的，乃對基本權利之擁有者之人民，基於何等之憲法上基本權利之規定，得向國家為如何之主張，取得什麼樣之利益；亦或從基本權利之相對面義務之角度而言，其意涵為何，亦即受基本權利規範之國家，遵循基本權利之規定，所作課予何種作為或不作為義務等問題。戰後德國對基本權利之類型觀察，即已著重於基本權利客觀規範功能面，惟傳統上對基本權利功能之分析，多半沿襲前述德儒耶林涅克之「地位理論」或「身分理論」，側重主觀權利之功能面向。

有學者以基本權利功能之概念是對基本權利的一個顛覆，傳統的憲法學者將憲法所保障的基本權利區分為自由權、平等權、受益權、參政權，許多實證憲法也採取此分類，例如，上述基本權利種類之傳統分類中所呈現之憲法本文規範。此傳統之分類，固然有一目了然的優點，然其缺點卻在於將各種權利的性質與以絕對化，尤其是對於自由權的性質，幾乎都採取「防禦權」的解釋方式，忽略了其他的定性可能性。而基本權利之功能之概念提出，則使得基本權利解釋具有彈性，不再拘泥於傳統的理解，尤其是對於自由權的解釋上，「防禦權功能」固然是自由權的主要內容（主觀法內容之一），但是自由權還可能做其他的解釋，例如，學術自由權可做「制度性保障」來理解；生存權除了防禦權功能外，還可能包含請求國家提供最低生活所需的物質基礎的「給付請求權」功能，亦即請求國家提供合乎人性尊嚴最低生活標準的給付功能<sup>75</sup>。

---

<sup>74</sup> 李惠宗，同前揭註 67，頁 92-94。

<sup>75</sup> 張嘉尹，基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向，當代公法新論（上）-翁岳生教授七秩

基本權利係人民生活不可或缺之權利，而如前所述，基本權利除了傳統上對於基本權利著重在其「防禦權」及向國家請求作為或不作為的面向之主觀面向外，在第二次世界大戰後，德國學說與實務界對於基本權利功能的觀察，著重於基本權利客觀規範價值內涵的保護，開展基本權利功能之客觀面向。

綜上所述，基本權利功能之目的在於完整實現某特定基本權利，而基本權利功能之提出與建構，除了提供更清晰基本權利圖譜以理解之，厥為重要者為，提供了基本權利更周延完善之保障體系。

## 第一項 主觀權利之功能

如前所述，基本權利作為一種主觀面向之權利，是基本權利之雛形，惟主觀公權利本身的內涵隨著時代亦有所變遷。最初基本權利作為一種主觀公權利，其內涵在於賦予人民一個可以對抗國家權力侵害的基礎，也就是一般所謂的防禦權，強調人民得援引基本權利來防禦國家權力對其之干預與侵害。其後基於社會福利國家的發展與形成，基本權利除了作為防禦國家權力對其之干預與侵害之主觀面向功能外，更側重於發展出請求國家提供給付或請求國家作為的權利之給付功能；現代基本權利主觀功能，咸認包括有防禦功能和給付功能。

### 第一款 防禦功能

從人權的發展歷史予以觀察，基本權利最初是為了對抗國家而被提倡出來的，以保護個人自由領域，防止公權力干涉；亦即基本權利最初作用在於對抗國家權力，以「國家之不作為」(staatliches Unterlassen)為主要之訴求目標，希望能藉此確保人民之自由與財產免於受到國家的侵犯，並創設一個不受國家干預的「自由空間」(Freiheitsfunktion)，為基本權利最原始且最主要的功能，一般稱為「自由權利」(Freiheitsgrundrechte)或「防禦權」(Abwehrrecht)。此種功能亦是從耶林涅克所論述的人民與國家間之關係中的消極關係(身分、地位)所導出的。基本權利具有防禦權的功能是古典基本權利理論的特色，即防禦權的功能是基本權利最典型的功能，禁止國家權力對人民基本權利的干預，即要求「國家之

不作爲」的功能。例如我國憲法關於基本權利之規定，率多具有防禦權之性質，例如，憲法第十條規定：「人民有居住及遷徙之自由。」第十三條規定：「人民有信仰宗教之自由。」基於基本權利之有防禦權之功能，人民對於國家違法侵害基本權利的任何行爲，均得透過法律途徑排除之，其防禦之對象包括抽象之法規、具體之行政處分、司法裁判及事實行爲等。具體言之，對於侵害基本權利的法律或命令，人民得請求宣告無效；對於侵害基本權利的行政處分或司法裁判，人民得訴請撤銷及廢棄，並請求除去違法之結果；國家行爲有侵害基本權利之虞者，人民得訴請防止之。又國家基於一定公益之考量，規定人民必須事先經過國家之許可，始得從事一定之行爲，即所謂「禁止但附許可保留」，基於基本權利之防禦權之功能，人民得請求國家設定明確之許可要件，並於符合法定要件時，享有請求核發許可之權利。此外，人民之權利如因國家之行爲而受有損害時，亦得向國家請求賠償或回復原狀。以上所述，均屬基本權利防禦權之功能之具體作用。惟基本權利具有防禦權之功能已隨時代的演進有所改變。於今基本權利功能一直在擴張之中。如客觀價值決定、制度性保障功能等<sup>76</sup>。

## 第二款 給付功能

隨著政治經濟社會條件的發展與變化，人民在經濟與物質條件方面遭遇許多問題，而使傳統上基本權利所具有的，顯得有些捉襟見肘，力有未逮。工業社會個人的生活無法專恃個人獨立解決，個人的生存在在都仰賴國家的給付。從而，基本權利隨著政治經濟社會時代的演進，發展出要求國家應提供人民一定之給付或服務，職是之故，基本權利之作用擴及以「國家積極作爲」爲訴求目標，成爲一種「給付權利」，是爲基本權利之「給付功能」或「受益權功能」。給付功能（受益權功能）與防禦功能不同，基本權利之給付功能是請求國家提供給付之權利的功能，也就是請求國家積極給付的功能。例如中華民國憲法第二十一條規定，「人民有受國民教育之權利」，基於此規定基本權利主體之人民即享有受國民教育之「教育受益權」，得向國家請求提供國民教育之給付。基本權利之給付的功能，乃爲國家提供人民一定之給付，此涉及國家資源之有限性如何分配之高度政治考

---

<sup>76</sup> 李惠宗，同前揭註 67，頁 94-95；李建良，同前揭註 72，頁 58-59；法治斌、董保城，憲法新論，元照，2005 年 10 月 3 版，頁 130-131。大法官釋字一九一、二〇六與二六三號解釋；從防禦權面向解釋基本權利。



量。故若承認基本權利之給付功能，即無異負責監護該基本權利受益權功能之法院，得僭越立法者之地位從事政治決策，有違權力分立原理之虞。據此，一般對於基本權利之給付功能之承認，皆持較保守審慎的態度，多只願就「合乎人性尊嚴最低生存標準」所需條件之給付，承認人民的相對應請求權。以憲法第十五條生存權為例，即限於請求國家提供合乎人性尊嚴最低生存標準所需之給付<sup>77</sup>。

一般認為基本權利的給付功能內涵可分為三個子類型：程序性給付、物質性給付和資訊性給付：

### 第一目 程序性給付

程序性給付是在要求國家必須提供權利保護之途徑，即憲法第十六條所保障之訴願、訴訟權及請願權；另在前述之訴願、訴訟權及請願權之外，國家為使人民得以實現其基本權利，而提供其他個種可能之組織或程序。

### 第二目 物質性給付

物質性給付顧名思義，即請求國家提供物質上給付者，通常在概念上區分為分享權和給付請求權兩種。前者指人民得請求使用國家既存的設備或公共設施等資源，例如，大學、圖書館、公園等；而後者則指人民得請求國家為一定的給付或補助，例如，人民生活陷於困難時得請求國家給予救助或經濟上的補助。由於給付請求權，此請求國家創設一定之設備或給與一定之補助，因事涉及國家財政能力、資源的分配與資源之運用及社會利益之調整，故除屬於人民生存之「最低限度保障」外，關於如何提供給付之問題，乃屬立法者之政治決定與形成自由之範圍，從而，須將此權限交多元民意基礎之立法權加以決定形成，而屬於低度可司法性的範疇。

---

<sup>77</sup> 李建良，同前揭註 72，頁 59-60；許宗力，基本權的功能與司法審查，憲法與法治國行政，元照，2007 年 1 月 2 版，頁 187-190；許宗力，基本權功能，月旦法學教室，第 2 期，2002.12，頁 73-74；李惠宗，同前揭註 67，頁 95。大法官釋字第三一六號解釋，及三六八號吳庚大法官協同意見書中，涉及受益權功能之解釋。大法官釋字第四四五號解釋理由書：「……至於集會自由是以行動為主的表現自由，對於不易利用媒體言論管道之眾人，為公開表達意見之直接途徑，集體意見之參與者使集會、遊行發展成「積極參與國家意思形成之參與權」，故兼有受益權之性質。……」

### 第三目 資訊性給付

所謂資訊性給付或服務，係指國家必須提供人民一定之資訊；故資訊性給付也可稱為包括有「知的權利」。從而其除指國家必須提供人民一定的資訊外，同時須確保人民可以平等地接近使用國家資訊或媒體（大法官釋字第三六四號解釋中所指「平等接近使用傳播媒體」之權利，當然包括接近使用國家之傳播媒體。）而資訊性給付也有防禦功能和給付功能兩個面向，前者指針對已經散布或公開的資訊，國家不得任意限制人民接近使用；後者指人民得積極向國家請求提供特定資訊。因資訊公開乃是現代社會備受關注的一項課題；故為保障人民知的權利，便利人民共享及公平利用政府資訊，增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督，並促進民主參與，為建立政府資訊公開制度，便利人民共享及公平利用政府資訊，保障人民知的權利，增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督，並促進民主參與，我國已於九十四年十二月二十八日制定公布「政府資訊公開法」以落實資訊性給付之功能<sup>78</sup>。

### 第二項 客觀價值秩序功能

基本權利除了主觀面向外，德國學說與實務又發展出了基本權利的客觀價值秩序面向，認為基本權利本身含有特定的客觀價值決定，而這種客觀價值決定是國家和人民應該一同追尋與達成的目標。

所謂基本權利客觀價值規範功能之主要作用，在於從基本權利中抽繹出客觀之價值秩序，而發展基本權利客觀價值秩序的功能主要在於，當我們從基本權利主觀面向探求基本權利的客觀價值時，這樣的客觀價值將會放射至所有的法領域，進而成為立法者、行政機關及司法機關行使職權時所應遵循之重要準繩。例如我國憲法第十一條保障人民的言論自由，當人民的言論自由受到侵害時，得主張依該基本權利規定向法院請求宣告國家的侵害行為違憲，藉此導出言論自由基本權利有保護人民言論自由不受侵害的客觀價值，進而將此保護人民言論自由不受侵害的客觀價值放射至所有的法領域後，不論國家之行政權、立法權、司法權亦或一般人民均須遵守；亦即國家以及人民應該共同遵守的價值秩序。以大法官

---

<sup>78</sup> 李建良，同前揭註 72，頁 60-64。

釋字第四四五號為例，即以維護公益或防止防止危害他人，乃係值得維護之客觀價值秩序，成為集會遊行自由基本權利行使之可能界限。強調基本權利之條款具有價值取向的原則性之性質，雖已成為目前之通說，惟就實際運用之層次以觀，仍須注意價值秩序之衡量所可能造成法官或基本權利解釋者專斷之弊端<sup>79</sup>。

據上而論，基本權利客觀價值規範功能，係相對於人民主張基本權利之主觀面，而立於憲法、法律上之角度客觀的探討基本權利之意義、價值及地位。亦即立憲時所形成之基本客觀價值所包含之功能為何；從而，在看待這些功能時，也導出了基本權利的客觀價值秩序中，含括有基本權利第三人效力、國家保護義務和制度性保障三者。

### 第一款 第三人效力

如前所述，所謂的基本權利的客觀功能，旨在將基本權利之規定視作一種「價值決定」，以便能適用於任何法領域，特別是私法的領域。由於私法主要係規範私人間之法律關係，故對於基本權利此種效力，稱為基本權利第三人效力<sup>80</sup>。依此而論，基本權利第三人效力指的是基本權利在私法中的效力，或者稱為基本權利之輻射效力，亦或是基本權利在私人法律關係中的效力。亦即在基本權利之客觀的價值決定，擴散到所有法律領域中，即包含私法的領域<sup>81</sup>。

故基本權利第三人效力乃在討論對私人主張基本權利之效力問題。由於基本權利乃是源自於人民對國家的請求權，因此基本權利有所謂的「針對國家性」，但是對基本權利的侵害來源有時並不限於國家，私人也有侵害他人的基本權利之可能；而針對來自其他私人的基本權利侵害，是否得以主張基本權利，此即為所謂的基本權利第三人效力問題。

傳統上，基本權利被認為是用以對抗國家的工具，並不接受對私人主張基本權利的概念。不過隨著基本權利由主觀走向客觀化，發展出基本權利客觀價值秩序的面向以後，基本權利第三人效力亦進而開展，在此進展下，有關基本權利第三人效力之見解如下所述：

---

<sup>79</sup> 吳庚，同前揭註 15，頁 113、117-118。

<sup>80</sup> 李建良，同前揭註 72，頁 66。

<sup>81</sup> 李建良，基本權利的理念變遷與功能體系，憲法理論與實踐（三），學林文化事業，2004 年 7 月，頁 57。

### 第一目 無拘束力說（無適用說）

依傳統基本權利理論，憲法基本權利的主要作用是防禦來自國家權力的侵害；反之，在私法領域，則是私人之間的權利義務關係。從而，人民僅能向國家主張基本權利，而不能持基本權利以對抗另一人民<sup>82</sup>。

### 第二目 直接效力說（直接適用說）

直接效力說認為基本權利在本質上具有客觀價值秩序的功能，可以將其價值放射至所有的法領域，自然也包含了私法的領域，且目前私經濟蓬勃發展下，私人間的實力差距已經拉大，不平等的情形日形嚴重，為了完善保障基本權利，應該將基本權利條款直接適用在私法領域之中，人民在遭遇其他私人的基本權利侵害時可以直接援引憲法中基本權利條款以資救濟。

故此說承認基本權利具有絕對效力，認為基本權利不僅拘束國家，亦可拘束私人，是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，其理由是，基本權利傳統上係針對國家而設計，惟其意義仍須隨時代腳步而變遷，特別是當私人中的基本權利造成不亞於國家自身所施加之侵害時，基本權利即不能不有所回應。依此派學者說法，直接效力說的適用方式是：在侵權行為方面，直接將基本權利視為民法第一八四條第一項前段所稱「他人之權利」，使因故意或過失不法侵害他人基本權利者，亦應負損害賠償責任；在法律行為方面，則直接將基本權利視為民法第七十一條所稱禁止規定，使違反基本權利規定的私人法律行為，因之歸於無效<sup>83</sup>。易言之，此說從基本權利意義的轉化出發，認為很多基本權利其實已不再是用以抵抗國家的自由而已，而應令其直接適用於民事關係，以擴張其效力，此種主張特別見諸於社會國觀念下的社會權<sup>84</sup>。

### 第三目 間接效力說（間接適用說）

間接效力說雖肯認基本權利的規範作用可擴展至私法領域，然而基本權利拘

---

<sup>82</sup> 李建良，競業禁止與職業自由，臺灣本土法學，第 15 期，2000 年 10 月，頁 112。

<sup>83</sup> 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第 9 期，2003 年 7 月，頁 65。

<sup>84</sup> 李惠宗，同前揭註 67，頁 106-107。

束的對象仍為國家，不能拘束私人，因基本權利其作為一種公法上防禦功能的權利，仍應以對抗國家權力為其權利內涵。但是基於基本權利客觀價值秩序的作用，基本權利的規範作用可擴展至私法領域，從而，私法的解釋和適用也應該將這種客觀價值秩序灌注於其中，因而司法機關應該透過民法上的概括條款，將憲法基本權利的精神涵納其中。也就是，民法上所謂「公序良俗」應該參酌憲法基本權利的保護內涵來解釋，而基本權利的精神也就透過這樣的解釋方式間接地適用在私法關係中。是以，人民欲對第三人主張基本權利，必須透過法律的規定，使基本權利「間接」適用於私法關係中。此說的適用方式為，在侵權行為領域，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」，亦負損害賠償責任之規定，為直接適用法條，而非同條項前段；在法律行為領域，則直接適用民法第七十二條「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效」，或第一四八條第二項「行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法」等之規定，而非第七十一條。而於解釋其中公序良俗等開放性概念時，將基本權利之精神灌入法律條文之解釋當中，使之獲得基本權利之保護，間接適用說目前為多數見解所採<sup>85</sup>。

## 第二款 保護義務

對於基本權利之侵害不一定來自國家，亦有可能來自於國家以外之外力，為落實基本權利的保障，進一步要求國家採取積極的措施，以保護人民基本權利。就來自於第三人之侵害而言，保護的目標在於：確保基本權利之權利人與其他基本權利之權利人的關係上能維持一個最基本的地位<sup>86</sup>。

國家對於基本權利既負有保護義務，則國家所採之保護手段，自須足以達到保護之目的，國家選擇保護手段時，負有「不足之禁止」的義務<sup>87</sup>。但另一方面國家所採之手段，保護了基本權利之權利人，使其基本權利免於遭受到第三人侵

<sup>85</sup> 許宗力，同前揭註 83，頁 66-70；陳新民，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，憲法基本權利之基本理論（下），元照，2002 年 7 月 5 版，頁 57 以下；李惠宗，同前揭註 67，頁 106-107。

<sup>86</sup> 陳愛娥，基本權作為客觀法規範—以「組織與程序保障功能」為例，檢討其衍生的問題，憲法解釋之理論與實務（第二輯），中央研究院，2000 年 8 月，頁 246-247。

<sup>87</sup> 李建良，基本權利與國家保護義務，憲法解釋之理論與實務（第二輯），中央研究院，2000 年 8 月，頁 351。

害，該保護手段自免不了以限制第三人（即加害者）的基本權利為必要，所以在第三人與國家的關係上，該第三人可以根據基本權利的防禦權功能，請求國家對其採取干預手段（對基本權利主體言則是保護手段）時，不得超出必要的限度，換句話說，國家選擇干預手段時，負有所謂「過度之禁止」的義務，也就是不得採取違反比例原則，超出必要範圍的干預手段<sup>88</sup>。

### 第三款 制度性保障

「制度性保障」功能是一個新興的基本權利功能。「制度性保障」概念屬德國憲法學上關於基本權利論述的重要理論，在基本權利的功能體系中，屬於基本權利利客觀價值秩序面向的一環。在威瑪憲法時代，德國主流的憲法學說認為基本權利並不拘束立法者，也就是基本權利的規定只是一種方針條款，因而立法者得透過立法手段任意限制人民的基本權利。德國威瑪共和時期學者卡爾·施密特（Carl Schmitt, 1888-1985）將「制度性保障」之概念進行體系化，為了保障人民的權利，卡爾·施密特提出了「制度性保障」理論，主張「制度」和「基本權利」二分，認為某些既存或為憲法所肯認的制度須受憲法直接保護，立法者不得以法律任意變更其核心價值內涵，這就是原始意義的「制度性保障」。在德國學說中時而可見以「制度性保障」之概念來詮釋基本權利的客觀功能。

「制度性保障」之基本意涵，乃國家對於基本權利必須建立若干「制度」，並確保其存在，以保障基本權利的實現，尤其該制度所賴以存在的基本規範，國家（立法者）不得任意更動、撤廢或使其內容盡失，以免基本權利之保障，失所附麗。要言之，制度性保障乃憲法保障人權的一種特殊機制，立法者雖得形成該等制度，但不得將之廢除，亦不得淘空其本質內涵（核心領域）。故所謂「制度性保障」者，其目的在確保某些基本權利之存在與實現。在個基本權利當中，最常被提出來作為「制度性保障」之著例者，要屬財產權制度、婚姻制度及家庭制度。惟並非所有基本權利均有賴一定「制度」始得行使；諸如生命、身體、集會遊行、結社、宗教、言論等基本權利，僅依人類自然的稟賦即可行使，縱使缺乏一定制度的存在，亦不致造成無法行使的結果。然而，對某些基本權利而言，若有一定制度的配合，將有助於發揮實質內涵<sup>89</sup>。

---

<sup>88</sup> 許宗力，同前揭註 80，頁 195-196。

<sup>89</sup> 李建良，同前揭註 81，頁 62-63；李建良，同前揭註 72，頁 68-69。

在現代意義之「制度性保障」下，國家必須建立某些制度或法律，確保其存在，以實現基本權利某些規範上之制度，並確保其存在。若欠缺一個可以實現基本權利之環境或制度，縱使人民空有基本權利也不具意義；現代意義的制度性保障理論即在敦促國家必須建構各種足以實現人民基本權利的制度或法律。

## 第六節 基本權利之限制與衝突處理

### 第一項 基本權利之限制

由前第二章所述之人權演進以來，基本權利可說是做為一個人所應享有之最基本之權利，亦即為康德所言，人之所以為人，所應享有者。如果沒有基本權利，也就是沒能享有基本權利範圍內之權利，則不能稱為人。故而，人一出生存在，就應享有基本權利，就應該是一個自由、平等、獨立並自主之人。若將前述之基本權利原應享有加以壓縮，即構成了基本權利之限制。

基本權利之所以不能沒有限制，其道理是顯而易見的。因個別的基本權利主體原本就不是遺世孤立的個人，而是生活在社會共同體，作為社會共同體一份子，應為負有相互尊重義務的個人，因此為確保整個社會共同體得擁有井然有序的共同生活，同時也為使社會共同體中的每一個人，都能有相同機會與條件行使其各自的基本權利，基本權利的行使就須顧慮到社會共同利益的需要，並同時尊重其他個人相同擁有基本權利的需要。其次，倘基本的行使沒有界限，國家反將無從完成其平等保障每一人民基本權利的任務，因沒有限制的基本權利行使，實即無異於基本權利的相互干擾與妨礙，最後勢必造成強凌弱、眾暴寡，有實力的強者始擁有基本權利的危險後果<sup>90</sup>。

國家對人民基本權利行使造成影響、阻礙，乃至於增加其行使上的困難，或使其根本無法行使，均屬國家對基本權利之干預或限制。而無論國家的行為是否出於故意、直接或間接、發生法律效果或事實上效果、是否具備強制性，均在所不論。其中積極作為固為常態，消極不作為亦有可能。申言之，只有當基本權

---

<sup>90</sup> 許宗力，基本權的保障與限制（上），月旦法學教室，第 11 期，元照，2003 年 9 月，頁 64。

利賦予國家「提供給付」或「提供保護」之義務時，國家才可能以消極不作為之形態造成基本權利之限制<sup>91</sup>。

### 第一款 基本權利之禁止限制（無限制保留）

我國憲法第九條：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」，則為賦予人權絕對的保障，亦即唯有現役軍人，方得受軍事審判。現代法治國家，宗教信仰之自由，乃人民之基本權利，應受憲法之保障。另大法官釋字第四九〇號解釋：「……所謂宗教信仰之自由，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。內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障；……」

### 第二款 基本權利之特別限制（憲法保留）

有別於其他基本權利之規定，我國憲法第八條關於人身自由之保障，特設有正當程序之特別保障。憲法第八條對非現行犯之逮捕拘禁，必須司法或警察機關依法定程序為之，否則即不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰之。立法者形成自由之空間即受壓縮。

### 第三款 基本權利之概括限制

我國憲法第二十三條規定：「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。」即所謂「基本權利之概括限制」，其不區分基本權利之項目、種類，毋論列舉與否，皆由憲法第二十三條規範其限制要件。

---

<sup>91</sup> 法治斌、董保城，同前揭註 76，頁 173。



## 第四款 違憲審查基準

### 第一目 比例原則及審查密度理論

比例原則，是指國家公權力在限制人民權利時，限制的方式不得逾越必要程度。我國憲法第二十三條規定：「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。」在這個條文突顯出，只在保護公益的「必要」範圍內，國家始得限制基本權利。比例原則包含了三個要素，簡述如下：適當性原則，指當國家採取措施要限制基本權利時，其措施須有助於公益目的的達成，即此措施是達到目的的有效手段。必要性原則，指國家為了達成公益目的，而有兩個以上符合適合性原則的措施可選擇時，即多種同樣能達成目的之方法，須選擇對人民利益侵害最小的手段。狹義比例原則，是指國家採取的措施與它所追求的公益目的，要合比例；即國家不能為了追求很小的公益，而犧牲很大的人民利益；由此產生國家須在所採取措施與所追求目的之間，做一個「合比例」的利益衡量。而德國聯邦憲法法院對於法律違憲審查，亦提出三層次理論之審查密度。略述如下：明顯性審查，最寬鬆的審查基準，例如某些重要政治議題，應保留給政治部分作決定者，司法審查即以最寬鬆的明顯性審查基準，除非有明顯違反憲法規範，且該情形任何人一望即知者外，應保留給立法或行政機關決定。可支持性審查，指要求一個合乎事理並可支持其決定之判斷，亦即實質上對於系爭法律內容予以審查，但仍保留給立法者一個寬廣的自由形成空間，只要能提出合乎事理的評價，可以支持限制人民基本權利之理由，司法審查即應予以支持。嚴格內容審查，為最嚴密的司法審查基準，法院應對於限制人民基本權利之法律做最具體而詳盡的分析，在實質正確的觀點下審查其合憲性，除非有特別重要的公益上理由，得以判斷限制人民基本權利的合憲性，司法者對於該限制應不予支持<sup>92</sup>。

---

<sup>92</sup> 法治斌、董保城，同前揭註 76，頁 189-191。

## 第二目 三重審查基準

### A 合理關連性審查基準

合理關連性審查基準，是最寬鬆的審查基準。根據該審查基準，法院在審查法律或其他政府措施是否合憲時，只要其為合法的利益即可，在手段的審查方面，只要求法律或政府措施所用的手段與目的的達成有「合理的關連性」即可，亦即賦與立法或行政部門寬廣的自由形成空間，聯邦最高法院於有關社會或經濟性立法措施，通常採取合理關連性審查基準。

### B 嚴格審查基準

嚴格審查基準要求政府規制措施是否是為了追求急迫且非常重要的政府利益，且該規制措施必須是為達成該目的之必要且侵害最小的手段。依據嚴格的審查基準，多數政府措施幾乎均難逃過被法院宣告為違憲的命運。聯邦最高法院於有關隱私權下之基本性權利或涉種族的平等權保障亦或言論自由內容的政府措施，均以嚴格審查基準為審查。

### C 中度審查基準

法院在適用中度的審查基準時，審查該法律或其他政府措施是否在追求實質重要的政府利益，及手段與目的達成間有否具實質的關連性，聯邦最高法院於有關性別平等或非針對言論內容之規制措施，通常採取中度審查基準<sup>93</sup>。

## 第二項 基本權利之衝突與調和模式

基本權利之衝突關係乃指個人行使基本權利時，同時侵害到他人之基本權利。亦即指基本權利處於彼此相對立的狀態。例如墮胎罪是母親人格發展權或隱

---

<sup>93</sup> 法治斌、董保城，同前揭註 76，頁 189-190。

私權與胎兒生命權彼此發生了衝突情形；發表影射他人私生活的小說，小說作者與出版社之著作自由、出版自由與受影射之人的人格尊嚴產生相對立之情形、評論他人行為的言論，言論自由與受評論人之個人人格權即可能產生衝突。在基本權利衝突關係中，相衝突的基本權利主體彼此間會形成一種「加害者」與「受害者」的關係，加上國家於基本權利衝突關係中的角色，則國家、加害者與受害者三者間將成立「基本權利衝突之三角關係」。而此三角關係，即以處理基本權利之防禦權功能（國家與加害者之間）、基本權利之保護義務功能（國家與受害者之間）、以及基本權利對第三人效力（加害者與受害者之間）等問題為核心<sup>94</sup>。

基本權利之衝突係在主張自己權利同時，卻以他人之權利為代價。兩者之如何取得平衡，成為保障基本權利之重要課題，解決途徑有；基本權利之位階秩序、具體規定優先適用於概括規定及具體個案中之法益衡量等方式可供參酌。

### 第一款 基本權利之位階秩序

基本權利之衝突所涉及者是不同的權利主體間，對相同或不同基本權利請求上之對立，各基本權利間是否可從基本權利之位階秩序中，定出明確之價值位階秩序，以解決基本權利之衝突，就我國憲法而言，不易顯現。德國基本法則將人性尊嚴之尊重，視為特別價值，被列為最優先之考量。德國基本法對基本人權之限制，並非如我國憲法第二十三條採一般限制，而是分為，憲法條文中直接有限制規定之憲法直接限制，或由憲法授權由法律間接限制之憲法間接限制，以及憲法條文未作直接或間接限制規定，而採所謂憲法內部限制。因此，基本權利未授權法律限制者，在位階秩序上，較由基本法直接規定或間接授權法律規定之基本人權為高。例如宗教信仰自由及藝術自由，在德國基本法上均屬憲法未作直接或間接限制規定之基本權利，在位階秩序理論上列為同等<sup>95</sup>。

我國憲法並非如上述德國基本法之區分規定方式，而是於我國憲法第二十三條採一般限制，委諸「法律保留」，即前述德國基本法之間接限制，故各基本權利間，是否得以區分不同的位階價值秩序，作為基本權利衝突時之衡量基準，則恐屬不易。依我國憲法第二十三條採用一般規定方式，並未指明各基本權利之位階秩序或應受保障之先後順序，是以，純依基本權利之位階秩序為標準，恐不易

---

<sup>94</sup> 法治斌、董保城，同前揭註 76，頁 198-199。

<sup>95</sup> 李震山，基本權利之衝突，月旦法學雜誌，第 1 期，1995 年 5 月，頁 60-61。

明確判斷。

## 第二款 具體規定優先適用於概括規定

依我國憲法而言，基本權利若有衝突，各權利主體所主張之基本權利，以具體規定（憲法第七條至第十八條、第二十一條）優先於概括規定（第二十二條）。又具體規定中，特別規定（例如，憲法第八條）又優先於一般規定（例如，憲法第七條）<sup>96</sup>。

## 第三款 具體個案中之法益衡量

而在利益衡量及尋求最完美衡平價值的過程中，往往會涉及不同基本權利是否在有位階順序之價值判斷，而除了人性尊嚴在憲法位階上具有優越之地位外，其他基本權利所應有之價值位階順序並無定論。解決基本權利之衝突，係在主張自己權利的同時，如何兼顧他人之基本權利，各權利主體所主張之基本權利間，兩者之間如何允執厥中，委婉調和以使二「法益」以取得平衡，此調和式是具體個案法益衡量所側重，其衡量並非以對立基本權利之排斥為出發點，而係以調和為主<sup>97</sup>。另在個案中衡量所有的狀況，而此種衡量並非驟然作成其中之一全有或全無之決定，以犧牲其一者為代價，而是尋求兩者間之可能的衡平，使其在雙方最佳調適點上，各受到實現與限制，亦即所謂「最受保護平衡原則」。它的內涵與德國學者黑舍（Konrad Hesse）所發展的「實踐和諧原則」相同。換言之，在進行利益衡量前，需儘可能實現憲法對不同基本權利或憲法利益之保障，以使兩者法益得到調和<sup>98</sup>。

於此「實踐和諧原則」調和對立基本權利二者法益，或可考量視所涉及相衝突之基本權利的種類，特別是分別與人性尊嚴、民主、法治等憲法最基本價值的密切關係，杯葛的動機、目的，所採手段的暴力、脅迫或和平屬性，對相衝突基本權利所構成侵害的強度與範圍，以及種種其他個案相關事實而定。亦即要求依個案相關事實對兩相衝突法益作相互調整與讓步，讓二者都同時獲得儘可能最佳

---

<sup>96</sup> 李震山，同前揭註 95，頁 61。

<sup>97</sup> 李震山，同前揭註 95，頁 61。

<sup>98</sup> 法治斌、董保城，同前揭註 76，頁 201。

程度的關照與實踐。此外，在涉及二私人之基本權利衝突時；例如，一方為抗議另一方報導不公而發起退報運動，致另一方遭受嚴重營業損失。因私人並非基本權利之拘束對象，惟受害之一方並非即束手無策，在前之第二章第四節所述之基本權利之功能中，受害之一方有權向對人民負有保護義務的國家請求保護其權利，使免於遭受發起退報運動之一方的侵害。相對的，自加害者一方而言仍得尋繹其基本權利，即其言論自由的行使，亦即主張其言論自由之防禦權功能。從而，法官在根據憲法保障言論自由的精神同時，亦應保障受退報一方之出版自由與財產權之受侵害；故法官面臨的最終是加害者一方與受害之一方間，基本權利衝突之問題，法官既不能不顧營業損失之一方之保護請求，不予保護或僅予不足之保護，也不能不顧退報一方之要求國家干預禁止之請求，而施以過度之禁止。據此，依此例，即視退報一方之杯葛行為，究竟有無構成「背於善良風俗」之不確定法律概念，端視法官如何利益衡量取捨。有主張仍是以比例原則作為衡量標準，則在適用本設例下，畢竟退報一方並非國家而為私人，若要求適用比例原則審查其杯葛行為的正當性，恐有強人所難之嫌。矧單獨於此場合適用比例原則，目的只在對受退報一方提供保護，對法律可能侵害發起退報運動之一方之言論自由部分，則未予公平顧及。是倘若單獨提出比例原則，恐有失衡之虞。從而，可如前述於進行「實踐和諧原則」調和對立基本權利之二者法益時，予以考量所涉及相衝突之基本權利的種類，是否與人性尊嚴、民主、法治等憲法最基本價值有其密切關係，並慮及杯葛的動機、目的，所採手段的暴力、脅迫或和平屬性，對相衝突基本權利所可能構成侵害的強度與範圍，並兼顧及其他相關事實以定如何挹注憲法之精神於該不確定法律概念，使其適用時能妥為處理此類基本權利衝突問題<sup>99</sup>。

## 第七節 小結

人權之觀念主要源由歐陸，透過思想家、哲學家之努力，將此等概念確定與精緻化。人權保障之價值，經由立憲主義加以確立，而立憲主義之基礎哲學觀，則來自個人主義與自由主義。個人主義之核心觀念，在於承認人存在本身即為目

---

<sup>99</sup> 許宗力，同前揭註 83，頁 69-70。

的，強調每個人之自主性；至於自由主義則是為了保障個人之自主空間，限制國家干預。

國父孫中山先生在民權主義第二講中，曾經提到米勒對於自由的理論說：「英國有一個學者，叫做彌勒氏（John Strart Mill，1806～1873）的，便說一個人自由，以不侵犯他人的自由為範圍，才是真自由；如果侵犯他人的範圍，便不是自由。」（The liberty of the individual must be thus far limited： he must not make himself a nuisance to other people.）。

從而，基本權利除了主觀權利之功能外，客觀價值秩序功能如何之呈現，以及其限制與衝突之處理，均委諸於二衝突之基本權利間，如何體現實踐和諧原則之利益衡量。

依此而論，言論自由與名譽其保障之理論基礎為何，以及是否為現行憲法所保障，則為進一步為二基本權利之衝突調和之前提事項。



## 第三章 言論自由與名譽權保障之理論基礎

### 第一節 言論自由之意涵

沒有一種基本權利是無中生有，大都經由歷史發展而形成。言論自由的發展源自於，中古世紀君主專制絕對主義時代及至今日之獨裁極權統治。換言之，言論自由的保障就是在反應上述所說的，從中古歐洲至今對於言論自由迫害的表現。在中古世紀時期，特別是教會掌握言論與真實確認問題，但也不僅限於宗教問題。言論自由的在宗教上的突破，首先在理性時代，自十七世紀開始，宗教主宰言論的現象不斷被挑戰，特別是宗教問題。由於因為不同宗教問題上的見解，導致生命喪失，使得人民從壓迫中學習到如果想讓生命有價值，理念能表達，最重要就是經由言論的保障才能達到此一目標<sup>100</sup>。

#### 第一項 言論自由之意義

人類有其知覺，能思考與自我意識之高等生物；人之所以為人，乃在於人具有內在思考與反思自身與周遭環境利害關係之能力。西方哲學家笛卡兒（R. Descartes, 1596-1650）一句膾炙人口的名言：「我思故我在」，即是表明人之所以為人，便是具有思考的能力。然而，人只有思考的能力，尚不足彰顯人的思考特點。人也具有語言能力，故思考的能力與語言能力結合，使個人得以表現自我。言論自由即係指人民以語言或其他足以表現其思想內容之媒介，例如，文字、圖畫、聲音、動作、穿著以表達出個人之價值判斷或轉述事實之自由。此種言論自由不問其是否有正面價值，亦不問其判斷是否正確，皆在言論自由保障之範圍內；亦即人民有對外表現之權利<sup>101</sup>。

簡言之，言論自由即為每一個人能享有無拘無束地將其內心中所思考及想像

---

<sup>100</sup> 陳慈陽，同前揭註 14，頁 518。

<sup>101</sup> 李惠宗，同前揭註 67，頁 179；陳新民，同前揭註 66，頁 225。

之內容，以各式各樣的形式，不受任何拘束表達於外予他人知悉明瞭的一種狀態。其可能只單純地表達或傳遞其內心之意見或想法給他人，亦可能為欲進一步地與他人溝通或交換意見<sup>102</sup>。

## 第二項 言論自由保障之表見形式

### 第一款 表現的自由

言論自由表現的形式，除了一般自然的口說言語表達外，尚包括文字、圖畫、錄音、影像等表達方式；並可藉由媒介（例如，報紙、雜誌、書籍、出版、廣播、電視、電影等）予以擴散傳播；或集合志同道合之人以集會、遊行的方式，作短期定點或行進的公開表達訴求；或以結社之方式，長期努力地實踐共同的理想或目標。舉凡有助於個人將其內心所想表達於外，或有助於個人將其內心所想傳遞於他人或與他人溝通之表達形式或媒介，均為言論自由所保障的範圍。人的肢體動作也具有表意的功能，也屬一種言論表達形式，為言論自由所保障。美國的司法實務與學理將具有表意功能的行為稱為「象徵性言論」。但如何區分人的肢體動作僅為單純的行為動作或屬於表意的行為；要屬於言論自由所保障的表意行為，必須具備二個要素：1.表意人必須主觀上想藉由這樣的肢體動作，表達內心的意念；2.就當時整體客觀環境，必須他人（觀眾）看到這樣的肢體動作，也知道表意人想表達某種意念。美國的焚燒徵兵卡案與焚燒國旗案，就是屬於表意行為著名案例。

### 第二款 不表現的自由

說與不說均為個人自由，因此，言論自由除了保障每個人可以各種形式將內心所想表現於外的各類表現的自由外，也保障每個人不表現的自由。故而原則上，政府不能以各種方法強制個人，要求其將內心所想表現出來。這與個人的思想信仰自由及隱私權也有密切關係。在特殊的情形下，政府是可以強制個人將其內心所想表現出來。例如，根據民事訴訟法及刑事訴訟法，在民、刑訴訟程序，

---

<sup>102</sup> 林子儀，言論自由導論，台灣憲法之縱剖橫切，元照，2002年12月，頁107。



每個人都有作證的義務。政府得否強制個人表現，主要即要視政府如此要求的目的與手段是否合憲。

例如，大法官釋字第五七七號解釋理由書中所指：「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。……」從而，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與維護國民健康等重大公共利益之目的，強制業者將菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文標示於菸品容器上，即係明顯之事例。

### 第三款 接收訊息的自由

由於一個人之所以要把內心所想，藉由各種形式表現出來，主要的目的就是要將其內心所想傳遞給他人或與他人溝通、交換意見；因此，如果我們只保護每個人各種表現的自由，而不保護他人聽的自由或接收訊息的自由，則言論自由的保障將失其意義。因此，在言論自由的保障下，除了保障表現的自由、不表現的自由外，也必須保障聽的自由（接收訊息的自由）。這種自由也可以稱為「知的自由」。聽的自由（接收訊息的自由、知的自由）保障每個人可以自由的獲得他人所提供的資訊，是一種附隨於表現的自由之自由權。

### 第四款 不接收訊息的自由

就如同每個人皆有不說的自由，言論自由也保障每個人皆有不聽的自由。對於他人的言論，基於個人的好惡，個人當然有拒絕聽聞或接收的自由（免於干擾的自由）。你固有說的自由，但我也有不聽的自由。一旦聽眾或觀眾選擇不聽或不看時，表意人說的自由即與聽眾不聽的自由發生衝突，我們應如何處理這樣的衝突？原則上，如果一個人可以很輕易地避開其不想聽聞的言論，則應容忍表意人說的自由。但如果一個人像俘虜一般，被迫接收其不想聽聞的言論時，或是要

付出相當的代價才能迴避其不想聽聞的言論時，則應保障不聽的自由。這即是「受俘之聽眾」(captive audience)之理論。例如，在競選活動期間，爲了保障每保人居家的安寧，政府限制候選人的宣傳車進入住宅區從事競選活動，或限制其擴音器的音量等，即是保障不聽的自由之例<sup>103</sup>。

## 第二節 言論自由保障之法理基礎

### 第一項 多元價值論

多元價值論可藉由愛默生 (Emerson) 教授之觀點，使吾人可對言論自由的價值，有進一步之認識。愛默生教授認爲言論自由具有以下四種之價值或功能：一、促成個人實現自我；二、增進知識及追求真理；三、決策的參與 (健全民主程序)；四、維持一比較能適應環境變化而又穩定的社會 (維持社會安全)。愛默生教授所提出之言論自由之價值觀，乃爲一種綜合多元性的價值觀。亦即在具有前述價值之言論，即爲憲法言論自由保障的範圍<sup>104</sup>。

### 第二項 單一價值論

#### 第一款 追求真理說

追求真理說此價值以爲言論思想的自由競爭，不僅有助於人們尋求真理，排除謬論邪說，同時亦能加強我們對真理之信念。因爲，就像吾人所了解之經濟自由市場一般，開放市場自由競爭，市場機能即能發揮其效果，去蕪存菁，優良產品才能在自由市場上生存；而劣質品終將乏人問津。同樣的道理也可適用在知識智能的市場上，什麼是真理，什麼是謬論，只要將言論市場開放，讓所有言論自

---

<sup>103</sup> 林子儀，同前揭註 102，頁 108-114。

<sup>104</sup> 林子儀，同前揭註 102，頁 118-121。

由競爭，消費者自然會作正確的選擇。同時，在言論自由市場中，吾人隨時要為吾人所選擇之真理，接受市場上其它言論或思想的挑戰。如果吾人所選擇的是錯誤的，則吾人終將獲得修正的機會。如果吾人選擇的果是真理，則在不斷地挑戰比較中，吾人將可加深其所以為真理的理由，而能加強對其之信念，不致只是人云亦云的盲從附會。故此說約有如下之特點：

- 一、極重視「真理」，而以之為言論自由之目的。
- 二、個人之言論自由只為他人追求真理之「工具」。凡是言論有助於社會大眾追求真理者，即應予以保障。因此，個人是否有言論自由，端視其言論是否有助於大眾追求真理；至於言論自由對表意人本身是否有任何特殊利益，則非所問。
- 三、相信自由市場機能，因而主張追求真理最好的方法就是開放言論市場，讓不同的言論或思想及此自由競爭。其相信經由此種自由競爭，真理必然突顯。
- 四、相信人類具有「理性」：無需他人干涉，即能分辨是非善惡，趨利而避害。因此，開放言論市場，人們能從彼此競存的言論或思想中尋到真理<sup>105</sup>。

## 第二款 健全民主程序說

本說主張言論自由之價值即在其有助於吾人健全民主政治程序的運作。保障言論自由可提供社會大眾在依照民主政治程序參與政治決定時所需之資訊，資訊愈豐富，大眾所作的政治決定就愈能比較正確，民主政治之運作因此可更健全<sup>106</sup>。

## 第三款 表現自我說

此說主張言論自由之基本價值乃在保障個人發展自我，實現自我，完成自我，亦即保障個人自主及自由的自我表現。此說之基本前提乃是個人的存在絕不只是為他人完成某種目的之工具，個人自身即是目的。該前提乃源自於康德哲學，亦為公認之近代西方思想的源頭。申言之，就是把人當人看，尊重個人獨立存在的尊嚴，以及自由活動之自主權。因此，個人之言論自由權乃源自其獨立自主及自由決斷的個人；言論自由權之存在乃為表意者本身之目的，而非為完成他

---

<sup>105</sup> 林子儀，言論自由與新聞自由，元照，1999年9月，頁21-22。

<sup>106</sup> 林子儀，同前揭註105，頁24。

人目的之工具。換言之，個人乃為獨立自主之本體，其有權自由決定其自身之一切事宜，其中也包括自由地表達自己而不受政府之干涉。某種言論之所以要受到保護，乃是因其對表意者本身具有價值，而非因為其對他人具有某種功用。言論自由對表意者本身之價值即在保障表意者獨立自主或自由地自我表現。亦即，個人因能享有言論自由，無拘無束的自我表現，其本身之獨立自主即因而得到尊重。從而根據此說，言論是否值得保護，並不在乎其是否對他人有用，例如，利於追求真理，或促進民主程序；也不一定在乎其是否能幫助表意者自身成就高超的目的，而在乎此種言論是否為表意者獨立自主且自我決斷的一種自我的表現。故而，表意人之不具任何深義的言論，只要是表意人自主的表現，亦應予以保障<sup>107</sup>。

#### 第四款 小結

追求真理說乃追求真理，惟何謂真理？若缺少可認知之真理，則追求真理說如何自圓其說。此外，恐對於人類理性過於樂觀，而認為真理必定戰勝邪惡。另健全民主程序說，面臨最大的問題是，何種言論具有健全民主程序之功能，其範圍指涉為何？凡此種種，均面臨說明上的困境。而表現自我說，不僅重視個人自主存在之尊嚴，而不從功利角度著眼，且事實上無論是追求真理說，亦或是健全民主程序說，皆可由表現自我說加以含括，再者，表現自我說所保障之言論，端視是否為表意人自主之自我決斷，故可妥適說明基本權利應有之意義與特質，是故，應以表現自我說較為可採。

### 第三節 言論自由的司法審查--雙軌理論與雙階理論

從美國聯邦最高法院判決的歷史來觀察，可在憲法言論自由保障理論方面歸納出兩個判斷政府管制言論措施，是否違憲的判斷標準。

也就是「針對言論內容所為的管制」(content-based regulations)和「非針對言論內容所為的管制」(content-neutral regulations)。此一言論自由審查模式稱

---

<sup>107</sup> 林子儀，同前揭註 105，頁 34-36。

為「雙軌理論」<sup>108</sup>。

## 第一項 雙軌理論

關於言論自由的限制，審查方法係採雙軌理論（two-track），雙軌理論將政府的管制措施區分為「針對言論內容之限制」及「非針對言論內容之限制」。雙軌理論從文義解釋而言，若繫爭立法或政府管制措施，直接基於言論所傳達的訊息或觀點的內容進行規範，亦即所謂內容限制係指政府的管制措施，明文限制人民某一類型之內容或觀點者，即屬於「針對言論內容之限制」；反之，若是並未基於言論所傳達的訊息或觀點的內容，所為的管制，便是「非針對言論內容之限制」。

進步言之，除前述文義解釋以外，另從政府立法或行政管制措施的目的，探尋是否以限制特定言的傳播效果或傳播影響（communicative impact）有關；凡是立法或行政管制的目的和言論的傳播效果或傳播影響有關者，即可判斷該政府立法或行政管制措施乃「針對言論內容之限制」之行爲。相對而言，如果政府立法或行政管制措施的目的，並非針對特定之言論的傳播效果或傳播影響，亦即屬於「非傳播效果」或「非傳播影響（non-communicative impact）的立法或行政管制措施，則便是屬於「非針對言論內容之限制」<sup>109</sup>。

大法官釋字第四四五號解釋文中指出：「……集會遊行法第八條第一項規定室外集會、遊行除同條項但書所定各款情形外，應向主管機關申請許可。同法第十一條則規定申請室外集會、遊行除有同條所列情形之一者外，應予許可。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，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。……」可發現大法官在「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」中已「針對言論內容之限制」與「非針對言論內容之限制」予以區分。

---

<sup>108</sup> 劉靜怡，言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室，28 期，元照，2005 年 2 月，頁 42。

<sup>109</sup> 劉靜怡，同前揭註 108，頁 42-43。

此外，本號大法官解釋在解釋文開宗明義即點出：「憲法第十四條規定人民有集會之自由，此與憲法第十一條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇，……」故而可知，大法官認為言論自由與集會自由同為表現自由之形態之一；據此而論，大法官於此號解釋中所解釋者，雖原出於集會自由而使用雙軌理論，然，在集會自由與言論自由同屬表現自由之形式之一之情況下，可知雙軌理論已由大法官在釋字第四四五號援用於言論自由上。

## 第二項 雙階理論

美國聯邦最高法院在發展雙軌理論，以便檢視政府針對言論的內容所做的限制措施是否該被判斷為違憲的過程中，發展出了雙階理論。其係以釋憲機關在審查政府限制言論內容本身的管制措施時，首應判斷該言論的內容到底屬於「高價值言論」抑或為「低價值言論」，而異其審查標準。若為「高價值言論」，例如「政治性言論」，法院將採取「嚴格審查標準」加以審查，並同時檢視該言論是否有「明顯而立即之危險」。至於「低價值言論」，例如「誹謗性言論」、「仇恨言論」、「猥褻言論」、「商業言論」等，則採取類型化之利益衡量方式加以審查。換言之，被列入「低價值言論」並不表示該類言論就當然不受保護，而僅是表示其所受到的保護程度較低，通常是依據不同類型之言論，採取「利益衡量」的方式加以審查，論者有稱之為「類型化利益衡量」(categorical balancing)<sup>110</sup>。又其中有關於「誹謗性言論」，我國釋字第五〇九號解釋則述及美國法之有關言論自由審查上之「真正惡意原則」。

大法官釋字第四一四號解釋理由書中指出：「……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。……」大法官於其中，區分了言論不同的價值，例如，「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，

---

<sup>110</sup> 劉靜怡，同前揭註 108，頁 43-46。

自應受較嚴格之規範。」故係將「商業性言論」歸類於「低價值言論」。

## 第四節 名譽權之意涵

### 第一項 名譽權之意義

「名譽權者，以人在社會應受與其地位相當之尊敬或評價之利益為內容之權利也<sup>111</sup>。」或有學者以之「名譽者，係指對於人的品德、才能、素質及人格價值的社會客觀評價。名譽權者乃人就自己之社會客觀評價享受利益之權利<sup>112</sup>。」另刑法學者則認為：「名譽乃個人之人格上社會評價<sup>113</sup>。」或「社會客觀上對於個人的肯定與尊崇，以及個人主觀上榮譽感的複合概念<sup>114</sup>。」

### 第二項 名譽法益的概念

妨害名譽罪，係以個人之名譽為其保護法益。名譽之概念一般均認其具有三層涵義：

#### 第一款 內在名譽

此為人格價值之本質，人性尊嚴之核心，為一個人真實之人格價值，獨立於自己或他人評價之外，而為客觀存在之內部的價值。此種價值，屬於絕對價值，完全不受外界褒貶之影響，亦不因個人主觀之感受而左右。因此，內在名譽，在性質上既無從自外部予以侵害，即無成為刑法保護客體之必要。

---

<sup>111</sup> 史尚寬，債法總論，榮泰印書館，1978年，頁145。

<sup>112</sup> 何孝元，損害賠償之研究，臺灣商務印書館，1987年10月8版，頁144。

<sup>113</sup> 陳樸生，刑法各論，正中書局，1960年6月3版，頁261。

<sup>114</sup> 林山田，刑法各論（上冊），2004年增訂4版，頁230。

## 第二款 外在名譽

此為人格價值之現象，為社會對於一個人之人格價值所為之評價。此種價值，屬於相對價值，不問其真實之人格價值如何，每因外界之褒貶而有所損益。因此，外在名譽，在性質上既得從自外部予以侵害，而影響其社會生活之關係，並可能為其招致社會生活上重大之不利益，刑法即有將其作為法益加以保護之必要。

## 第三款 感情名譽

此亦為人格價值之現象，為一個人對於社會就其人格價值所為評價之主觀感受或反應。此種價值，亦屬於相對價值，不問其真實之人格價值如何，對於外界之褒貶，常受個人主觀之感受或反應所左右。因此，感情名譽，在性質上，雖亦得自外部予侵害，惟因其純屬個人主觀之感受或反應，刑法有否將其作為法益加以保護之必要？迄為學界所爭論，而莫衷一是<sup>115</sup>。

# 第五節 名譽權保障之法律體系及憲法基礎

## 第一項 名譽權保障之法律體系

### 第一款 名譽在民法之保護

名譽係體現人的尊嚴及價值的重要人格法益，法律設有保護規定。在民法之保護方面，如民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。」明定不法侵害他人之名譽者，雖非財產上之損害，亦得請求賠償

---

<sup>115</sup> 甘添貴，體系刑法各論（第一卷），瑞興圖書，2001年9月修訂再版，頁410-411。



相當之金額（慰撫金）。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分<sup>116</sup>。

## 第二款 名譽在刑法之保護

名譽在刑法之保護方面，更在刑法第二十七章設有妨害名譽罪，如下述即：刑法第三〇九條（公然侮辱罪）規定：「公然侮辱人者，處拘役或三百元以下罰金。（第一項）以強暴犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。（第二項）」

- 一、刑法第三一〇條（誹謗罪）規定：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。（第一項）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。（第二項）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。（第三項）」
- 二、刑法第三一一條（阻卻違法事由）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。」
- 三、刑法第三一二條（侮辱誹謗死者罪）規定：「對於已死之人公然侮辱者，處拘役或三百元以下罰金。（第一項）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。（第二項）」

刑法本諸罪刑法定主義，詳設妨害名譽罪的類型、要件及不罰事由，旨在兼顧名譽保護及言論自由。關於民法上的侵害名譽，係適用侵權行為的一般規定。尤其是刑法第三一〇條第三項關於「證明真實不罰」及第三一一條關於「善意發表言論不罰」的規定，得否「類推適用」於侵害名譽的侵權行為，係理論及實務上的重要問題，而此實導源於大法官解釋第五〇九號解釋關於刑法第三一〇條規定是否違憲的解釋<sup>117</sup>。

---

<sup>116</sup> 王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）-人格權的具體化及保護範圍（4）-名譽權（上）-，台灣法學雜誌，2006年12月號，89期，頁31。

<sup>117</sup> 王澤鑑，同前揭註116，頁31-32。

## 第二項 名譽權保障之憲法基礎

我國憲法本文第二十二條規定：「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。」我國憲法本文所列舉之各項權利，皆各有其保障範圍，在該範圍外之自由權利，則委諸憲法第二十二條為保障，憲法第二十二條所能保障之自由權利，具有多元風貌，其態樣甚多，且價值多元，也唯有如此，才能滿足多元的社會之大多數構成員<sup>118</sup>。

我國憲法中雖然沒有名譽權之明文，卻有類似日本憲法第十三條，有關人權之一般性規定之前述憲法第二十二條概括條款。有力學說更指出「憲法第二章以外之權利，既屬憲法上所規定之人民權利，雖不在第二章所謂『人權清單』內，而係規定在『基本國策』之中，應儘可能透過解釋，以憲法第二十二條為媒介或橋樑，導入憲法第二章之基本權利保護體系內」從此種觀點而言，名譽權為受憲法第二十二條保障之人權，應為妥當之解釋<sup>119</sup>。

名譽權未在憲法第七至二十一條中列舉，惟可由憲法第二十二條處獲得「概括」之保障<sup>120</sup>、大法官釋字第 664 號解釋理由書中指出：「……人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第二十二條保障。……」

如前述，名譽係體現人的尊嚴及價值的重要人格法益，從而，名譽可謂與人格權息息相關。大法官更進一步明文於釋字第 656 號解釋理由書中指出：「名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第二十二條所保障。……」

---

<sup>118</sup> 李震山，同前揭註 55，頁 3。

<sup>119</sup> 李仁淼，表現自由與名譽毀損—評台灣高等法院九十一年度上訴字第一〇八三號判決，月旦法學雜誌，2004 年 10 月，113 期，頁 239。

<sup>120</sup> 陳新民，憲法基本權利之基權理論（上），2002 年 7 月五版 2 刷，頁 197（註 35）

## 第六節 小結

綜上所述，言論自由之基本價值乃在保障個人發展自我，實現自我，完成自我，以保障個人自主及自由的自我表現。此源自近代西方思想的源頭之康德哲學，將個人自身視為目的；與人格之表現乃休戚與共。

而人格權之保障，則在當代的法律思潮之中，一躍位居為重要核心地位。憲法上人權保障，以人性尊嚴的尊重為中心思想，即為人格權之觀念。

而名譽亦與人格權休戚相關，新修正的民法債篇規定，加入了人格權應受完整法律保障的條文（民法第一九五條），而與原有的民法第十八條前後呼應。

從而，凡屬做「人」所必須具備的權利，均得含括於人格權之內，以此發展自我，實現自我，完成自我，在尊重個人獨立存在的尊嚴，以及自由活動之自主權下，同屬重要之人格表現之言論自由與名譽權其平衡點之探尋，厥屬重要。

特別是在現今資訊之洪流中，言論自由與個人名譽的衝突日益加深，言論自由與個人名譽權保障發生衝突時，所謂百分之百的言論自由，該不該受到節制，此亦是現代民主法治國家之重要課題。

因此，對於為言論自由畫下里程碑之大法官釋字第 509 號解釋，及與言論自由與個人名譽的衝突有關，於民國 98 年 4 月 3 日公布，亦為當年度咸認為重要之第 656 號解釋，其有關內容則有探討必要。並對於在第 509 號解釋公布後，相關之實務判決適用誹謗罪規定之有關案例中，對於「真正惡意法則」適用情形，以及相關發展趨勢予以整理分析。

## 第四章 言論自由與名譽權調和之司法實務見解 評析

### 第一節 司法院大法官釋字第 509 號解釋與 656 號解釋之背景與分析

#### 第一項 憲法解釋概述

憲法第七十八條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」及憲法第七十九條：「司法院設院長、副院長各一人，由總統提名，經監察院同意任命之。司法院設大法官若干人，掌理本憲法第七十八條規定事項，由總統提名，經監察院同意任命之。」賦予司法院大法官「憲法解釋」和「法令統一解釋之權」。大法官儼然承擔了「合憲性控制」乃至「規範控制」的任務。由於大法官以憲法維護者角色，透過對憲法解釋，確保憲法規範實效性，並進而實以立憲主義保障基本權利之功能。因而形成司法違憲審查制度。大法官解釋憲法不是依法審判，由於憲法具有規範性、政治性、因而憲法解釋體系過程自與一般法律解釋有所差異<sup>121</sup>。惟憲法亦屬法規範之一，因此，一般法律解釋方法，亦適用於憲法解釋。而憲法解釋係使憲法成長的重要方法，憲法作為實證法之一支，其與一般法律學之解釋目標與方法，無分軒輊。但憲法作為國家法律總秩序的指導，有與一般法律不同之處，故解釋憲法須注意其憲法的特殊性<sup>122</sup>。故除一般法律解釋方法之主觀解釋方法之歷史解釋，與客觀解釋方法中之文義、論理、體系、目的及比較法解釋；前述各種解釋方法並無固定位階順序，亦無僅藉由一種解釋方法即可達到解釋之目標。應綜合上述各種解釋方法，相互為用，始能探求憲法之真義。在解釋時，應先以客觀方法優先於主觀方法。憲法是所有實定法秩序中位階最

---

<sup>121</sup> 法治斌、董保城，同前揭註 76，頁 94。

<sup>122</sup> 李惠宗，同前揭註 67，頁 26。

高的法律，同時又是規範國家基本政治秩序之根本大法，相較於法律，其有概括性質、「目的性綱領」架構（非如法律「條件式」架構為規範主體）、高度政治性及意識形態<sup>123</sup>。故解釋憲法，應注意下列結果取向（後果考察）解釋原則、特殊原則：結果取向（後果考察）、和諧、合憲及憲法取向解釋等原則。

## 第二項 司法院大法官釋字第 509 號解釋之背景

### 第一款 背景事實

大法官釋字第 509 號解釋釋憲案，源於前商業周刊總編輯黃鴻仁、記者林瑩秋及原台北地方法院法官陳志祥共同提出聲請。其中第一件聲請案，是由分別擔任商業周刊之總編輯黃鴻仁及記者林瑩秋等，因涉及誹謗前交通部長蔡兆陽案，民國八十七年遭台灣高等法院判決有罪確定。其略以，商業周刊之記者林瑩秋自立法院公報所載，立委質詢行政院人事行政局長之紀錄中：「……目前也有一位新任的首長花了二百七十八萬裝潢費，裝潢費的開銷是否應該事先在施政預算時列入……」云云，並經向委員之國會助理及信義大樓住戶查證，查知該新上任首長應是交通部長蔡兆陽，於是林瑩秋撰寫「信義大樓內大官們的『房』事揭秘」乙文中，內載「新上任的交通部長蔡兆陽，花了二百七十八萬的公帑，重新裝潢，整修官舍」等語，登載於八十五年十一月四日至當月十日發行之商業周刊第四六七期上。同期商業周刊另有筆名「秦漢硯」者撰寫之「蔡兆陽搶走王志剛的公關愛將」乙文，內有評論蔡兆陽為「氣量狹小」、「趕盡殺絕」、「刻薄寡恩」等語。經蔡兆陽以刑法第三百十條第二項加重誹謗罪名提起自訴，臺灣高等法院以八十六年度上易字第二六一七號刑事判決，以聲請人就新聞報導內容「不能證明其為真實」，且內容足以貶損自訴人蔡兆陽之名譽，其非善意等為理由，判處商業周刊之總編輯黃鴻仁及記者林瑩秋各應負有期徒刑五月及四月之誹謗罪刑責，因事屬刑法第六十一條所列不得上訴於第三審之案件，商業周刊之總編輯黃鴻仁及記者林瑩秋不得上訴三審而告確定。而認為臺灣

---

<sup>123</sup> 法治斌、董保城，同前揭註 76，頁 96。

高等法院所適用誹謗罪有違憲之虞而聲請釋憲。

另第二件聲請案，是財團法人民間司法改革基金會於八十七年四月初，對登錄於大台北地區約二千三百名律師，發出八十七年度法官評鑑評分表，並於同年十一月四日公布評鑑結果，包括本案自訴人楊貴志在內之六名法官，其分數經統計未達六十分。自訴人楊貴志在內之六名法官因認財團法人民間司法改革基金會此舉觸犯刑法第三百十條第二項之加重誹謗罪，亦即以散布文字、圖畫，指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，遂以司改會之董事長高瑞錚、當時之執行長林永頌二人為被告而提起自訴。台灣台北地方法院法官陳志祥則因為審理八十八年度自字第二〇八號被告高瑞錚、林永頌誹謗案件，認為其所應適用之刑法第三百十條、第三百十一條，分別有牴觸憲法第八條、第十一條、第二十二條、第二十三條規定及其他憲法原則，對誹謗罪有無違憲產生疑義，而裁定停止其訴訟程序，依大法官釋字第三七一號解釋提出聲請。與前案一併審理。

## 第二款 大法官釋字第五〇九號解釋解釋文

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。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。刑法第三百十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，符合憲法第二十三條規定之意旨。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，刑法第三百十條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸。

### 第三款 大法官釋字第五〇九號解釋解釋理由書

憲法第十一條規定，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。刑法第三百十條第一項：「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，與憲法第二十三條所定之比例原則尚無違背。

刑法第三百十條第三項前段規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」，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，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。就此而言，刑法第三百十條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸。

刑法第三百十一條規定：「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，不生牴觸憲法問題。至各該事由是否相當乃認事用法問題，為審理相關案件法院之職責，不屬本件解釋範圍。

#### 第四款 小結

大法官就商業周刊黃鴻仁、林瑩秋不服高等法院，對有關報導前交通部長蔡兆陽涉及浪費公帑相關判決，以及民間司改會公布法官評鑑，前董事長高瑞錚、前執行長林永頌涉及誹謗法官等案，司法院大法官會議於八十九年七月七日做出釋字第五〇九號解釋，基於無罪推定、不自證己罪原則，大法官闡明刑法誹謗罪應由檢察官、自訴人舉證，被告只須提供使人確信為真實的資料與證據，即可免除誹謗罪追訴，給予言論自由較大揮灑空間。亦即行為人若能證明其係有相當理由而確信其所發表之言論為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩；檢察官、自訴人、法院亦不免除舉證責任或發現真實之義務。但大法官亦認為，國家基於保護個人名譽、隱私等法益與維護公共利益，可對言論自由做合理的限制。至於有關誹謗除罪化改採民事賠償議題或兼採刑事處罰，大法官則認為，應視國民守法精神、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。

### 第三項 司法院大法官釋字第 509 號解釋涉及問題之分析

#### 第一款 揭示言論自由之理論基礎

在大法官釋字第五〇九號解釋解釋文中表明：「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……」此即為大法官闡示言論自由之理論基礎。

#### 第二款 雙軌理論之呈現

大法官解釋文中：「……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。……」即如雙軌理論中區分「針對言論內容所為的管制」和「非針對言論內容所為的管制」，於此可看出大法官對於法律得對言論自由依其傳播方式為合理之限制，即所謂屬於「非針對言論內容的管制」，雙軌理論已躍然紙上。

### 第三款 新聞自由未見於釋字第五〇九號解釋內容

大法官釋字第五〇九號解釋，標舉憲法第十一條保障「言論自由」意旨，並援引比較法制及學者見解，說明「國家應給予最大限度之維護」的論證基礎所在，固然賦予言論自由高度評價、同時指出國家應儘可能不加以干預的憲法保障意旨。然而，對於聲請書之一再所提及的「新聞自由」（例如，黃鴻仁、林瑩秋二人聲請書所述：「……臺灣高等法院八十六年度上易字第二六一七號刑事確定終局判決所適用之刑法第三百十條、第三百十一條等規定，涉有牴觸憲法第十一條保障新聞自由……新聞自由為民主憲政與自由社會基石，新聞自由與民主政治互成正比，故新聞自由乃現代民主自由社會不可或缺之必要機制，誠屬毋庸置疑。而我國憲法第十一條明文規定對言論自由之保障，解釋上當然亦包含新聞自由在內，新聞從業人員之工作權亦應為憲法第十五條所保障。……刑法第三百十條規定以刑罰懲處新聞報導涉有誹謗之行爲，牴觸憲法第十一條保障新聞自由之意旨……以刑罰懲處發表新聞報導之記者，……大幅減低新聞自由所能發揮之監督功能，……。」）釋字第五〇九號解釋，無論解釋文或解釋理由書均未正面回應（僅蘇俊雄大法官所提協同意見書旁論「寒蟬效果」處，括弧說明「尤其新聞媒體」而已）。從而，釋字第五〇九號解釋於個人主義權利觀之下有關法益權衡與比例原則的傳統法釋義架構下，幾乎未替「新聞自由為一種制度性的基本權利」留下解釋空間<sup>124</sup>。

---

<sup>124</sup> 石世豪，新聞自由及其界線—最高法院九十三年台上字第八五一號判決與新聞報導應有規範，月旦法學雜誌，112期，2004年9月，頁189-190。

#### 第四款 釋字第五〇九號解釋認定誹謗罪合憲

大法官釋字第五〇九號解釋解釋文中認定：「.....刑法第三百十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，符合憲法第二十三條規定之意旨.....」大法官釋字第五〇九號解釋解釋理由書中，除重述解釋文中之要點，以資說明誹謗罪不除罪化並不違憲外，並同時說明，刑法第三百十條之規定，係屬合憲。

#### 第五款 誹謗罪之制裁與民事侵權賠償併存

大法官釋字第五〇九號解釋解釋理由書中以爲：「.....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，尚不能認爲不實施誹謗除罪化，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。.....」有學者對大法官於解釋理由書中提出，則「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。」對多數大法官認爲誹謗罪若除罪化，則「享有財富者，即得任意誹謗他人名譽」，因彼等均得以「金錢賠償而了卻責任」之論點，感到驚訝。認爲大法官此論點恐高估刑罰之作用，甚或恐被誤解迷信刑罰萬能之心態。又對富人存有偏見，似以爲彼等可藉財勢，呼風喚雨，爲非作歹，並蔑視司法與正義。並認爲如果此一邏輯成立，則反諷則未來不妨考慮進一步將尚未「入罪化」之民事侵權行爲、債務不履行之行爲、甚至違反行政作爲或不作爲義務之違法行爲等，悉數納入刑罰之制裁體系內，俾免「享有財富者以金錢賠償而了卻責任」？惟指出，其實於名譽受損時，完全依賴民事賠償機制之國家並不多見。美國雖最爲強調言論自由對重要，但刑事制裁並未根本絕跡。一九六四年 *Garrison v. Louisiana* 一案，即係將同年赫赫有名 *New York Times v. Louisiana* 一案所建立之「真正惡意」(actual malice) 原則擴張適用於刑事誹謗案件。僅此類刑事案件甚爲罕見而已。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，則偏向採取民事救濟途徑。故單就以刑罰處

罰妨害名譽行為一節視之，恐尙無法認定其即為憲法言論自由所不許。真正關鍵之所在，乃是必須確定刑法規定之內容是否合憲<sup>125</sup>。

## 第六款 五〇九號解釋是否針對「事實」或「意見」之不同有所說明

五〇九號解釋並未針對「事實」或「意見」是否不同有所說明。吳庚大法官的協同意見書則指出：「.....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，刑法第三百十一條各款事由，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。.....」吳庚大法官緊扣「陳述事實」與「發表意見」之不同，並認為後者顯然有較高的價值。將言論予以分類的方式有很多種。如果以主客觀為標準，將言論區分為「意見表達」和「事實陳述」，是其中一種。這種區分方式對於維護言論自由有其意義及必要性：一方面是因為將言論作不同的分類，可以給予不同的保障。另一方面則是如果都不分類，則言論自由非但未必能受到「一視同仁」的保障，反而有可能遭到「一視同仁」的審查，進而被箝制<sup>126</sup>。

例如，據 2010 年 9 月 1 日自由時報電子報〔記者吳世聰、林宜樟／嘉縣報導〕之摘錄：「.....今年 3 月 26 日，國立中正大學法律系教授盧映潔參

---

<sup>125</sup> 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解釋，月旦法學雜誌，65 期，元照，2000 年 10 月，頁 152。

<sup>126</sup> 張佑生，論大法官釋字第五〇九號解釋對言論自由「最大限度之維護」的程度：美國與台灣的實務觀點，東吳大學法律研究所碩士論文，2006 年 7 月，頁 50。

加公視「爸媽囧很大」談論性節目，探討是否廢除死刑的議題。盧映潔當天站在支持廢除死刑的立場，認為有被害人深夜上網還受邀赴約，質疑家長管教鬆懈，部分網友不滿，在台大 PTT 及臉書（Facebook）等網站批判，指盧「腦袋有洞」、「腦殘」及「白癡老師」等，也有「『叫獸』的思考邏輯，不是我們平凡人可以理解」、「大概是智障，多關心子女就能避免這些事，低能到翻」，甚至有惡毒留言「祝她的女兒，三更半夜在外被姦殺」。有人祝她女兒被姦殺盧映潔認為受辱，5 月 4 日告多名網友妨害名譽，但仍有網友繼續圍剿她，同月中旬她再提告，未能止息，8 月 24 日又告第 3 波。警方根據她提供的資料，從電腦 IP 追查上網身分，先陸續傳喚近 50 人到案說明，赫然發現不乏社會「菁英」或高知識份子，有 2 名博士、8 名碩士，其餘是台大、清大、交大等 10 餘所知名學府的學生，也有工程師、公務人員等，總計 108 人。其中一名電機博士因上網附和：「人的腦袋，本來就有洞」；另一名博士網友則說：「站在和平的地方，歌頌戰爭的偉大，從中獲取利益，這種垃圾太多人」，都被盧映潔提告，2 名博士嚇一跳，已與盧映潔私下和解。……」；另再依 2011 年 4 月 15 日 聯合報電子報：「朱學恆聲援網友槓法律教授 不起訴【聯合報／記者熊迺祺／台北報導】」之摘要：「贊成廢除死刑的中正大學法律系教授盧映潔，不滿網友抨擊她「腦袋有洞」，提告妨害名譽。部落客朱學恆臉書聲援網友，指「盧大嬸」打壓言論，又說「老子他媽的不願意」拒絕刪除聲援文。律師莊秀銘及媒體人周玉蔻也在政論節目評論盧映潔，「你本身學法律的，用法律來恫嚇別人，此風不可長」、「偽善」。盧映潔因此控告朱學恆、莊秀銘、周玉蔻涉嫌公然侮辱及誹謗，台北地檢署昨天偵結都不起訴。不起訴書指出，所謂「盧大嬸」的用語僅是稱呼，沒有使人感覺厭惡或不快的意涵，也不是汙穢語彙；「他媽的」三個字放在「不願意」之前，只是以強烈語句強調不願意程度，不構成公然侮辱罪。檢察官還認為，朱學恆等三人是針對盧映潔控告網友的新聞事件，提出個人對公眾事件的評論，在民主多元社會皆應容許；縱然告訴人有所不滿，也無法要求被告不能給予負面評價，也不構成誹謗。」可看出司法實務於此案例，似將言論區分為「意見表達」和「事實陳述」，而對於公眾事件的評論以之為意見之表達，而為民主多元社會所應容許，賦予意見的言論更大限度之保障。

## 第七款 釋字第五〇九號解釋解釋文與解釋理由書中並未說明基本權利衝突及如何解決

### 第一目 蘇俊雄大法官協同意見

大法官釋字第五〇九號解釋解釋文開宗明義指出：「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。」

「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。」以說明誹謗罪係來自「最大限度言論自由」，與「保護個人名譽、隱私」等之基本權利衝突。惟大法官在釋字第五〇九號解釋解釋文與解釋理由書中，並未說明此等基本權利衝突及如何解決；以此而論，蘇俊雄大法官於協同意見書中指出，「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。」其提出之協同意見補充：「多數意見通過的解釋文，對刑法第三十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，從而肯定刑法第三十條處罰誹謗行為之立法，尚符合憲法第十一條及第二十三條規範意旨；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。……」故提出協同意見書補充之。

### 第二目 透過比例原則等價值衡量維持憲法價值秩序的內部和諧

蘇俊雄大法官於協同意見書中論及：「……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」(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。……」推導出立法優先。

### 第八款 指引證明真實性條款（刑法第三百十條第三項）之解釋基準

第一目 非故意捏造虛偽事實，或非因重大過失或輕率而致其所陳述與事實不符

蘇俊雄大法官於協同意見書中闡明：「……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，如果進而將刑法第三百十條第三項之規定，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，吾人實應對刑法第三百十條之處罰範圍做嚴格之認定，而對刑法第三百十條第三項規定，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，皆應將之排除於刑法第三百十條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。……」

## 第二目 被告之舉證責任將有相當程度之減輕

吳庚大法官則於其協同意見書中闡述：「.....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」(in dubio pro reo) 所為之例外規定(參照 A. Schonke/H. Schroder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 21.Aufl., 1982, S.1194)，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。.....」

## 第九款 大法官釋字第五〇九號解釋是否適用於民事案件

大法官釋字第五〇九號解釋出爐後，能否適用民事訴訟成正反意見，主張應適用者認為，民法解釋應採憲法取向解釋原則之合憲解釋原則，將憲法精神挹注其中；反對者認為大法官該號解釋仍對刑事、民事不法有所區別，故不適用於民事事件。

### 第一目 適用大法官釋字第五〇九號解釋：臺灣臺北地方法院民事判決八十九年度訴字第五五四八號判決

例如，呂秀蓮與新新聞之民事訴訟案：

適用大法官釋字第五〇九號解釋

臺灣臺北地方法院民事判決八十九年度訴字第五五四八號判決理由中指出：「.....刑法第三百十條及第三百十一條之規定，及釋字第五〇九號解釋解釋，均旨在平

衡保障憲法所保障之言論自由與名譽權。憲法為民法之上位規範，民法之解釋應採合憲解釋原則，上開刑法第三百十條、第三百十一條之規定及釋字第五〇九號解釋，亦應採為侵害名譽行為之阻卻不法事由，以維護法律秩序之整體性。……」

第二目 不適用大法官釋字第五〇九號解釋：台灣高等法院民事判決九十一年度上字第四〇三號判決、最高法院民事判決九十三年度台上字第八五一號判決

不適用大法官釋字第五〇九號解釋

台灣高等法院民事判決九十一年度上字第四〇三號判決要旨中指出：「……而名譽權之侵害非即與刑法之誹謗罪相同，名譽為人格之社會評價，名譽有無受損害，應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據，苟其行為足以使他人之社會上之評價受到貶損，不論其為故意或過失，均可構成侵權行為。就法律架構上，立法者已透過民法第十八條、第一百八十四條、第一百九十五條之規定，解決言論自由與人格權、名譽權保護之權利衝突，單純適用侵權行為法則，即足以衡平人格權、名譽權及言論自由。故民法第一百九十五條關於名譽被侵害之規定，並無如刑法第三百十條第三項前段之免責規定，縱行為人有相當理由確信其所指摘或傳述足以毀損他人名譽之事項為真實，亦不能據以免除其侵權行為之民事賠償責任。可知大法官對於刑事不法與民事不法之區別有所體認，同時認為採民事賠償與回復原狀之法律效果作為制裁手段係對言論自由之適當限制，是釋字第五〇九號之適用範圍應僅限縮於刑事不法之認定，而不及於民事不法之認定。……」

最高法院民事判決九十三年度台上字第八五一號判決理由中指出：「……至於司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋雖謂：「刑法第三百十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，符合憲法第二十三條規定之意旨。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，刑法第三百十條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸。」，乃係針對刑法第三百十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，依民法第一百八十四條第一項、第一百九十五條第一項規定，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。……」

### 第三目 小結

在大法官釋字第五〇九號解釋公布後，於呂秀蓮與新新聞之民事訴訟案件，地方法院判決認為大法官釋字第五〇九號解釋應該同時適用於民刑事案件，該案上訴高等及最高法院則採不同見解。然在大法官釋字第六五六號解釋中，於許玉秀大法官之部分不同意見書裡，明白肯認大法官釋字第五〇九號解釋應該同時適用於民刑事案件。許大法官玉秀部分不同意見書：「……釋字第五〇九號解釋的解釋客體，固然是刑事規範，但是所揭示的其實是一般性的證據法則，旨在說明在侵害他人名譽權的事件當中，一個具備程序正當性的證據法則，應該如何分配原告與被告的舉證責任。這個正當證明程序原則，從憲法上來看，為了達成公平審判的目的，應該同時適用於民刑事案件。……」

## 第四項 司法院大法官釋字第 656 號解釋之背景

### 第一款 背景事實

聲請人之一新 0 0 文化事業股份有限公司（以下簡稱新 0 0）於民國（下同）八十九年十一月間所發行之新 0 0 周報中，刊出以「鼓動緋聞，暗鬥阿扁的竟然是呂 0 蓮」之報導，時任副總統之呂 0 蓮認該報導不實，損害其個人名譽，乃以新 0 0、社長王 0 壯、總編輯李 0 駿、執行主編陶 0 瑜、主編吳 0 玲、採訪記者楊 0 媚（以下簡稱新 0 0 等六人），以及另二位相關人員為被告，提起請求侵權行為損害賠償民事訴訟，訴請被告連帶將「道歉聲明」連續三天刊登於十八家報紙，並於十四家電視臺播放朗讀之，又連帶將判決書全文刊登於十八家報紙，並於十四家電視臺及八家廣播電臺播放朗讀之，以回復其名譽。

本案經上訴第二審，臺灣高等法院以九十一年度上字第四〇三號民事判決廢棄部分第一審判決，改命新 0 0 等六人連帶將「道歉聲明」及該判決主文暨理由刊登於中國時報、聯合報、自由時報、工商時報各一天，而駁回呂 0 蓮、李 0 駿其餘上訴。

新 0 0 等六人不服其敗訴部分之第二審判決，向最高法院提起上訴，經最高法院

九十三年度台上字第八五一號民事判決予以駁回，而告定讞。渠等六人認上開最高法院確定終局判決所適用民法第一九五條規定及相關法令有違憲之疑義，聲請解釋憲法及補充解釋。

## 第二款 大法官釋字第 656 號解釋解釋文

民法第一百九十五條第一項後段規定：「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」所謂回復名譽之適當處分，如屬以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即未違背憲法第二十三條比例原則，而不牴觸憲法對不表意自由之保障。

## 第三款 大法官釋字第 656 號解釋解釋理由書

名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第二十二條所保障（本院釋字第三九九號、第四八六號、第五八七號及第六〇三號解釋參照）。民法第一百九十五條第一項規定：「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。」其後段之規定（下稱系爭規定），即在使名譽被侵害者除金錢賠償外，尚得請求法院於裁判中權衡個案具體情形，藉適當處分以回復其名譽。至於回復名譽之方法，民事審判實務上不乏以判令登報道歉作為回復名譽之適當處分，且著有判決先例。

憲法第十一條保障人民之言論自由，依本院釋字第五七七號解釋意旨，除保障積極之表意自由外，尚保障消極之不表意自由。系爭規定既包含以判決命加害人登報道歉，即涉及憲法第十一條言論自由所保障之不表意自由。國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切（本院釋字第六〇三號解釋參照）。故於侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決

定，以符合憲法第二十三條所定之比例原則。

查系爭規定旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵屬正當。而法院在原告聲明之範圍內，權衡侵害名譽情節之輕重、當事人身分及加害人之經濟狀況等情形，認為諸如在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啓事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尙未逾越必要之程度。惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。依據上開解釋意旨，系爭規定即與憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之意旨無違。

未就聲請人其餘聲請解釋部分，關於民法第一百八十四條第一項前段、第一百九十五條第一項前段、最高法院十九年上字第 2746 號、九十年台上字第 646 號判例等，係爭執法院適用法令見解當否之問題，尙不生確定終局判決所適用之法令於客觀上有何抵觸憲法之處。至最高法院六十二年台上字第 2806 號判例，並未為確定終局判決所適用；而同院五十一年度台上字第 223 號民事判決，並非司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所稱之法律或命令；是均不得以之作爲聲請解釋之客體。而有關聲請補充解釋部分，查本院釋字第 509 號解釋係就刑法第三百十條所爲之解釋，有關侵權行爲損害賠償部分，不在該號解釋範圍，自不生就此聲請補充解釋之問題。是上開部分之聲請，均核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不受理，併此敘明。

## 第五項 司法院大法官釋字第 656 號解釋涉及問題之分析

### 第一款 名譽權保障之憲法基礎

大法官釋字第 656 號解釋解釋理由書明示：「名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，爲實現人性尊嚴所必要，受憲法第二十二條所保障（本院釋字第三九九號、第四八六號、第五八七號及第六〇三號解釋參照）。……」指出名譽權保障之憲法基礎。

## 第二款 名譽權受侵害時得回復之方法

大法官釋字第六五六號解釋解釋理由書明示：「……民法第一百九十五條第一項規定：「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。」其後段之規定（下稱系爭規定），即在使名譽被侵害者除金錢賠償外，尚得請求法院於裁判中權衡個案具體情形，藉適當處分以回復其名譽。至於回復名譽之方法，民事審判實務上不乏以判令登報道歉作為回復名譽之適當處分，且著有判決先例。……」指出受侵害時得回復之方法。

## 第三款 言論自由包括不表意自由

大法官釋字第六五六號解釋解釋理由書指出：「……憲法第十一條保障人民之言論自由，依本院釋字第五七七號解釋意旨，除保障積極之表意自由外，尚保障消極之不表意自由。系爭規定既包含以判決命加害人登報道歉，即涉及憲法第十一條言論自由所保障之不表意自由。……」大法官明文將屬個人內心層面的「不表意自由」，予以明文說明，言論自由包括不表意自由。

## 第四款 基本權利衝突之衡量與限制應符合憲法第二十三條所定之比例原則

大法官釋字第六五六號解釋解釋理由書指出：「……國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切（本院釋字第六〇三號解釋參照）。故於侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合憲法第二十三條所定之比例原則。……」大法官闡述若為回復受害人之名譽，有限制加害

人不表意自由之必要，其決定應符合憲法第二十三條所定之比例原則。

### 第五款 民法第一百九十五條第一項後段之規定係屬合憲

大法官釋字第 656 號解釋理由書指出：「……查系爭規定旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵屬正當。而法院在原告聲明之範圍內，權衡侵害名譽情節之輕重、當事人身分及加害人之經濟狀況等情形，認為諸如在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啓事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尙未逾越必要之程度。惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。依據上開解釋意旨，系爭規定即與憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之意旨無違。……」

### 第六款 協同意見書、部分協同意見書、部分不同意見書，

#### 第一目 概述

本號解釋共有許宗力、李震山、陳春生、陳新民、林子儀、徐璧湖、池啓明、許玉秀八位大法官分別提出協同意見書、部分協同意見書、部分不同意見書，顯見大法官在討論本號解釋時，意見紛紜，似可想見有關本號解釋之討論應極為熱烈，有必要節錄各該大法官之補充意見，以明此號解釋之有關討論與爭議。以下，謹依司法院大法官之網頁，對有關本號解釋解釋附件所列之各該大法官之協同意見書、部分協同意見書及部分不同意見書等之順序，依序摘要為下列之重點說明。

## 第二目 許大法官宗力部分協同意見書重點摘錄

### A 是否正確無誤依憲法意旨解釋

對系爭「回復名譽之適當處分」此一不確定法律概念，大法官自己是否正確無誤地根據憲法意旨作出解釋，而值得深究者，絕不在於大法官是否侵犯普通法院的審判權：

許大法官宗力部分協同意見書中指出：「……或以為大法官闡明強迫登報道歉只能在不得已的情況下，以最後手段之姿，充當系爭「回復名譽之適當處分」，業已進入個案法律適用的利益衡量，涉及法院審理個案後，適用法律所表示之見解，因此有侵犯普通法院審判權之嫌。實則，只要涉及不確定法律概念之適用，不僅在具體個案的法律適用須作利益衡量，在較前的法律解釋階段，同樣須作利益衡量，不同之處僅在於，前者是比較具體的「個案取向衡量」(fallbezogene Abwägung)，後者則是比較抽象的「規則取向衡量」(regelbezogene Abwägung)罷了。本院釋字第五〇九號解釋闡明刑法第三百十條第三項的疑義，就是「規則取向衡量」的適例。大法官行使法律違憲審查權，因闡明系爭法律之意義，而作法益權衡，正是根據憲法意旨解釋法律，也就是所謂「憲法取向之法律解釋」原則的具體實踐，這在釋憲方法與法律解釋方法上均無可非議之處，若以侵害審判權相責，未免顯得無稽。……」

### B 法益權衡明顯失當、錯誤

法益權衡明顯失當、錯誤；以強迫登報公開道歉作為「回復名譽之適當處分」之一種，許大法官宗力認為明顯不是在對雙方基本權盡可能兼顧，盡可能都傷害最小的前提下，所作出之適當調和，而是明顯錯誤、違憲的利益衡量：

許大法官宗力部分協同意見書中指出：「……以強迫登報公開道歉作為「回復名譽之適當處分」之一種，本席認為明顯不是在對雙方基本權盡可能兼顧，盡可能都傷害最小的前提下，所作出之適當調和，而是明顯錯誤、違憲的利益衡量。因受害人一旦贏得侵害名譽訴訟，通常勝訴判決本身就已還其公道，回復其名譽。如考量個案情形，為回復名譽，而有進一步讓勝訴判決廣為周知之需要，則充其量採取諸如由法院判命敗訴之加害人負擔費用，刊載澄清事實之聲明，或被害人勝訴判決之啓事，或將判決書重要內容登報等手

段，即為已足，因為這些手段，都是既可以達成回復被害人名譽之目的，又不致於對加害人之不表意自由、人格權與良心自由等構成侵害的兩全其美手段，根本無須動用到命公開道歉這尊大砲。本席不否認，公開道歉亦可回復被害人名譽，本席也深深同意，名譽乃人之第二生命，不法侵害他人名譽者，向被害人道歉，天經地義，且大街罵人者，亦絕無僅於小巷道歉之理。然而，強迫公開道歉於回復被害人名譽之外，所溢出的副作用實在太大、太強了，姑且不論對加害人不表意自由，乃至良心自由的侵害，還因具有心理上、精神上與道德上的公開懲罰功能，使加害人受到類似遊街示眾的屈辱，嚴重打擊其人格尊嚴。是客觀上明明有兩全其美之手段可供選擇，而竟允許可以捨此不由，選擇這種大大超出回復名譽所必要限度之手段，此種解釋方式，或許迎合了一般人的素樸法感，但站在憲法高度看，天秤明顯嚴重偏向一方，難謂是對相衝突基本權所作之適當調和。……」

### C 人格尊嚴的屈辱

強迫登報公開道歉本身的採用，是強迫一個不願認錯、不服敗訴判決的被告登報道歉，對其所造成人格尊嚴的屈辱：

許大法官宗力部分協同意見書中指出：「……強迫一個不願認錯、不服敗訴判決的被告登報道歉，對其所造成人格尊嚴的屈辱，與強迫他（她）披掛「我錯了，我道歉」的牌子站在街口，或手拿擴音器，對著大庭廣眾宣讀「我錯了，我道歉」的聲明，委實說並無本質上的不同，充其量只是百步與五十步的程度差別，如果我們允許強迫登報道歉，就沒有理由反對強迫在大眾面前公開道歉，而這種道歉方式或許在未經人權洗禮的傳統農業或部落社會習以為常<sup>127</sup>，但於尊重人格尊嚴的現代文明社會，實難想像還有存在空間。況嚴重的犯罪，現行法甚且未強迫行為人就其所作所為對被害人、對整個社會公

---

<sup>127</sup> 許大法官此議，筆者有感，似有如所聽聞之所謂「洗門風」；此舉彷彿臺灣早期農業社會，針對道德制裁手段之所謂「洗門風」。亦即在對破壞婚姻或名譽的人，於犯此行為後，承認系爭行為之過錯，表示公開道歉賠罪之行為。以人權演進尊重人性尊嚴之現今，現代社會偶一聞之所謂的「洗門風」事件，相關事例無一不是以羞辱的手段來完成行為人所謂的道歉之把戲。（按「洗門風」在往昔主要是約束女性貞操之道德制裁手段，後來被沿用，只要做錯事不論通姦或誹謗別人，就要公開受罰、道歉之意。洗門風演變至今，就是一方做錯事，另一方要求公開道歉，要公開受罰昭告世人。）

開道歉，則我們又憑甚麼強迫較輕微的民事侵權被告公開道歉？或謂，強迫登報道歉，在很多情形終究只是由國家代為履行罷了，.....然則，單是公開道歉的啓事本身，就已對被告造成公開屈辱，至於道歉啓事是由被告所親為，或國家、第三人所代勞，結果並無不同。再說，違反人民之意思，逕以人民之名義登載道歉啓事，雖是出自公權力所為，但難道不是侵犯人民姓名權，構成某種意義上的偽造文書？何況這種道歉啓事的刊登，絕多數不知情的閱讀大眾無不以為是加害人所親為的書面道歉，實情卻不是，就結果言，實與欺騙大眾無異，像這種自欺欺人的行徑，本席亦難想像是一崇奉憲政主義之文明國家所當為。.....」

### 第三目 李法官震山協同意見書重點摘錄

#### A 補遺的補充性原則

本件解釋由大法官基於補遺的補充性原則（*Subsidiaritätsprinzip*），闡明憲法真義，使系爭規定之適用與解釋趨近憲法，即具有憲法上原則重要性，故應予受理：

李法官震山協同意見書中指出：「.....形式上雖為法官個案認事用法的問題，但因量變導致質變為確定終局判決所適用法律有無違憲疑義的問題。最高法院若無依憲法法理填補系爭規定漏洞，以杜絕不斷如縷之違憲性爭議跡象，本院大法官若再以慣用理由，包括「查聲請人係對法院適用法令所表示之見解為爭執，尚非具體指陳系爭規定有何牴觸憲法之處」，或「查聲請人僅就法院認事用法為指摘，並未具體指陳系爭規定客觀上究有何牴觸憲法之處」等，而不受理本件解釋，相關問題若又未獲立法者青睞予以調整，法院合憲性控制之分工就產生明顯的漏洞，司法作為正義的最後一道防線即有所罅隙。此時，由大法官基於補遺的補充性原則（*Subsidiaritätsprinzip*），闡明憲法真義，使系爭規定之適用與解釋趨近憲法，即具有憲法上原則重要性。

#### B 選擇「合憲的法律解釋」之方法：

李法官震山協同意見書中指出：「.....本件解釋係基於前例，並在「系爭規定之文義解釋範圍內，且不違反立法者的規範價值與目的（按：指回復



名譽)」，以尊重立法形成自由及既成之法秩序為前提，所審慎理性抉擇的釋憲方法.....」

### C 符合解釋意旨範圍內予以適用

系爭規定應於符合本件解釋意旨範圍內予以適用，始合於憲法比例原則而無悖於憲法衡平維護基本權利之本旨：

李大法官震山協同意見書中指出：「.....然而強迫自認無過咎者背於自身確信而道歉，使表意人產生是否成為他人宣示信念工具、應否認同他人價值判斷之內心衝突時，若再涉「公開」而要求表意人眾所矚目下「低頭認錯」，公開報復羞辱形成精神上處罰之意味甚濃。於此情形下，加害人既不願道歉，被害人又執意為之，民事法院豈能成為以牙還牙之促成者，又豈能成為道德倫理之強制教化者，法院本於「不損及人性尊嚴」之解釋意旨，於前述情事下之裁量空間恐已大幅萎縮。且若系爭規定仍得作為該等強制加害人公開道歉之依據，即已逾越回復名譽之必要程度而不符合必要性原則。.....」

## 第四目 陳大法官春生協同意見書重點摘錄

### A 可以允許判決命加害人公開道歉：

陳大法官春生協同意見書中指出：「.....一般認為，法具有強制性，指對於違反法規者，可以違背其意志課予其刑罰、損害賠償等，並具有最終地經由物理上之實力排除當事人的抵抗之制裁規定。.....而基於民法第一條不排除習慣作為民事紛爭之適用依據，且本件系爭之以登報道歉為回復名譽之方法，亦為我國向來民事審判實務所採行，是以將性質上屬道德領域之登報公開道歉，引進法律規範領域成為一制度，法理上應無窒礙難行之處。.....判決命加害人公開道歉之容許性，法理上有不同見解，比較法上，在日本有認為，受強制執行或刑罰、有罪或有責判決本身，對被告而言均為一種屈辱，但此與命被告表明和法院意見相同所受之屈辱，不只有程度上之差別，而是本質之不同。又現今民事責任制度，將行為者之制裁，由國家公權力，公共權力制裁分出來，而以填補被害人損害為目的。命刊登道歉啟事，以判決命行為人為超越民事目的，且會留下不必要副作用的處分，實屬不當。」

但亦有認為，不伴隨道歉意思之道歉，在法的世界中，對於被害人仍具有意義，因為所謂名譽乃社會上之觀念，因此在社會通念上，會認為登報道歉係回復被害人名譽之有效方法（日本最高裁判所昭和 31.07.04 大法庭判決，田中耕太郎，協同意見書）。……」

#### B 不能認為已侵害加害者之人性尊嚴：

本解釋是對民法第一百九十五條第一項為合憲限縮解釋；尚不能認為已侵害加害者之人性尊嚴：

陳大法官春生協同意見書中指出：「……名譽權旨在維護個人主體性及人格完整，為實現人性尊嚴所必要，是以加害人既依法院之判斷已侵害被害人之名譽，亦即可能侵害被害人之人性尊嚴在先，則判決命加害人公開道歉以回復名譽，從平衡雙方法律上地位而言，不能即謂侵害加害者之人性尊嚴。2. 基於下述格勞秀斯之刑罰權屬於上位者理論之法理，本解釋雖關於民事法律，亦應可推出類似結論。3. 德國聯邦憲法法院對犯謀殺罪者處以無期徒刑，尚不能認為已侵害其自主決定權而侵害其人性尊嚴之見解，為相同之法理。……本解釋一方面是對民法第一百九十五條第一項為合憲限縮解釋，亦即透過基本權利（憲法第十一條言論自由及人性尊嚴）之適用於民法（私法）領域，同時亦宣示或提醒系爭當事人及法院，注意民法第一百四十八條一項（權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。）及同法第七十二條（法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。）……1. 對被害人而言，不論加害人是否真心道歉，均無損於對被害人而言回復其被侵害名譽所具有之社會意義，因為此牽涉其社會形象、觀感或顏面問題（風俗、道德問題）。2. 對加害人而言，無人性尊嚴受限制問題，但相應地，須保護其回復，不得超過適當之程度範圍。3. 就法院而言，必須判斷被害人所要求公開道歉之回復名譽之內容、方法等是否適當。而除私法相關規定外，另須注意憲法規定（亦即基本權之私法上效力）。」

## 第五目 陳大法官新民部分協同、部分不同意見書重點摘錄

### A 強迫道歉並不具違憲性：

陳大法官新民部分協同、部分不同意見書中指出：「.....在憲法沒有明文保障良心自由或良知自由的我國，討論此問題不能如其他國家，例如：日本可以直接援引該國憲法第十九條保障良心自由為依據（註一）。我國憲法上的依據，只能援用言論自由。誠然我國大法官在釋字第五七七號解釋曾提及憲法第十一條的規定人民有言論自由，乃包括消極不表意的自由。此種見解洵屬正確，正如同我國憲法第十三條保障人民的宗教自由，即包括保障人民有不信教的自由在內（司法院釋字第四九〇號解釋即承認這種消極宗教自由權）。而大法官在釋字第五七七號解釋且明白提及這種不表意自由必須受到公共利益（菸害警告用語刊登的強制）的拘束，所以並非不可因公益而限制之。.....「不言論的自由」如同言論自由一樣，都可受到法律之拘束，釋字第五〇九號解釋雖云對言論自由應給予最大限度維護，但也重申「惟兼顧對個人名譽、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。」尤其應注意的是對該案所涉及刑法誹謗罪之處罰合憲性，並未遭到大法官質疑。因此，「不言論的自由」仍一樣可為合理限制，而沒有比個人名譽權...等權利，認為可援引人性尊嚴等原則為由，享有更高、更值得保障的法益。.....任何法律後果，都不免強制的色彩，甚至沒有強制力就沒有法律的效力。法治國家的真諦乃在於法律之力與法官判決之力，取代原告與被告的意志，以及其所實施的「力」。因此，若謂經法官確認侵犯他人名譽且必須登報道歉，方可回復名譽時，侵權人竟可以援引個人「良知抗拒」時，吾人縱先不論較極端的例子，例如：我國尚未如世界其他先進國家已步上廢止死刑及承認「良心拒服兵役」的制度（這也是本席一再主張應從速採行的人道法制），但即便在每日發生數以百、千件數計的刑事法院法官判決之應該服自由刑者，以及民、刑事與行政訴訟判令必須支付一定金額者，是否更有充分而強烈的抗拒理由（比「內心強制」價值不一定更低的身體自由及財產自由價值）來否認法律與司法的公權力？所以本號解釋理由書第二段「這一步跳躍」一舉越過「舉重以明輕」的柵欄，似乎未免跳躍得過遠？.....查考系爭規定可早自一九一一年九月五日（清宣統三年）的「大清民律」草案（第九百六十一條）以還，便將登報道歉作為回復名譽的方式作為立法理由的例示事項。而實施至今已有數十年，不僅著有判例，且是日常

法院民事判決與報章媒體所常見。按大法官解釋的方法論必須以「歷史解釋法」為先，以探求立法者之真意，此觀諸大法官審理案件法第十三條第一項定有明文。……既然系爭規定涉及採行公權力措施的價值判斷，國家立法機關自然擁有能代表全民決定在何種情況下採行何種補救措施的價值、手段目的性的判斷決定。此點在本院釋字第六一七號解釋理由書中「釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重」已明白提及（註五）。因此，立法機關代表國民認知，肯定法官可以判定侵害名譽者，應當登報道歉（如立法理由之例示性說明），方可以回復被害人之名譽，或能撫平其創痛、挽救其社會地位、人際關係…攸關個人之切身利益時，這種「價值與手段目的性」的判定，不應由釋憲者逕予取代……而授權法官之目的，乃在回復名譽所適當及必要。因此比例原則中的「目的性考量原則」（Das Zweckmäßigkeit gebot），便扮演著第一個、且必須最重要的考量因素。其次，才是考量「最小侵害原則」的「必要性」原則。蓋此時已經有他人受憲法保障的人權遭受到了侵害（也就是「補救式的限制人權」），而非「預防性限制人權」，故因此不能將目的性考量，絕對置於必要性的考量之下。如果法官一味追求必要性原則，反而將目的性原則拋之在後，致使判處之處分無法回復受害者之名譽，亦即僅是敷衍了事、或形式意義的了無實益之勝訴判決，豈是司法救濟制度與司法正義之本意所在？其次，本號解釋文提及強迫被告刊登道歉啓事，特別是刊登由原告所草擬的道歉聲明稿，可能會使用到自我污衊式的用語與措辭，以致於傷害其人性尊嚴及人格權。本席亦認為倘發生此情形，將抵觸憲法之精神。按任何人民，不論出於自願與否，都不可以發表這種自我貶抑價值的言論，否則即抵觸現代文明國家所尊崇的「人性尊嚴」（註九），特別在傳統的特別權力關係內，也不允許這種情形發生（註十）。因此，如果原告有提出使用類似用語的道歉稿，則負有裁量義務的法官即應審查，並刪除之，根本無庸在解釋主文中提及。故也不應如理由書第三段所指的「逾越比例原則」，今解釋主文既然強調了這種「裁量界限」，也只能解釋這是大法官的「諄諄提醒」的作用罷了。其實，系爭條文還有另一個作用，乃在保護加害人的一方，亦即系爭規定賦予法官審核原告的請求回補名譽的需要程度，不僅應刪除「有害言論」，也要避免原告過度的索求。……」

## B 忽視為媒體所生之爭議

本號解釋似乎專對一般人民言論權所發，忽視了原因案件為媒體所生之

爭議：

陳大法官新民部分協同、部分不同意見書中指出：「.....按本號解釋對系爭規定合憲性所適用對象，不分一般人民或媒體所為之名譽侵權，皆一體適用，是為本號解釋另一個美中不足一由於「針對性」上無法作更大的區隔。.....」

### C 正確區分適用對象為一般人民或媒體

沒有正確區分適用對象為一般人民行使的言論權，或是來自媒體新聞自由的濫用，而一體的看待之。將忽視了媒體自由，因為「行業特色」容易帶來高風險的侵權機會，以及為了滿足國家憲政民主體制所必須給予較高的保障，應當要有相對應的「減壓機制」，例如考慮重新建立「回應報導」的制度，以及民事與刑事「不法標準的一致性」來避免寒蟬效應。本號解釋似乎專對一般人民言論權所發，忽視了原因案件為媒體所生之爭議：

陳大法官新民部分協同、部分不同意見書中指出：「.....究竟媒體的言論比一般人民所為的言論，不論是在重要性及其界限上，皆會有不同的憲法意義。憲法對新聞媒體的保障，除了一般人民的言論權外，尚有新聞自由保障的「加持」，而為後者所涵括。因此，其保障也享有了關涉國家民主憲政發展的高度法益，而邀得憲法最高度的保障（釋字第五七七號解釋意旨參照）。.....所謂「回應報導」，例如漢堡邦一九六五年一月二十九日公布之漢堡邦新聞法第十一條第一項規定：任何人（包括自然人、法人，以及政府機關團體）認為媒體報導（第一次報導）侵犯其人格權，但並不一定涉及損害名譽，即可以書面要求媒體刊登由其所撰寫的「事實真相」。這個「平衡報導權」，促使報社必須「儘快」在一定的時間（各邦規定情形不一，大多數的邦法乃規定不能超過三個月）內，以同樣的方式（包括同樣的篇幅、字體大小，以及版面）刊登當事人的「回應報導」。我國對此制度並不陌生，目前所有廣播電視法法制，都有繼續延續過去出版法未廢止前（民國八十八年一月二十五日），規範報紙雜誌的「更正報導」之制度（出版法第十五條）。只不過我國上述法律之「更正報導」名稱容易和德國的「更正報導」（詳下述）相混淆：前者是以關係人之名義刊登，與德國的「回應報導」一致；後者是以報社名義刊登，代表報社的「承認錯誤」，兩者性質完全不同，應予注意。.....德國之所以「源於言論自由權」說可形成主流意見，乃基於：回應報導不以是否涉及侵害名譽為前提，只是「事實主張」（Die Tatsachenbehauptung）之不同，從而也不一定會侵犯人性尊嚴或干擾人格發展。回應報導如同拉丁法諺的

「兼聽原則」(audiatur et altera pars) —聽聽他方之意見亦無妨—，這和涉及價值判斷，也就是所謂的「評論」不同(註十八)。後者，可以類歸到「言論自由」的領域。也因此如果有涉及侮辱或誹謗，乃是民事侵權行為或刑事責任的問題。所以回應報導是針對媒體，而非針對一般人的言論自由所產生的法律制度，也就更契合本號解釋的原因案件！……」

D 「最後手段論」過度保障、並誇大侵權人「內心自主性」的價值：

「最後手段論」過度保障、並誇大名譽侵權人「內心自主性」的價值，而忽視被害人的痛苦(註四十四)。並未體會出任何法律後果(包括自由刑與財產罰)都有被告所不欲接受的強制性，更何況法官行使的裁量權亦有義務排除被告使用自我羞辱等有損人性尊嚴的表述，已將扭曲人性的危險排除。登報道歉是行諸我國近八十年、深入國民情感的法律感情，不宜由釋憲者來更易之。否則這一個在我國法律中已極少數「附存」的道德成分，都將被盡數刮除。無異默許侵權人「以個人感受為己任，置他人榮辱為度外」的「必我」心態！

E 不得有侵犯人性尊嚴的措辭，已足以防止強制道歉可能產生的弊害：

本號解釋之解釋主文既然強調法官行使裁量權時，應注意不得有侵犯人性尊嚴的措辭，已足以防止強制道歉可能產生的弊害。因此，解釋理由不能再附加「最後手段論」，以免造成因為透過這種附加條件可能產生的「金蟬脫殼」效果。這種附加條件不僅不符最後手段的立法原則，也將紊亂民事法院法官的裁量權，也將整個民事法院回復名譽侵權的運作，造成不可預測之動盪。孔子「一言以折獄」(透過簡單的語言與意思表示來消弭爭議)的美景，就更難實踐了。

## 第六目 林大法官子儀部分不同意見書重點摘錄

A 釋字第五〇九號解釋應作補充解釋

聲請人認民法第一百八十四條第一項前段規定有違憲疑義以及本院釋

字第五〇九號解釋應作補充解釋，向本院提出憲法解釋之聲請，均符合司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所規定之程序要件，應予受理：林大法官子儀部分不同意見書中指出：「……惟該解釋公布之後，其解釋意旨是否亦應適用於侵害名譽權之民事訴訟，民事審判實務意見紛歧，未有定論。聲請人聲請本院就該號解釋予以補充解釋，即在請本院就釋字第五〇九號解釋之意旨，是否亦適用於因名譽受侵害而請求民事損害賠償事件，應作明確之表示。多數意見以釋字第五〇九號解釋係就刑法第三百十條所為之解釋，有關侵權行為損害賠償部分不在該號解釋範圍，而無補充解釋可言為由，不予受理。惟本席認為目前民事審判實務就應否適用本院釋字第五〇九號解釋之意旨，既存有爭議，本院即應於適當之案件，就該議題予以澄清說明。就此而言，本件聲請案有關該部分之聲請，非不符合本院大法官審理案件法第五條第一項第二款之程序要件。……而認聲請人對民法第一百八十四條第一項前段如何牴觸憲法，已有具體客觀的指陳。本席並認為如果遇有是否已有具體客觀指陳系爭法規有如何牴觸憲法之爭議情形，決定要否受理之標準，亦應以系爭議題是否具有憲法上原則重要性為斷。如係為憲法上具有原則重要性之議題者，即應予以受理。本案情形，即屬此類案件。……」

#### B 應就系爭言論所涉及之人與事之不同，而有不同之適用標準

民法第一百八十四條第一項前段規定係屬保護人民權益之必要規定，惟適用於侵害名譽之侵權行為事件，依本院釋字第五〇九號解釋之意旨與衡量言論自由與名譽權保障之平衡，應就系爭言論所涉及之人與事之不同，而有不同之適用標準，方能兼顧憲法保障言論自由之意旨：

林大法官子儀部分不同意見書中指出：「……名譽權受憲法保障之程度，與言論自由所受保障之程度，並無軒輊。……適用民法第一百八十四條第一項前段規定時，應採取符合憲法意旨之解釋方法，就系爭言論所涉及之人與事之不同，而有不同之適用標準，方能兼顧憲法保障言論自由之意旨。憲法保障言論自由之目的之一，乃在保障人民積極參與公共事務之討論，使人民能獲得多元資訊，而有助於作出較合理之決斷，形成公意，並能因此監督政府，防止政府濫權，以促進民主多元社會之健全發展。雖然虛偽不實之言論對於民主多元社會之健全發展並無助益，惟人民參與公共事務討論之過程，其言論不免有錯誤之時，如一概予以處罰，將產生寒蟬效應，使人民心生疑懼而喪失意願或勇氣參與公共事務之討論，而影響民主多元社會之健全發

展。……依本院釋字第五〇九號解釋之意旨，且考量民法之本質功能後，於判斷系爭言論是否構成侵害名譽之侵權行為時，應類推適用刑法第三百十條第三項前段規定。如行為人明知所言不實，而仍率意為之，除有其他阻卻違法事由者外，應構成侵害他人名譽之侵權行為。而如行為人能證明其所言為真實者，即應不構成侵害他人名譽之侵權行為。而於無法證明系爭言論為真之時，基於憲法保障言論自由之目的，以及言論自由與名譽權保障間之平衡（前段說明參照），應視言論對象之身分與言論內容之性質，設定不同程度之注意義務，就行為人違反義務之情狀定其責任。如所發表言論之對象為重要公職人員或就公共事務討論具實質影響力之政治人物，除明顯僅涉私德而與公共利益完全無關者外，應予以適當之表意空間。是如該類言論損及上開人員之名譽，於所言無法證明為真實者，僅於其違反善良管理人之注意義務而情節重大，亦即極端違反「一般負責任且對他人名譽權有適當尊重之人」為相同言論時，所應為之查證與合理判斷，且其違反之情事足以顯示行為人對事實真相缺乏合理之關注，始構成侵害名譽權之行為。而言論之對象為一般私人，且言論僅涉私德與公共利益無關者，於言論無法被證明為真實時，行為人如未能證明其所言為真實，又無其他阻卻違法事由者，即不能免除侵害他人名譽之責任。

於上述情況以外之案件，即言論之對象雖為前述之重要公職人員或政治人物，但言論內容明顯僅涉私德與公共利益完全無關者；或言論對象非屬為前述之重要公職人員或政治人物，但言論內容與公共利益有關者；於此類情形，若所言無法被證明為真實者，行為人於違反善良管理人之注意義務，亦即違反一般負責任且對他人名譽權有適當尊重之人為相同言論時，所應為之查證與合理判斷者，始構成名譽權之侵害。……」

## 第七目 徐大法官璧湖、池大法官啓明共同提出之部分不同意見書重點摘錄

### A 程序不同意見

徐大法官璧湖、池大法官啓明共同提出之部分不同意見書中指出：「……是確定終局裁判本身，或確定終局裁判適用法律、命令所表示之見解是否有牴觸憲法之疑義，不在人民得聲請解釋憲法之範圍（本院釋字第五七九號解釋理由書參照）。……法院裁判本身或其裁判適用法令所表示之見解是否違



憲，非屬得聲請解釋憲法之範圍，而決議應不受理……乃大法官解釋實務上之一貫見解。……」

## B 實體不同意見

徐大法官璧湖、池大法官啓明共同提出之部分不同意見書中指出：「……查立法者「授權法院決定」而使法院有決定空間的立法（註九），與立法者運用「須價值補充」的概念而留給法官判斷餘地的立法，性質完全不同。……又多數意見就系爭規定之必要性審查，對於民法第一百九十五條第一項後段規定：「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」作為名譽被侵害者的民事請求權規定，是否逾越必要之程度，並未進行審查，反而對法院「在原告訴之聲明之範圍內」，應如何判決，其適用民法第一百九十五條第一項後段規定，始「未逾越必要之程度」為審查（解釋理由書第三段參照），除自居第四審而違法、違憲外，本件解釋對於民法第一百九十五條第一項後段規定為何「尚未逾越必要之程度」，實未附任何理由。至多數意見所謂「惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。」等語，既屬臆測當事人之聲明，復以職司民事審判權之法院必然適用法律錯誤，甚至認為被害人請求「加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者」，仍屬符合民法第一百九十五條第一項後段規定所謂「回復名譽之適當處分」為前提，而預作假設性之法律適用指導，除逾越大法官權限、侵犯最高法院之民事審判權而違法、違憲外，亦使我國行之多年，成效卓著的法規違憲審查制度，導入假設性議題之解釋方法，與司法之本質背道而馳，本席等實難同意，爰提出實體不同意見。」

## 第八目 許大法官玉秀部分不同意見書重點摘錄<sup>128</sup>

### 分析大法官釋字第五〇九號解釋意旨

---

<sup>128</sup> 綜觀許大法官之部分不同意見書之內容，似僅為補充大法官釋字五〇九號解釋之內容而提出進一步之意見。

許大法官玉秀部分不同意見書：「……（一）正當證明程序：掌握資訊者負責舉證……例如提出控訴的人，負舉證責任；主張有利於自己的事實，負舉證責任。其中的原理，其實就是有資訊優勢的人，負責提供資訊。能控訴別人，表示掌握事實資訊；如果不知道對自己有利的事實，如何提出有利自己的主張？這種舉證責任的分配邏輯，可以稱為正當證明程序所應該有的舉證責任分配程序。這也是釋字第五〇九號解釋所揭示的第一個意涵。……（二）阻卻不法：阻卻不法的主觀要件與客觀要件……主觀的阻卻不法意思和客觀的阻卻不法事由，有一個存在，就能發生阻卻不法的效果。（三）應該證明的是什麼？所謂能證明為真實，是證明確有其事嗎？釋字第五〇九號解釋的回答是：針對所指述的事實，只要證明被告認知的形成沒有瑕疵。其中的道理在於，所指述的事實是否存在，未必能證明，如果能證明所指述的事實為真，當然可以阻卻不法，但縱使不能證明，或者最終證明所指述的事實的確不存在，只要被告的認知，是任何和被告具有相同資訊能力的人，都會形成的認知，那麼被告就欠缺誹謗罪的主觀不法。釋字第五〇九號解釋就有利於己的事實、提出控訴的事實，並沒有排除被告的舉證責任。只是對於主觀阻卻不法意思的證明責任，要求所提出的證據資料，必須能夠證明被告阻卻不法意思的形成沒有瑕疵。所謂「有相當理由確信所述內容為真實」，就是沒有認識到所述內容不是事實，而之所以沒有認識到所述內容不是事實，有可以被接受的相當理由。一旦被告有相當理由確信所述內容為真實，等於認定被告對於誤認內容為真並無過錯。」

## 第七款 本文見解

### 第一目 程序部分

人民得聲請解釋憲法之情形，僅有依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之法令違憲解釋程序，經用盡審級救濟途徑後，所給予人民基本權利受侵害之最終救濟途徑。從同法第五條第一項第二款後段：「……對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」以觀，可知人民聲請大法官解釋憲法其釋憲之客體為法規範之違憲審查，依此意旨則並非保護主觀之權利，而是客觀之法規違憲審查程序。職是之故，就解釋憲法部分，法院裁判本身及其裁判所表示之見解，依現行法制，並非違憲審查之客體。

依此而論，似以徐大法官璧湖、池大法官啓明共同提出之部分不同意見書中

所指出：「.....至法院如判命加害人登報道歉，乃法院依具體個案情形，.....「回復名譽之適當處分」所表示之判決上見解.....本件聲請意旨，顯在指摘確定終局判決認.....「回復名譽之適當處分」之法律見解錯誤、甚至違憲，而聲請大法官為違憲審查，並未指明民法第一百九十五條第一項後段規定：「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」之法律規定本身，如何違憲。」認為程序不應受理，似始屬正確解釋現行法制。

故在許大法官宗力部分協同意見書中表示：「.....實則，只要涉及不確定法律概念之適用，不僅在具體個案的法律適用須作利益衡量，在較前的法律解釋階段，同樣須作利益衡量，不同之處僅在於，前者是比較具體的「個案取向衡量」(fallbezogene Abwägung)，後者則是比較抽象的「規則取向衡量」(regelbezogene Abwägung)罷了。本院釋字第五〇九號解釋闡明刑法第三百十條第三項的疑義，就是「規則取向衡量」的適例。.....」，許大法官保障人民基本權利之用心昭然若揭令人感佩，惟對此之疑問為，果悉數以之為大法官較前之法律解釋階段之「規則取向衡量」，則大法官不能釋憲之客體似將寥若晨星。

然如嚴守前述現行法制解釋方式，實則似仍與大法官現行之釋憲實務有所扞格，例如，大法官釋字第 153 號解釋、第 567 號解釋，其釋憲客體均為判例，而判例嚴格言之，仍為個別之判決所表示之法律見解，若依前述現行法制之解釋方式，此二號解釋均應於程序不受理。更有甚者，在大法官釋字第 242 號解釋文中：「.....與憲法並無抵觸。惟國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定有所抵觸。」此號解釋，認為法規範是合憲的，仍對於判決認事用法所適用之法律見解，直接加以審查。甚且，對於法院內部之決議，亦以之為審查客體，例如，大法官釋字第 374 號解釋為其適例。故而，依現行法制而言，實以徐大法官璧湖、池大法官啓明之見解為正解，惟此解釋方式，縱觀大法官歷來之實務運作，實已多所抵觸。

究其實質，似因我國釋憲客體與歐陸有所不同，似對人民個案之基本權利受侵害保障恐有不足。法院在個案審判中侵害基本權利的情形可說不一而足，例如於具體個案判決所適用之實體法律，有不侵害人民基本權利之合憲解釋空間，但法院卻可能做了侵害人民的違憲解釋，因而侵害了人民的基本權利。正因法院裁判侵害人民基本權利之情形恐成為我國法制上人民權利救濟制度的漏洞，有填補之需要，或係如此，大法官們向來均極盡最大可能，創造外延人民聲請釋憲客體

範圍。

據此，林大法官子儀之具有「憲法上原則重要性」似可成為大法官於嚴守前述法律解釋底下，是否欲極盡最大可能，對於人民聲請釋憲受理與否初步判斷之操作方向。以本件聲請案為例，則可再輔以李大法官震山之見解，「由大法官基於補遺的補充性原則（*Subsidiaritätsprinzip*），闡明憲法真義，使系爭規定之適用與解釋趨近憲法，即具有憲法上原則重要性。」為判斷；庶幾使人民之基本權利之保障趨向完善。

## 第二目 實體部分

有關本件解釋以加害人之「不表意自由」以之與被害人之名譽權加以權衡，實則尚應與內在自由之「人性尊嚴」與「自主決定權」等基本權利之核心價值相競合。然在陳大法官新民部分協同、部分不同意見書中指出：「.....在憲法沒有明文保障良心自由或良知自由的我國，討論此問題不能如其他國家，例如：日本可以直接援引該國憲法第十九條保障良心自由為依據（註一）。我國憲法上的依據，只能援用言論自由。.....」就此而論，本文有不同看法：

從人權的歷史演進以觀，人性尊嚴為人之所以為人所不可或缺者，任何違反人性尊嚴或侵犯人類自由等，均為人權所欲防禦與之對抗，而在「自主決定權」與「人性尊嚴」同為良心自由或良知自由之基礎價值，故而，自人權保障之範圍而論，其核心領域包含有「人性尊嚴」與「自主決定權」，應係當然之解釋。

在現代社會的普世價值裡，於 1945 年聯合國憲章前言亦提及：「基本人權，人格尊嚴與價值。」及 1948 年世界人權宣言前言重申：「對於人人固有尊嚴及平等不移權利之承認，確係世界自由、正義與和平之基礎。」

且於我國立憲主義下之憲法第二十二條概括基本權利中明定：「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。」

再從大法官歷來之釋憲實務而言，例如，大法官釋字第 372 號解釋文：「維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。」大法官釋字第 372 號蘇大法官俊雄協同（含部分不同）意見書中指出：「『人性尊嚴』不可侵犯，乃是『先於國家』之自然法的固法理，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。」此外，於大法官釋字第 603 號解釋文，開宗明義即表明：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。」

職是之故，凡此，似非僅以未於我國憲法明列有良心自由或良知自由等內在自由之「人性尊嚴」與「自主決定權」等基本權利，即無從於憲法上加以主張。

再從陳大法官新民部分協同、部分不同意見書中指出：「.....查考系爭規定可早自一九一一年九月五日（清宣統三年）的「大清民律」草案（第九百六十一條）以還，便將登報道歉作為回復名譽的方式作為立法理由的例示事項。而實施至今已有一百餘年，不僅著有判例，且是日常法院民事判決與報章媒體所常見。.....」對此說法，本文以為，從第二章之基本權利概論中，可以看到，人類追求人權的歷程，是經由先人之斑斑血淚奮鬥不懈而來；時代的巨輪是不斷的向前推移，若說由先期權利之權衡方式或應有處置即為定論，則有關男女平等問題，於親屬法之規範中，從大清民律草案（宣統 3 年）、民律親屬編草案（民國 4 年）、民律草案親屬編（民國 14 年）、親屬法草案（民國 17 年）及至民國 19 年 12 月 26 日公布，自民國 20 年 5 月 5 日施行之親屬法，從來之規範與認定中，違反憲法男女平等保障之「父權條款」，此等「父權體制的法律體系」歷歷在目，若未經由解嚴後臺灣日益蓬勃之婦女運動，與女性主義思潮風起雲湧的不斷向大法官叩關，恐怕不會有大法官釋字第 365 號，宣告民法親屬編中第 1089 條「父權條款」違反憲法男女平等之保障，而當啟動了一連串對於法律體系中父權優先規範的挑戰與修正，緊接大法官釋字第 372 號解釋、410 號解釋、452 號解釋、457 號解釋等，為人類平等之保障繼續昂首闊步向前，才会有為了保障男女平等之法律相關條文修正，在此思潮下，也才有了家庭暴力防治法、性侵害犯罪防治法、性別工作平等法等之公布施行。凡此種種，均係不甘於「實施至今已有一百餘年」「父權條款」宰制下，人民，特別是女性人民，為其基本權利奮鬥所得來；以此而言，若說「實施至今已有一百餘年」「父權條款」即為定論，則如何有前述使人民平等得到進一步保障之大法官之多號解釋。

再者，陳大法官新民部分協同、部分不同意見書中指出：「.....按大法官解釋的方法論必須以「歷史解釋法」為先，以探求立法者之真意，此觀諸大法官審理案件法第十三條第一項定有明文。.....」按大法官審理案件法第 13 條第 1 項係源自於民國 47 年 7 月 11 日制定之司法院大法官會議法第 12 條，其原文為：「大法官會議解釋案件，應參考制憲及立法資料，並得依請求或逕行通知聲請人及其關係人到會說明。」而從立法院法制委員會民國 47 年 1 月 14 日臺法字第 1158 號函立法院秘書處文中第 6 點結論，對於前述條文內容，其規範目的在於要求大法官解釋憲法應博採眾議，考慮周全，以求解釋的當，對於聲請人及利害關係人，自得依其請求或通知到會說明，並應經司法院向有關機關調集制憲及立法資料，及有關文件，使為參證，至於解釋憲法，則應公開徵詢意見，以期集思廣益而昭

慎重。換言之，從此立法過程中，其僅係曉示為應「考慮周全，以求解釋的當」，而須透過博採眾議、通知說明、調集制憲及立法資料，以為參證。並未有強制須以制憲意旨為優先，應僅係告示為期周延，制憲及立法資料為應採證之方式之一。

通常客觀解釋方法優先於主觀解釋方法，即便捨此不論，而認為客觀解釋方法並未優位於主觀解釋方法，則退步言之，對於各種解釋方法，於運用上應無優劣之別，亦即一般均非僅一個別解釋方法即得獲致結論。且若單以制憲意旨為優先且唯一之解釋，則憲法第 15 條之財產權保障，其財產權之範圍如何含括現代社會之智慧財產權甚或商譽。法國拿破崙法典可運行百年，絕非僅僅仰賴於制憲意旨之歷史解釋。憲法之生命與活力其能與時俱進，自非主觀解釋方法之歷史解釋得以優先或唯一而得竟其功。

本文認同許大法官宗力部分協同意見書中所指：「強迫登報公開道歉本身的採用，是強迫一個不願認錯、不服敗訴判決的被告登報道歉，對其所造成人格尊嚴的屈辱」之戕害人性尊嚴本質。

或謂訴訟法上亦有作證義務，然，證人係在他人之訴訟案件中，陳述自己所見所聞具體事實之第三人，亦即陳述者，僅為其見聞之事實，自非強制其內心，屈於從強制力下，所扭曲其自我的良知本質可比擬。更何況，證人居於身分或利害關係，亦得拒絕證言（例如，證人中有因公務關係應保守秘密而得拒絕證言者「刑事訴訟法第 179 條」，有因與當事人之身分關係得拒絕證言者「刑事訴訟法第 180 條」，有因業務關係有保密義務而得拒絕證言者「刑事訴訟法第 182 條」，有因利害關係而得拒絕證言者「刑事訴訟法第 181 條」。

明史·卷一八一·王鏊傳：「鏊謂瑾曰：『士可殺，不可辱。今辱且殺之，吾尚何顏居此。』」亦即寧可犧牲生命，也不受汙辱之寧死不屈。或謂要求一方公開道歉是來自於其為加害之一方，先行汙辱或誹謗他人；然而，法律的功能可能或可以強制到『內心』的『思想』嗎？

例如，政治人物施明德曾被指涉入「台灣獨立聯盟案」，於 1964 年以首謀叛亂罪遭判處無期徒刑，但於獄中始終不認「錯」、亦或是鼓吹臺獨的鄭南榕，1988 年 12 月 10 日，在其所發行的雜誌上，刊登臺灣旅日學者許世楷所撰寫的《臺灣共和國憲法草案》，鄭南榕收到台灣高等法院檢察署簽發「涉嫌叛亂的傳票，他出庭後公開宣佈「國民黨抓不到我的人，只能抓的到我的屍體。」最後自焚告終；相信鄭南榕即使入獄也不會認為他是錯的，設想他若誹謗或侮辱統治者，應該也不會道歉認錯。

當然為了對基本權利提供保護之保護義務、為了「公共利益」或為了「社會秩序」可以將加害者隔離，但是法律不應也無法強制一個人的內心意志，而應委

由當代的價值觀、道德甚或宗教等為導引或約制。

當然，法律後果，不免有強制的色彩，然而，此強制力是否應發揮於強迫被告認罪，發表「內心所不欲」的道歉言論，這是事實上不可能，也不應如此；強制行之，恐亦只能呈現「國王的新衣」般，阿 Q 式聊以自慰。

就法律強制力而言，以刑事訴訟法第 253-2 條緩起訴為例：「檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行下列各款事項：一、向被害人道歉。二、立悔過書。……。」惟對於違反者，僅為撤銷該緩起訴，而非得以之為強制執行名義。與同條項第 3、4 款得為強制執行名義不同。同樣的，在刑法第 74 條第 2 項：「緩刑宣告，得斟酌情形，命犯罪行為人為下列各款事項：一、向被害人道歉。二、立悔過書……。」對於違反者，亦為撤銷其緩刑宣告。

故而，以法律強制力而論，可以將前例，施明德、鄭南榕等人加以隔離，但無法使其認錯或道歉，即便得行之，充其量是由統治者基於法律的強制力假藉其名義為形式上之道歉。畢竟什麼是向人表示歉意，意義並不難理解，道歉應是自願，非誠心之道歉，仍為一般人理解之道歉嗎，或說在強制力下的假道歉是現代社會人們所應有的保障？史記·卷六·秦始皇本紀中，趙高獻給秦二世一隻鹿，故意指稱是馬，並問臣子是鹿或馬，而將答鹿者暗中殺害，是謂「指鹿為馬」之由來。一個在強制力底下逼大家將「鹿」硬是指為「馬」；一個非出於內心之抱歉、陪罪、致歉，究竟意義何在，實有待商榷。

或謂前舉之例是國家統治機關與個人之言論主張，於此是涉及基本權利之另一主體受侵害名譽；然而，對於早期破壞他人名譽之人，須承認過錯表示公開道歉賠罪之所謂洗門風之行爲（前註 128），是否適宜在保障人權核心價值之人性尊嚴之現今，答案應是不言而喻。

且在現今立憲主義上應是保障多元主義多元的價值，寬認每一個人之評論或意見之表達，予以最大限度之維護，對於名譽保障之適當處分，法律亦得以精神慰撫金以資平衡，況且，釋憲原即應從少數權益出發，蓋多數見解或潮流通常已可在立法多數時得到保障，或於社會多數見解下得到捍衛。然而，對於少數特立獨行或思想異於多數人之人性尊嚴保障，即更須於憲法核心價值上加以維繫，以保有其為人之尊嚴。

在追求人權的歷史軌跡中，為了人不被物化及主體性的確立，歷經人類不斷的鬥爭，此歷史痕跡班班可考，在人類人權追求之歷程中，自不應於此戛然而止。

道歉可以代勞嗎，如同婚姻有辦法強制履行或同居義務能讓別人代勞嗎？即便由別人加以代勞，無異是對他方為另一種形式的羞辱。這是衡量不表意自由與名譽保障之適當方式嗎？

若基於權力分立下，對具有民意基礎之立法院制定之法律之尊重，而採擇合憲之解釋，則如李法官震山所言「系爭規定應於符合本件解釋意旨範圍內予以適用，始合於憲法比例原則而無悖於憲法衡平維護基本權利之本旨」，則為折衷處理下之選擇。

## 第六項 相關之司法院大法官釋字解釋

### 第一款 大法官釋字第三六四號解釋

大法官釋字第三六四號解釋理由書：「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，為憲法第十一條所保障之範圍。……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。至學理上所謂「接近使用傳播媒體」之權利（the right of access to the media），乃指一般民眾得依一定條件，要求傳播媒體提供版面或時間，許其行使表達意見之權利而言，以促進媒體報導或評論之確實、公正。……是故民眾「接近使用傳播媒體」應在兼顧媒體編輯自由之原則下，予以尊重。……綜上所述，以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第十一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，並均應以法律定之。

### 第二款 大法官釋字第四〇七號解釋

大法官釋字第四〇七號解釋理由書：「……出版自由為民主憲政之基礎，出版品係人民表達思想與言論之重要媒介，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，為憲法第十一條所保障。……」幾與上述之三六四號所指之：「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」如出一轍。

### 第三款 大法官釋字第四一四號解釋

大法官釋字第四一四號解釋理由書：「……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。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。……」此號解釋，可看出雙階理論對言論自由之類型化，言論內容價值雖有差異，惟此係基於與不同法益間之相對權衡，所生之不同；惟仍均有保護之必要。

### 第四款 大法官釋字第四四五號解釋

大法官釋字第四四五號解釋文：「憲法第十四條規定人民有集會之自由，此與憲法第十一條規定之言論、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。……」解釋人民有集會之自由，此亦為表現自由即言論自由之範圍。

### 第五款 大法官釋字第五七七號解釋

大法官釋字第五七七號解釋文：「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，應受言論自由之保障，惟為重大公益目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制。……」大法官指出人民除有積極表意之自由外，消極不表意之自由，仍屬言論自由而應予以保障。

## 第七項 小結

一九四八年通過的「世界人權宣言」(Universal Declaration of Human Rights)第十九條即已經明白指出：「人人有權享受主張和發表意見的自由；此項權利包括持有主張而不受干涉的自由，和通過任何媒介和不論國界尋求、接受和傳遞消息和思想的自由<sup>129</sup>。(U. N. 1948)」(原文：Article 19. Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.)；而如何維護言論自由並尋求保障個人名譽之衡平，其間之界限與調和，向來是現代民主法治國家一項歷久彌新的議題。為了使民主政治制度運行的更加健全，立於其間之民主社會的公民能善盡其權利義務，保障人民之言論自由權，即成為重要磐石。然而另一方面，一個人在社會上應該受到與其個人社會地位、人格相當的尊敬或評價，這是名譽；也就是個人基於人格在社會上所受的評價，西諺有云：「名譽是第二生命。」這也是何以古今中外有許多人不惜犧牲生命以維護自身名譽，而大法官在釋字第 656 號解釋理由書更指出：「名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要」為維護個人人格尊嚴之名譽，倘若言論自由一旦遭到媒體的濫用，卻也可能使得虛偽不實言論叢生，造成個人名譽莫大傷害的惡果。

言論自由保障精神不應在於言論本身是否有正面之意義或價值，亦不問該言論本身是否被判斷為正確，這是因為價值與判斷，往往取決於社會的多數或當下之時代潮流，從而今日被視為少數的或不當之言論，來日可能即成為主流與多數的價值。大法官在釋字 509 號解釋於盱衡我國現況下對誹謗罪為合憲之宣告，惟特別指出：「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，符合憲法第二十三條規定之意旨。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，認為行爲人有相當理由確信其為真實者，即不能

---

<sup>129</sup> <http://www.humanrights.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=171520&ctNode=26511&mp=200> 最後瀏覽日 100 年 1 月 10 日

以誹謗罪之刑責相繩」故行爲人雖不能證明言論內容爲真實，但有相當理由確信其爲真實者，即不能以誹謗罪論處；將舉證程度由「客觀真實」調整爲「有相當理由確信其爲真實」。

美國對於言論自由採取較寬容之態度，任何言論除有明白而立即的危險，應予容忍。但美國在 1964 年以前，對於誹謗他人名譽的言論，並不保障其言論自由，行爲人必須舉證自己的言論爲真實，否則就應負誹謗罪責；不過，1964 年發生著名的蘇利文（紐約時報）案，聯邦最高法院改變見解，認爲：凡是報導或批評公務員或執行公務行爲之言論，原則上應受言論自由的保障，除非行爲人明知不實且故意發表錯誤言論，始受法律制裁。此一原則，其主要目的，在保障公眾監督政府施政的權利，並容許民眾在監督過程中犯錯，以避免寒蟬效應或自我事前檢查，確保憲法第一修正案關於政治評論的自由<sup>130</sup>。聯邦法院此一見解，日後並擴張範圍，凡對公眾人物有所批評，其內容與公益有關或涉及公共論述者，亦適用「真正惡意」原則<sup>131</sup>。

對於大法官在釋字五〇九號解釋，於運用合憲解釋之方法將刑法第三一〇條第三項之規定，重新解讀爲「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。」亦即被告雖仍負舉證責任，但無須達到證明絕對或客觀真實之地步，故已因此減輕被告之舉證責任。而且大法官時要求爲原告之檢察官或自訴人仍應「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。」在蘇俊雄大法官之協同意見書中所述「只要行爲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」，或吳庚大法官之協同意見書中所指「檢察官、自訴人或法院仍應證明行爲人之言論係屬虛妄，諸如出於明知其爲不實或因輕率疏忽而不知其真偽等情節，始屬相當。」所示，似與美國最高法院於 *New York Time v. Sullivan* 一案中，所確立舉世聞名之「真正惡意」原則若合符節<sup>132</sup>。

大法官在釋字五〇九號解釋透過合憲解釋之方法將刑法第三一〇條第三項之規定，認定爲合憲，在言論自由與名譽權之保障中，以重構「證明真實條款」

---

<sup>130</sup> Anthony Lewis 著，蘇希亞譯，不得立法侵犯：蘇利文案與言論自由，商周出版，1999 年，頁 292；<http://www.npf.org.tw/post/2/8400> 呂啓元，網路言論自由界限，國家政策研究基金會，最後瀏覽日 100 年 1 月 12 日。

<sup>131</sup> 呂啓元，同前揭註 130；林子儀，同前揭註 105，頁 374-375。

<sup>132</sup> 法治斌，同前揭註 125，頁 152。

之性質，並正確闡釋「行為人並無舉證義務」及「法院負有澄清義務」之舉證責任中，調整了言論自由與名譽權之保障之平衡點，而維持保障名譽制裁誹謗言論之誹謗罪為合憲。然，對於是否適用於妨害名譽的民事案件，則屬混沌不明。

大法官在釋字六五六號解釋，則認為回復名譽的適當處分，如果是以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事，就沒有違背憲法第廿三條的比例原則，而不牴觸憲法對不表意自由的保障。

大法官在釋字六五六號解釋認為回復名譽的方法，於民事審判實務上不乏以判命登報道歉作回復名譽的適當處分，且著有判決先例。釋字六五六號之意旨指出，國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心的信念與價值者，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切；故對於侵害名譽事件，若為回復受害人名譽，有限制加害人不表意自由的必要，自應就不法侵害人格法益情節輕重與強制表意的內容等，審慎斟酌而為適當的決定，以符合憲法廿三條所定的比例原則。如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我汗蟻等損及人性尊嚴之情事，即屬逾越回復名譽的必要程度。

綜上，大法官在釋字六五六號解釋除認為民法第一百九十五條第一項後段之規定係屬合憲外，尚說明名譽權保障之憲法基礎、名譽權受侵害時得回復之方法、言論自由包括不表意自由及基本權利衝突之衡量與限制應符合憲法第二十三條所定之比例原則等。

惟本號解釋共有許宗力、李震山、陳春生、陳新民、林子儀、許玉秀、徐璧湖、池啓明八位大法官分別提出協同意見書、部分協同意見書、部分不同意見書，顯見大法官在討論本號解釋時，意見紛紜。由此討論之熱烈可以想見，言論自由與名譽權間基本權利衝突之爭議，將不會在釋字六五六號解釋後即劃下句點，畢竟無論為言論自由或名譽權，其均隨著時代巨輪亙古亙今而與時俱進，歷史的鐘擺將如何擺盪，仍有賴於人類社會文明之如何開展。

## 第二節 我國實務判決之整理與分析

### 第一項 刑事判決

#### 第一款 最高法院刑事判決九十九年度台上字第五 0 三三號

##### 第一目 判決要旨

「……但如行為人對於資訊之不實已有所知悉或可得而知，卻仍執意傳播不實之言論，或有合理之可疑，卻仍故意迴避真相，假言論自由之名，行惡意攻訐之實者，即有處罰之正當性，自難主張免責。再者，行為人就其所指摘或傳述之事，應盡何種程度之查證義務，始能認其有相當理由確信其為真實，而屬善意發表言論，應參酌行為人之動機、目的及所發表言論之散布力、影響力而為觀察，倘僅屬茶餘飯後閒談聊天之資者，固難課以較高之查證義務；反之，若利用記者會、出版品、網路傳播等方式，而具有相當影響力者，因其所利用之傳播方式，散布力較為強大，依一般社會經驗，其在發表言論之前，理應經過善意篩選，自有較高之查證義務，始能謂其於發表言論之時並非惡意。因此，倘為達特定之目的，而對於未經證實之傳聞，故意迴避合理之查證義務，率行以發送傳單、舉行記者會、出版書籍等方式加以傳述或指摘，依一般社會生活經驗觀察，即應認為其有惡意。……」

##### 第二目 簡要評析

最高法院刑事判決九十九年度台上字第五 0 三三號判決，適用大法官釋字第五 0 九號解釋，對於真正惡意原則的適用，以倘為達特定之目的，而對於未經證實之傳聞，故意迴避合理之查證義務，率行以發送傳單、舉行記者會、出版書籍等方式加以傳述或指摘，依一般社會生活經驗觀察，即應認為其有惡意。以是否經合理之查證而為判斷是否有真正惡意。

## 第二款 最高法院刑事判決九十九年度台上字第五六〇號

### 第一目 判決要旨

「……刑法第三百十條第三項前段以對於所誹謗之事，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爲人，必須自行證明其言論內容確實真實，始能免於刑責，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行爲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。該指摘或傳述誹謗事項之行爲人，證明其言論內容是否真實，其證明強度不必達到客觀之真實，透過「實質（真正）惡意原則」之檢驗，只要認行爲人於發表言論時並非明知所言非真實而故意捏造虛偽事實，或並非因重大過失或輕率而未探究所言是否為真實致其陳述與事實不符，皆排除於第三百十條之處罰範圍外，認行爲人不負相關刑責。因此，行爲人就其指摘或傳述非涉及私德而與公共利益有關之事項，雖不能證明言論內容為真實，但依其所憑之證據資料，認為行爲人有相當理由確信其為真實，即主觀上有確信「所指摘或傳述之事為真實」之認識，即欠缺故意，不能以誹謗罪之刑責相繩。……憲法對於「事實陳述」之言論，係透過「實質（真正）惡意原則」予以保障，對於「意見表達」之言論，則透過「合理評論原則」，亦即「以善意發表言論，對於可受公評之事為適當評論」之誹謗罪阻卻違法事由，賦與絕對保障。……」

### 第二目 簡要評析

最高法院刑事判決九十九年度台上字第五六〇號指出，憲法對於「事實陳述」之言論，係透過「實質（真正）惡意原則」予以保障，對於「意見表達」之言論，則透過「合理評論原則」。該指摘或傳述誹謗事項之行爲人，證明其言論內容是否真實，其證明強度不必達到客觀之真實，透過「實質（真正）惡意原則」之檢驗，只要認行爲人於發表言論時並非明知所言非真實而故意捏造虛偽事實，或並非因重大過失或輕率而未探究所言是否為真實致其陳述與事實不符，皆排除於第三百十條之處罰範圍外，認行爲人不負相關刑責。因此，行爲人就其指摘或傳述非涉及私德而與公共利益有關之事項，雖不能證明言論內容為真實，但依其所憑之證據資料，認為行

爲人有相當理由確信其爲真實，即主觀上有確信「所指摘或傳述之事爲真實」之認識，即欠缺故意，不能以誹謗罪之刑責相繩。

### 第三款 最高法院刑事判決九十九年度台上字第六一九號

#### 第一目 判決要旨

「……認被告等係基於合理懷疑，且已做初步查證，縱因查證過程粗糙而對事實有所誤認，亦難認渠等有何傳播不實事實之故意；……但此項事實非該義警分隊之隊員，無從知悉，難謂被告等於文宣上爲原判決附表編號十所示之記載，全係出於故意虛捏，而有實質惡意。……惟觀其文義均係以問號表示可疑，並未指明劉宗勳確曾收賄，或爲其他足以毀損劉宗勳名譽之具體事實傳述，縱被告等就此未事先查證，惟渠等既係以抽象而非肯定之語氣爲上揭表示，自不得遽謂被告等有何明知該等內容不實仍予傳述之故意。……」

#### 第二目 簡要評析

最高法院刑事判決九十九年度台上字第六一九號認被告等係基於合理懷疑，且已做初步查證，縱因查證過程粗糙而對事實有所誤認，亦難認渠等有何傳播不實事實之故意；並以文義上均係以問號表示疑問，並未指明收賄對象，則縱未事先查證，惟以抽象而非肯定之語氣爲表示，則不認爲有真實惡意。

### 第四款 最高法院刑事判決九十八年度台上字第七五一四號

#### 第一目 判決要旨

「……惟查：原判決依憑調查證據之結果並綜合卷內證據資料，認定：「被告等所爲系爭『風騷』、『討客兄』等依個人價值判斷所爲之主觀意見或評論，係依據『壹週刊』報導所爲之評論，客觀上並非虛偽或捏造事實。況該報導內容業經法院確定判決認定非屬『明知爲不實之事項仍爲捏造』之謠言或不實事項，有該判決書在卷可憑。且被告等前揭『風騷』、『討客兄』

之評論，主觀上既係依據業經法院判決確定認屬言論自由範疇之報導所為的評論，亦乏犯罪之故意，自不能以散播謠言或傳播不實之事罪相繩，……均未就具體事實有何指摘或傳述，僅以抽象、不具體之方式，泛詞批評；……並非專以損害告訴人葉宜津名譽為唯一目的，且與公共利益有關之『評論』」……。」

## 第二目 簡要評析

最高法院刑事判決九十八年度台上字第七五一四號指出，若是依據客觀上非屬『明知為不實之事項仍為捏造』之謠言或不實事項，所做的主觀評論；以及非專以損害他人名譽為唯一目的，且與公共利益有關之『評論』，則可阻卻故意與違法。

## 第五款 最高法院刑事判決九十八年度台上字第五八六八號

### 第一目 判決要旨

「……而上開文宣內容，依當時客觀情事，確有合理懷疑，致誤認有此事實而為散布或傳播，縱甲○○亦參與各該文宣之製作及散播，依上開說明，其等主觀上應在於反擊、澄清對手之選舉攻擊，……原判決認定被告等縱有製作、散播上開選舉文宣之情事，主觀上應在於反擊、澄清對手之選舉攻勢，……業於理由論斷明確，此於司法院釋字第 509 號解釋所揭：……之意旨，亦尚無不合……」

### 第二目 簡要評析

最高法院刑事判決九十八年度台上字第五八六八號指出，如係因主觀上在於反擊、澄清對手之攻擊所為，依當時客觀情事，確有合理懷疑，即符合大法官釋字第 509 號解釋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意旨。



## 第六款 最高法院刑事判決九十八年度台上字第四三三一號

### 第一目 判決要旨

「.....推其對於刑法第三百十條第三項解釋意旨，僅在減輕被告證明其言論（即指摘或傳述誹謗事項）為真實之舉證責任，但被告仍須提出『證據資料』，證明有理由確信其所為言論（即指摘或傳述誹謗事項）為真實，否則仍有可能構成誹謗罪刑責。而『證據資料』係言論（指摘或傳述誹謗事項）之依據，此所指『證據資料』應係真正，或雖非真正，但其提出並非因惡意或重大輕率前提下，有相當理由確信其為真正者而言。申言之，行為人就其發表之言論所憑之證據資料，雖非真正，但其提出過程並非因惡意或重大輕率，而有相當理由確信其為真正，且應就所提出之證據資料，說明依何理由確信所發表言論之內容為真實，始可免除誹謗罪責；若行為人就其發表之言論所憑之證據資料原非真正，而其提出過程有惡意或重大輕率情形，且查與事實不符，只憑主觀判斷而杜撰或誇大事實，公然以貶抑言詞散布謠言、傳播虛構具體事實為不實陳述，而達於誹謗他人名譽之程度，自非不得律以誹謗罪責。.....」

### 第二目 簡要評析

最高法院刑事判決九十八年度台上字第四三三一號指出，若行為人就其發表之言論所憑之證據資料原非真正，而其提出過程有惡意或重大輕率情形，且查與事實不符，只憑主觀判斷而杜撰或誇大事實，公然以貶抑言詞散布謠言、傳播虛構具體事實為不實陳述，而達於誹謗他人名譽之程度，自非不得律以誹謗罪責。

## 第七款 最高法院刑事判決九十八年度台上字第二三二九號

### 第一目 判決要旨

「.....又司法院釋字第五〇九號解釋明確揭示行為人縱不能證明其言論內容為真實，然若能舉出相關證據資料足證其有相當理由確信其言論內容為真實者，因欠缺犯罪故意，即不得遽以誹謗罪相繩，亦即採取「真正惡意

原則」°.....°。」

第二目 簡要評析

最高法院刑事判決九十八年度台上字第二三二九號採取「真正惡意原則」，其指出「真正惡意原則」為；若能舉出相關證據資料足證其有相當理由確信其言論內容為真實者，因欠缺犯罪故意，即不得遽以誹謗罪相繩。

第八款 最高法院刑事判決九十八年度台上字第八六六號

第一目 判決要旨

「.....因此，倘為達特定之目的，對於未經證實之傳聞，故意迴避合理之查證義務，率行以發送傳單、舉行記者會、出版書籍等方式加以傳述或指摘，依一般社會生活經驗觀察，即應認為其有惡意。.....」

第二目 簡要評析

最高法院刑事判決九十八年度台上字第八六六號指出，雖採「真正惡意原則」。行為人對於資訊之不實已有所知悉或可得而知，卻仍執意傳播不實之言論，或有合理之可疑，卻仍故意迴避真相，假言論自由之名，行惡意攻訐之實者，即應加以處罰。

表 4.1:最高法院刑事判決 (2009、2010)

最高法院刑事判決九十九年度台上字第五〇三三號 (臺灣高等法院刑事判決 98 年度上訴字第 3367 號)	甲○○上訴駁回(甲○○意圖使候選人不當，以錄音、錄影傳播不實之事，足生損害於公眾及他人，累犯，處有期徒刑捌月，褫奪公權一年。)	是否經合理查證判斷是否有真正惡意；應盡何種程度之查證義務，始能認其有相當理由確信其為真實，而屬善意發表言論，應參酌行為人之動機、目的及所發表言論之散布力、影響力而為觀察。
最高法院刑事判決九十九年度台上字第五六〇號	上訴駁回	對於「事實陳述」之言

		論，係透過「實質（真正）惡意原則」予以保障，對於「意見表達」之言論，則透過「合理評論原則」。該指摘或傳述誹謗事項之行為人，證明其言論內容是否真實，其證明強度不必達到客觀之真實，透過「實質（真正）惡意原則」之檢驗，只要認行為人於發表言論時並非明知所言非真實而故意捏造虛偽事實，或並非因重大過失或輕率而未探究所言是否為真實致其陳述與事實不符，皆排除於第三百十條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。
最高法院刑事判決九十九年度台上字第六一九號（臺灣高等法院刑事判決 98 年度上訴字第 1887 號）（臺灣臺北地方法院刑事判決 98 年度訴字第 144 號）	檢察官上訴駁回（檢察官上訴駁回）（無罪）	基於合理懷疑，已做初步查證；以問號表示疑問，並未指明收賄對象，則縱未事先查證，惟以抽象而非肯定之語氣為表示，則不認為有真實惡意而認欠缺故意。
最高法院刑事判決九十八年度台上字第七五一四號（臺灣高等法院臺南分院刑事判決 98 年度選上訴字第 749 號）	檢察官上訴駁回（無罪）	據客觀上非屬『明知為不實之事項仍為捏造』之謠言或不實事項，所做的主觀評論；以及非專以損害他人名譽為唯一目的，且與公共利益有關之『評論』，則可阻卻故意與違法。
最高法院刑事判決九十八年度台上字第五八六八號	檢察官上訴駁回（無罪）	主觀上在於反擊、澄清對手之攻擊所為，依當時客觀情事，確有合理懷疑，即符合大法官釋字第五〇九號解釋認為行為人有相當理由確信其為真實者
最高法院刑事判決九十八年度台上字第四三三一號	上訴駁回（乙○○意圖	行為人就其發表之言論

<p>(臺灣高等法院刑事判決 97 年度重上更(四)字第 71 號)</p>	<p>使候選人不當選，以文字傳播不實之事，足以生損害於公眾及他人，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以銀元佰元即新臺幣玖佰元折算壹日，褫奪公權壹年)</p>	<p>所憑之證據資料原非真正，而其提出過程有惡意或重大輕率情形，且查與事實不符，只憑主觀判斷而杜撰或誇大事實，公然以貶抑言詞散布謠言、傳播虛構具體事實為不實陳述，而達於誹謗他人名譽之程度，自非不得律以誹謗罪責。</p>
<p>最高法院刑事判決九十八年度台上字第二三二九號 (臺灣高等法院臺中分院刑事判決 97 年度選上更(二)字第 273 號)</p>	<p>檢察官上訴駁回(無罪)</p>	<p>其指出「真正惡意原則」為若能舉出相關證據資料足證其有相當理由確信其言論內容為真實者，因欠缺犯罪故意，即不得遽以誹謗罪相繩。</p>
<p>最高法院刑事判決九十八年度台上字第八六六號(臺灣高等法院刑事判決 97 年度上訴字第 3558 號)</p>	<p>上訴駁回(甲○○意圖使候選人不當選，以文字傳播不實之事，足以生損害於公眾與他人，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，褫奪公權貳年。減為有期徒刑貳月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，褫奪公權壹年。)</p>	<p>雖採「真正惡意原則」。行為人對於資訊之不實已有所知悉或可得而知，卻仍執意傳播不實之言論，或有合理之可疑，卻仍故意迴避真相，假言論自由之名，行惡意攻訐之實者，即應加以處罰。</p>

資料來源: <http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>

## 第二項 民事判決

### 第一款 民事判決援引釋字五〇九號解釋「相當理由確信真實」與「真正惡意」原則

#### 第一目 最高法院民事判決九十七年度台上字第九七〇號

判決摘錄：「.....原審謂釋字第五〇九號解釋之適用範圍僅限縮於刑事不法

之認定，民法第一百九十五條名譽被侵害之規定，並無如刑法第三百十條第三項前段免責規定，縱行為人有相當理由確信其所指摘或傳述足以毀損他人名譽之事項為真實，亦不能據以免除其侵權行為之民事賠償責任等語，所持法律見解，非無可議。……」

## 第二目 最高法院民事判決九十六年度台上字第九二八號

判決摘錄：「……而民法上名譽權之侵害雖與刑法之誹謗罪不相同，惟刑法就誹謗罪設有處罰規定，該法第三百十條第三項規定「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」；同法第三百十一條第三款規定，以善意發表言論，對於可受公評之事，而為適當之評論者，亦在不罰之列。……是有關上述不罰之規定，於民事事件即非不得採為審酌之標準。申言之，行為人之言論雖損及他人名譽，惟其言論屬陳述事實時，如能證明其為真實，或行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，足認為行為人有相當理由確信其為真實者（參見司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋）；或言論屬意見表達，如係善意發表，對於可受公評之事，而為適當之評論者，不問事之真偽，均難謂係不法侵害他人之權利，尚難令負侵權行為損害賠償責任。又陳述之事實如與公共利益相關，為落實言論自由之保障，亦難責其陳述與真實分毫不差，祇其主要事實相符，應足當之……」。

## 第三目 最高法院民事判決九十五年度台上字第二三六五號

判決摘錄：「……是公務人員既有依法執行公務之職責，則批評公務員執行公務行為之言論，其內容縱有不實，且侵害被批評公務員之名譽，苟未具有「真正惡意」，應認均屬憲法所揭櫫言論自由之保障範圍，自無不法侵權行為可言。……」。

## 第四目 最高法院民事判決九十三年度台上字第一九七九號

判決摘錄：「……是行為人以善意發表言論，對於可受公評之事而為適當之評論，或行為人雖不能證明言論內容為真實，但所言為真實之舉證責任應有相當程度之減輕（證明強度不必至於客觀之真實），且不得完全加諸於

行爲人。倘依行爲人所提證據資料，可認有相當理由確信其爲真實，或對行爲人乃出於明知不實故意捏造或因重大過失、輕率、疏忽而不知其真偽等不利之情節未善盡舉證責任者，均不得謂行爲人爲未盡注意義務而有過失。縱事後證明其言論內容與事實不符，亦不能令負侵權行爲之損害賠償責任，庶幾與「真實惡意」(actual malice)原則所揭櫫之旨趣無悖。……」

#### 第五目 最高法院民事判決九十三年度台上字第八五一號

判決摘錄：「……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，有相當理由確信其爲真實者，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，亦不能令負侵權行爲之損害賠償責任。惟爲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，即應負侵權行爲之損害賠償責任。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爲減輕而已。……」

#### 第六目 臺灣高等法院民事判決 96 年度上字第 109 號

判決摘錄：「……申言之，行爲人之言論雖損及他人名譽，惟其言論屬陳述事實時，如能證明其爲真實，或行爲人雖不能證明言論內容爲真實，但依其所提證據資料，足認爲行爲人有相當理由確信其爲真實者(參見司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋)；或言論屬意見表達，如係善意發表，對於可受公評之事，而爲適當之評論者，不問事之真偽，均難謂係不法侵害他人之權利，尙難令負侵權行爲損害賠償責任。又陳述之事實如與公共利益相關，爲落實言論自由之保障，亦難責其陳述與真實分毫不差，祇其主要事實相符，應足當之……」

### 第七目 臺灣高等法院民事判決 95 年度上字第 1014 號

判決摘錄：「.....系爭節目報導事涉消費者權益，該內容並非全與共利益無關，核其內容屬言論自由之範疇，而對可受公評之事為善意之言論，屬於言論自由權之正當行使行為，得以阻卻違法事由，且系爭節目之報導，被上訴人等事前有經合理查證，並據實報導，而欠缺「真正惡意」，得免遭誹謗或損害賠償之訴追，未侵害上訴人之名譽權，亦難謂有何不法可言.....」

### 第八目 臺灣高等法院民事判決 95 年度上字第 775 號

判決摘錄：「.....是因言論自由而造成他人名譽之損害時，行為人能否藉言論自由以阻斷『不法』，應參酌上開法規意旨及大法官會議第 509 號解釋之精神，以為判斷之依據。又是否為善意言論，並不以自證真實為必要，凡行為人有相當理由確信其為真實者，縱事後發現與真實有所差別者，仍應認為符合善意原則，於民事責任上即得認為並無不法。其次，言論自由與名譽權之調整，如對公共性領域問題發表言論是否不法，當以是否具備真正惡意為斷。換言之，行為人以無任何依據之事實故意詆毀他人之名譽者即屬真正惡意，否則仍應受言論自由之保障。.....因媒體工作者無法如政府機關具有法律所賦予調查權，對於所傳述之事實自無法為實質真實之發現，對於媒體之注意義務更應從輕酌定，故新聞自由之行使，僅須具有公益性及非惡意性，即得免責，對於可受公評之事，如提出合理之訪問查證，有相當理由確信其為真實，不問事實之真偽，在民事上即不構成侵權行為。至於判斷有無合理查證時，不得要求其報導之內容必須絕對正確，或要求達於無可置疑地步，自不待言。則對媒體注意義務之要求，媒體僅須證明報導之事實已經相當查證，欲令媒體負擔民事侵權行為損害賠償責任之被報導者，除應證明媒體之報導違背客觀之注意義務，更應就媒體主觀之惡意負舉證之責任。.....」

### 第九目 臺灣高等法院民事判決 95 年度上字第 179 號

判決摘錄：「.....基於法律秩序之一致性，在民事侵權責任上，亦可認定並無不法、無違反保護他人之法律或非以背於善良風俗方法為之，而不負侵

權行為責任。是因言論自由而造成他人名譽之損害時，行為人能否藉言論自以阻斷「不法」，應參酌上開法規意旨及大法官會議解釋精神，以為判斷之依據。又是否為善意言論，並不以自證真實為必要，凡行為人有相當理由確信其為真實者，縱事後發現與真實有所差別者，仍應認為符合善意原則，於民事責任上即得認為並無不法。其次，言論自由與名譽權之調整，如對公共性領域問題發表言論是否不法，當以是否具備真正惡意（**actual malice**）為斷。換言之，行為人以無任何依據之事實故意詆毀他人之名譽者即屬真正惡意，否則仍應受言論自由之保障。.....是媒體報導對於可受公評之事，如提出合理之訪問查證，有相當理由確信其為真實，不問事實之真偽，在民事上即不構成侵權行為。至於判斷有無合理查證時，不得要求其報導之內容必須絕對正確，或要求達於無可置疑地步，自不待言。則對媒體注意義務之要求，媒體僅須證明報導之事實已經相當查證，欲令媒體負擔民事侵權行為損害賠償責任之被報導者，除應證明媒體之報導違背客觀之注意義務，更應就媒體主觀之惡意舉證證明。是本件係關於公共議題之新聞報導，如非惡意為詆毀之言論，仍有阻卻違法事由之適用。.....」

第一〇目 臺灣高等法院民事判決 93 年度上字第 848 號

判決摘錄：「.....為維護法律程序之整體性，司法院大法官會議第 509 號解釋於民事法中應予適用，而將該解釋文揭櫫之概念及刑法第 310 條第 3 項、第 311 條除外規定，亦置於民事個案中予以考量，而作為侵害名譽權行為之阻卻不法事由。.....」

第一一目 臺灣高等法院民事判決九十三年度上易字第七六號

判決摘錄：「.....再者，當公共議題領域之探討觸及與名譽權法益衝突而應予衡量調整時，源於表現自由憲法價值之言論自由，在基本人權清單中具有「優越性地位」，以免造成言論自由萎縮效果。因此關於公共議題之言論，應先被推定為正當合法權利之行使，此乃合憲性解釋之當然結果。當言論自由侵害名譽權時，即應就侵權行為構成要件之一「不法」要件，為一定程度之調整，如對公共性領域問題發表言論，當以是否具備真正惡意為斷。換言之，行為無任何事實依據，以詆毀他人之名譽為主要目的，即屬真正惡意，否則應受言論自由保障，其在刑事責任上得予免責，於民事



責任上，得為阻卻不法。……」

第一二目 臺灣高等法院民事判決九十二年度重上字第五三九號

判決摘錄：「……當言論自由侵害名譽權時，即應就侵權行為構成要件之一「不法」要件，為一定程度之調整，如對公共性領域問題發表言論，當以是否具備真正惡意（actual malice）為斷。換言之，行為無任何事實依據，以詆毀他人之名譽為主要目的，即屬真正惡意，否則應受言論自由保障。日本最高裁判所判例，早即認為自表意自由之觀點，凡與公共利益有關並為圖公益目的而能證明事實之真實性者，除得以免除毀損名譽罪責外，並得適用在民事侵權行為責任上（最高裁判所一九六六年六月二三日判決），質言之，刑法之免責事由，於民事侵權行為責任方面，同有阻卻不法效果，而得予援用。至所謂證明事實之真實性，大法官會議第五〇九號解釋即已認為，是否為善意言論，並不以自證真實為必要，凡行為人有相當理由確信其為真實者，縱事後發現與真實有所差別者，仍應認為符合善意原則，其在刑事責任上得予免責，同理，於民事責任上，得為阻卻不法。……」

第一三目 臺灣高等法院民事判決九十二年度重上字第四〇一號

判決摘錄：「……至所謂證明事實之真實性，大法官會議第五〇九號解釋即已認為，是否為善意言論，並不以自證真實為必要，凡行為人有相當理由確信其為真實者，縱事後發現與真實有所差別者，仍應認為符合善意原則，其在刑事責任上得予免責，同理，於民事責任上，得為阻卻不法。……」

第一四目 臺灣高等法院民事判決九十二年度上字第一五七號

判決摘錄：「……而所謂證明真實性，大法官會議第五〇九號解釋，是否為善意言論，並不以自證真實為必要，凡行為人有相當理由確信其為真實者，縱事後發現與真實有所差別者，仍應認為符合善意原則，其在刑事責任上即得予免責，同理，於民事責任上即得為阻卻違法。……而言論自由與名譽權之調整，如對公共性領域問題發表言論，是否不法，當以是否具備真正惡意（actual malice）為斷。換言之，行為人以無任何依據之事實故意

詆毀他人之名譽者，即屬真正惡意，否則仍應受言論自由之保障。……」

第一五目 臺灣高等法院臺南分院民事判決九十二年度上易字第九七號

判決摘錄：「……此即司法院釋字第五〇九解釋，為保障人民言論自由，所提出之「真實惡意」原則，因此，在適用上，即有論理上之先後問題。易言之，上訴人倘無法證明其散發之傳單內容為真實者，或並無刑法第三百一十一條免責事由，方有必要進而探求上訴人所為，是否具有真正惡意，合先敘明。……」

第一六目 臺灣高等法院民事判決九十年重上字第五六九號

判決摘錄：「……解釋亦揭示一原則，即行為人就其發表之言論所憑之證據資料，至少應有相當理由確信其為真實；且應提出證據資料說明依何理由確信所發表言論內容為真實，而非空言其發表之言論有所依據，否則仍涉有誹謗罪責自明。……被上訴人並無相當理由確信其報導之上開情事為真實，僅憑顯有可能偽造之「傳真函」、「借據」，未據合理查證，竟執意刊登足以損害甲〇〇名譽之新聞報導，依大法官會議第五〇九號解釋意旨，堪認被上訴人確有誹謗他人之故意與惡意。……」

第一七目 臺灣高等法院民事判決九十年上字第九三八號

判決摘錄：「……可認甲〇有相當理由確信其為真實，依前開大法官釋字第五〇九號解釋意旨，自具阻卻違法性，尚難認其在媒體上轉述許榮淑說自己很窮被遺棄之話語即應負侵權行為損害賠償責任。……」

第一八目 臺灣高等法院民事判決九十年重上更(一)字第一三號

判決摘錄：「……況參諸司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋精神，此種事涉社會大眾公共利益之事項，行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提出證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，亦受憲法言論自由之保障，益証被上訴人公司之受僱人並無何不法侵權行為可言。……」

第一九目 臺灣高等法院民事判決八十九年度上字第一二三九號

判決摘錄：「.....就事實方面，行為人如能證明所報導之事實為真實者，則限制侵權行為責任之成立，此乃為免一般人於意思表達之社會交談中動輒得究而過當限制人民自由，基於憲法第十一條就表現意見自由之保障意旨，乃增設此一事後客觀事由，用以限制侵權行為責任之成立，行為人為使此事後客觀條件不成就，雖不需證明其言論內容確實為真實，但需依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其所為之陳述為真實者，始足當之，司法院大法官釋字第五〇九號解釋可資參照。.....」

第二〇目 臺灣台北地方法院民事判決 99 年度北簡字第 14415 號

判決摘錄：「.....雖釋字第五〇九號解釋係就刑事責任所為，然稽其意旨實蘊含平衡憲法所保障之言論自由與名譽權之客觀規範，基於法律適用之一體性及法律體系內部之法和諧性，對於民事侵害名譽損害賠償事件亦應有適用。是以雖民法上侵權行為不分故意或過失均可成立，然參照上開大法官會議釋字第 509 號解釋意旨，如行為人非明知不實，而本於其查證之資料，確信其所指述之內容為真實，未杜撰虛捏或任意誇大，以毀損他人名譽之惡念，而對於可受公評之事，發表言論以表示其個人之看法與主張，縱事後證明與真相有所出入，仍不得遽認有侵害名譽之故意或過失。.....」

第二一目 臺灣臺北地方法院民事判決 98 年度訴字第 1197 號

判決摘錄：「.....是行為人以善意發表言論，對於可受公評之事而為適當之評論，或行為人雖不能證明言論內容為真實，但所言為真實之舉證責任應有相當程度之減輕（證明強度不必至於客觀之真實），且不得完全加諸於行為人，倘依行為人所提證據資料，可認有相當理由確信其為真實，或對行為人乃出於明知不實故意捏造或因重大過失、輕率、疏忽而不知其真偽等不利之情節未善盡舉證責任者，均不得謂行為人為未盡注意義務而有過失，縱事後證明其言論內容與事實不符，亦不能令負侵權行為之損害賠償責任，庶幾與「真實惡意」原則所揭櫫之旨趣無悖.....」

第二二目 臺灣臺北地方法院民事判決九十八年度訴字第五二六號

判決摘錄：「.....行爲人之言論雖損及他人名譽，惟其言論屬陳述事實時，如能證明其爲真實，或行爲人雖不能證明言論內容爲真實，但依其所提證據資料，足認爲行爲人有相當理由確信其爲真實者；或言論屬意見表達，如係善意發表，對於可受公評之事，而爲適當之評論者，不問事之真偽，均難謂係不法侵害他人之權利，尙難令負侵權行爲損害賠償責任.....」

第二三目 臺灣臺北地方法院民事判決 95 年度重訴字第 1129 號

判決摘錄：「.....大法官會議釋字第 509 號著有解釋可稽。故於公共性領域問題之報導或評論，美國判例創造所謂「真實惡意」(actual malice)原則，以調整新聞自由與名譽權之價值衡量.....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，有相當理由確信其爲真實者，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，亦不能令負侵權行爲之損害賠償責任.....」

第二四目 臺灣臺北地方法院民事判決 95 年度訴字第 4720 號

判決摘錄：「.....是因言論自由而造成他人名譽之損害時，行爲人能否藉言論自由以阻斷『不法』，應參酌上開法規意旨及大法官會議第 509 號解釋之精神，以爲判斷之依據。又是否爲善意言論，並不以自證真實爲必要，凡行爲人有相當理由確信其爲真實者，縱事後發現與真實有所差別者，仍應認爲符合善意原則，於民事責任上即得認爲並無不法。其次，言論自由與名譽權之調整，如對公共性領域問題發表言論是否不法，當以是否具備真正惡意爲斷。.....」

## 第二五目 臺灣臺北地方法院民事判決 94 年度重訴字第 1297 號

判決摘錄：「.....又所謂證明真實性，依上開解釋，是否為善意言論，並不以自證真實為必要，凡行為人有相當理由確信其為真實者，縱事後發現與真實有所差別者，仍應認為符合善意原則，其在刑事責任上即得予免責，同理，於民事責任上即得為阻卻違法。因民事責任與刑事責任相同，均在對行為人違反義務行為所課以之負擔，僅因違反社會性及影響之法益不同，而設定不同程序追究違反者之責任，民事事件對不法行為之制裁不亞於刑事制裁，對處罰程序較嚴者之刑事責任，大法官已作出上開解釋，以減經被告之舉證責任，則對制裁程度較輕或相等之民事責任，亦應類推適用。其次，言論自由與名譽權之調整，如對公共性領域問題發表言論，是否不法，當以是否具備真正惡意 (actual malice) 為斷。換言之，行為人以無任何依據之事實故意詆毀他人之名譽者，即屬真正惡意，否則仍應受言論自由之保障。.....」

## 第二六目 臺灣臺北地方法院民事判決 93 年度重訴字第 1327 號

判決摘錄：「.....退步言之，縱認為系爭報導係主觀評論，被告申○○亦已盡合理查證之注意義務並無過失，自不構成侵權行為.....又所謂「行為人有相當理由確信其為真實者」，係取決於新聞傳播媒體所為報導，「其事實是否確有消息來源」及「是否就該報導已為合理查證」，而上開內涵於民事侵權行為責任之認定，亦得適用。.....」

表 4.2:民事判決援引釋字五〇九號解釋「相當理由確信真實」與「真正惡意」原則

最高法院民事判決九十七年度台上字第九七〇號
最高法院民事判決九十六年度台上字第九二八號
最高法院民事判決九十五年度台上字第二三六五號
最高法院民事判決九十三年度台上字第一九七九號
最高法院民事判決九十三年度台上字第八五一號
臺灣高等法院民事判決 96 年度上字第 109 號
臺灣高等法院民事判決 95 年度上字第 1014 號
臺灣高等法院民事判決 95 年度上字第 775 號
臺灣高等法院民事判決 95 年度上字第 179 號

臺灣高等法院民事判決 93 年度上字第 848 號
臺灣高等法院民事判決九十三年度上易字第七六號
臺灣高等法院民事判決九十二年重上字第五三九號
臺灣高等法院民事判決九十二年重上字第四〇一號
臺灣高等法院民事判決九十二年上字第一五七號
臺灣高等法院臺南分院民事判決九十二年上易字第九七號
臺灣高等法院民事判決九十年重上字第五六九號
臺灣高等法院民事判決九十年上字第九三八號
臺灣高等法院民事判決九十年重上更(一)字第一三號
臺灣高等法院民事判決八十九年度上字第一二三九號
臺灣台北地方法院民事判決 99 年度北簡字第 14415 號
臺灣臺北地方法院民事判決 98 年度訴字第 1197 號
臺灣臺北地方法院民事判決九十八年度訴字第五二六號
臺灣臺北地方法院民事判決 95 年度重訴字第 1129 號
臺灣臺北地方法院民事判決 95 年度訴字第 4720 號
臺灣臺北地方法院民事判決 94 年度重訴字第 1297 號
臺灣臺北地方法院民事判決 93 年度重訴字第 1327 號

資料來源: <http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>

## 第二款 民事判決未援引適用釋字五〇九號解釋「相當理由確信真實」與「真正惡意」原則

### 第一目 最高法院民事判決九十六年度台上字第七九三號

判決摘錄：「……至於司法院大法官會議釋字第五〇九號雖謂……乃係針對刑法第三百十條誹謗罪之規定有無抵觸憲法保障人民言論自由基本權之疑義所作之解釋。惟名譽權之侵害非即與刑法之誹謗罪相同，名譽為人格之社會評價，名譽有無受損害，應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據，苟其行為足以使他人之社會上之評價貶損，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。……」

### 第二目 最高法院民事判決九十六年度台上字第六四八號

判決摘錄：「……上訴人於其餘文宣均僅指稱被上訴人貪污、不清廉，未言

及任何貪污或不清廉之具體情事，此為原審確定之事實，則原審謂此情形尚難認上訴人係善意發表言論，或係對於可受公評之事項為適當之評論，於法並無違背；本件事實，尙不涉及言論自由之保障，上訴人指原判決違背司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋，自無可取。……」

### 第三目 最高法院民事判決九十六年度台上字第三五號

判決摘錄：「……按民法上名譽權之侵害非即與刑法之誹謗罪相同，名譽有無受損害，應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據，苟其行為足以使他人之社會上之評價受到貶損，不論其為故意或過失，均可構成侵權行為……」

### 第四目 最高法院民事判決九十三年度台上字第一八〇五號

判決摘錄：「……刑法第三百十條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸，司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋著有明文。此乃係針對刑法第三百十條誹謗罪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。而八十九年修正施行前之民法第一百九十五條第一項規定之名譽權侵害與刑法之誹謗罪並非相同，名譽為人格之社會評價，名譽有無受損害，應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據，苟行為足以使他人之社會上之評價受貶損，不論其為故意或過失，均可構成侵害名譽權之侵權行為。……」

### 第五目 最高法院民事判決九十三年度台上字第八五一號

判決摘錄：「……至於司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋雖謂：……乃係針對刑法第三百十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，依民法第一百八十四條第一項、第一百九十五條第一項規定，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。……」

#### 第六目 最高法院民事判決九十年度台上字第六四六號

判決摘錄：「.....按名譽權之侵害非即與刑法之誹謗罪相同，名譽有無受損害，應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據，苟其行為足以使他人之社會上之評價受到貶損，不論其為故意或過失，均可構成侵權行為.....」

#### 第七目 臺灣高等法院民事判決 95 年度重上字第 1 號

判決摘錄：「.....此觀釋字第 509 號解釋之解釋理由書指出.....可知該解釋對於刑事不法與民事不法之區別有所體認，同時認為採民事賠償與回復原狀之法律效果作為制裁手段係對言論自由之適當限制，是釋字第五〇九號之適用範圍應僅限縮於刑事不法之認定，而不及於民事不法之認定。.....」

#### 第八目 台灣高等法院民事判決九十二年度上易字第九六六號

判決摘錄：「.....是以釋字第五〇九號之適用範圍應僅限縮於刑事不法之認定，而不及於民事不法之認定，況本件被上訴人根本未盡查證之義務，亦無相當證據及理由確信系爭報導為真實，尤無上開釋字第五〇九號解釋之適用可言，是以被上訴人援引前開釋字第五〇九號解釋作為免責事由，亦無可採。.....」

#### 第九目 臺灣高等法院高雄分院民事判決九十二年度上易字第一八六號

判決摘錄：「.....故名譽權之侵害非即與刑法之誹謗罪完全相同，名譽為人格之社會評價，名譽有無受損害，應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據，苟其行為足以使他人之社會上之評價受到貶損，不論其為故意或過失，均可構成侵權行為。是上訴人甲○○對上開大法官會議解釋顯有斷章取義之誤認，實無足採信。.....」

#### 第一〇目 台灣高等法院民事判決九十一年度上字第四〇三號

判決摘錄：「.....大法官對於刑事不法與民事不法之區別有所體認，同時認



為採民事賠償與回復原狀之法律效果作為制裁手段係對言論自由之適當限制，是釋字第五〇九號之適用範圍應僅限縮於刑事不法之認定，而不及於民事不法之認定。……」

第一一目 臺灣高等法院民事判決九十年度上字第五四二號

判決摘錄：「……故民法關於名譽被侵害之規定，並無如刑法第三百十條第三項前段之免責規定，縱行為人主觀上確信其所指摘或傳述足以毀損他人名譽之事項為真實，苟有過失，亦不能據以免除侵權行為賠償責任。……此觀前揭釋字第五〇九號解釋之解釋理由書……之意旨，對於刑事不法行為與民事不法行為為區別……」

第一二目 台灣高等法院民事判決八十九年度上字第八九三號

判決摘錄：「……此號解釋係對於刑法第三百十條規定是否違憲問題而為解釋，解釋文中並未提及有關毀謗之民事損害賠償責任問題，故此號解釋對於毀謗之民事賠償責任並無適用。再者，刑法上之毀謗罪係以故意為構成要件，而民法上之侵權行為責任係以故意或過失為構成要件，故民法上之侵權行為構成要件顯較刑法上之毀謗罪構成要件寬鬆，只要行為人有過失即可構成，並不要求行為人在主觀上必須具有故意或惡意。因此，上訴人雖辯稱：司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋，亦應適用於本件民法侵害名譽事件，以保障憲法新聞自由等語云云，並無可採……」

表 4.3:民事判決未援引適用釋字五〇九號解釋「相當理由確信真實」與「真正惡意」原則

最高法院民事判決九十六年度台上字第七九三號
最高法院民事判決九十六年度台上字第六四八號
最高法院民事判決九十六年度台上字第三五號
最高法院民事判決九十三年度台上字第一八〇五號
最高法院民事判決九十三年度台上字第八五一號
最高法院民事判決九十年度台上字第六四六號
臺灣高等法院民事判決 95 年度重上字第 1 號
臺灣高等法院民事判決九十二年度上易字第九六六號

臺灣高等法院高雄分院民事判決九十二年度上易字第一八六號

台灣高等法院民事判決九十一年度上字第四〇三號

臺灣高等法院民事判決九十年度上字第五四二號

台灣高等法院民事判決八十九年度上字第八九三號

資料來源: <http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>

### 第三款 民事判決明示不適用釋字第五〇九解釋，但援引「真正惡意」原則為判斷標準

#### 第一目 臺灣高等法院民事判決 99 年度上更（一）字第 29 號

判決摘錄：「……是釋字第五〇九號之適用範圍應僅限縮於刑事不法之認定，而不及於民事不法之認定。惟在憲法為法律之最高位階概念下，上開解釋所揭櫫之「真實善意不罰原則」，應屬普世共通原則，足資作為平衡憲法所保障之言論自由與名譽權之間所作出之客觀規範，當亦得作為認定民事上是否侵害名譽權，構成侵權行為責任之個案判斷標準。……」

#### 第二目 臺灣高等法院民事判決 94 年度上易字第 852 號

判決摘錄：「……可知大法官對於刑事不法與民事不法之區別有所體認，同時認為採民事賠償與回復原狀之法律效果作為制裁手段係對言論自由之適當限制，是釋字第五〇九號之適用範圍應僅限縮於刑事不法之認定，而不及於民事不法之認定。……更何況民事侵權行為法，關於人格權、名譽權保護的發展趨勢，對於與言論自由的衡平，大多以真實惡意原則為審查，並以可罰之違法性，據為個案判斷標準（參閱前大法官王澤鑑著人格權保護的發展趨勢）。上訴人明知為不實事項，仍使用攻訐他人之用語攻擊被上訴人，顯不符真實惡意原則，並有可罰之違法性，難認無侵害被上訴人名譽權之情事……」

表 4.4: 民事判決明示不適用釋字第五〇九解釋，但援引「真正惡意」原則為判斷標準

臺灣高等法院民事判決 99 年度上更（一）字第 29 號

臺灣高等法院民事判決 94 年度上易字第 852 號

資料來源: <http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>

### 第三項 小結

據上所述，法院之刑事判決中，對於刑法第三一〇條第三項所謂真實證明條款，可以免責之規定，在是否「真實」之認定上，並非謂絕對客觀的真實，而是從寬認定行為人有相當理由確信其為真實，即認為行為人具有誹謗罪之阻卻違法事由。可看出已因大法官釋字第五〇九號解釋之出爐，已使法院在刑事判決上，於引用行為人有相當理由確信其為真實者，以真正惡意原則為其內涵。換言之，惡意散布不真實之言論，始為誹謗罪制裁之對象。大法官釋字第五〇九號解釋自保障最重要的基本權利言論自由出發，呈現其在社會變遷需求中，所尋繹出保障名譽之平衡點。而在法院之民事判決中，大法官釋字第五〇九號解釋之意涵，始終未能一體適用，而擺盪於適用與否之兩端。惟無論如何，合理查證之模式，應已為多數法院之民事判決所採擇之判斷標準。

## 第三節 刑法妨害名譽罪之規定與分析

### 第一項 公然侮辱罪之構成要件

#### 第一款 客觀構成要件要素：

##### 第一目 行為主體

僅須為自然人，而具有意思能力與行動能力者。至於法人是否也同為刑法上適格之行為人，我國通說向來否定法人之「犯罪能力」，亦即認為法人

在刑法上並不能成爲適格之行爲人<sup>133</sup>。

## 第二目 行爲客體：

行爲人以外爲具有感情名譽之一切特定之自然人。如無從特定爲何人，則無從成立本罪<sup>134</sup>。例如，司法院院解字第三八〇六號解釋文：「……既非對於特定人或可推知之人所發之言論自不構成刑法第三百零九條及第三百一十條之罪。」該解釋文所解釋之事實爲：「……有律師某甲競選立法委員在報章發表意見一則內有一段略謂查現行刑法之訂定凡公務員有犯瀆職貪污罪之嫌疑者均由法官審判而法官之犯瀆職貪污罪者又歸法官審判以法官審法官以貪污審貪污按諸法理顯有弊端若謂法官犯法無須辦罪者未免笑話云云……」，故如係「非對特定人或可得特定推知之人所發之言論」，便不符合此之構成要件要素。

而對於公然侮辱罪中「公然侮辱人者」，「人」的意涵是否包含法人在內，學說通說認爲法人團體也有社會評價，所以法人團體可以爲公然侮辱罪之行爲客體；日本判例大致也採相同見解<sup>135</sup>。

我國實務見解亦同此見解，例如，臺灣高等法院高雄分院九十五年上易字第六五〇號判決：「所謂公然侮辱人者，被侮辱之人包括法人在內」

---

<sup>133</sup> 採否定說立場；林山田，刑法通論（上冊）（增訂十版），2008年1月，頁205。同樣持否定立場者：黃榮堅，基礎刑法學（上），頁119；張麗卿，刑法總則理論與運用，2003年，頁120；林東茂，刑法綜覽三版，頁1-79。劉明宜，論刑法誹謗罪—從大法官釋字第五〇九號解釋談起，國立中正大學法律研究所，2002年碩士，頁52；張志隆，國立成功大學法律學系碩士論文，公然侮辱與誹謗罪規範之適用與區辨，2005年7月，頁57-58。另參照陳子平，刑法總論（上），元照，2005年5月，頁132；「<sup>①</sup>若採否定說立場，對於處罰犯罪能力之法人之規定，應被理解爲違反憲法而無效；然而絕大多數之否定說論者，卻不認爲此等規定違反憲法而無效，此乃由於否定說雖否定法人之「犯罪能力」，卻承認法人之「受刑能力」，而此種觀點，實又違反近代刑法「犯罪主體與受刑主體必須一致」之基本原則。此外，雖亦有「於刑法上否定法人之犯罪能力而於行政刑法上從行政刑法之特殊性觀點承認法人之犯罪能力」之主張，然刑事犯與行政犯之區別，具有相當之流動性、相對性，以此做爲法人刑事責任之基礎根據的基準，自有其不明確性」；另頁133；法人處罰形式「代罰規定」（轉嫁罰規定）、「兩罰規定」。

<sup>134</sup> 甘添貴，同前揭註115，頁414。

<sup>135</sup> 謝庭晃，論刑法對名譽感情的保護，刑事法雜誌第50卷3期，2006年6月，頁114-115。

### 第三目 行爲：

#### A 侮辱

所謂侮辱，乃以抽象之言語或舉動，對他人為輕蔑表示之行爲。易言之，乃對他人為有害於感情名譽之輕蔑表示。侮辱方法，並無限制，不問其為口頭、文書、圖書或姿態、動作，均無不可。不作為，如已逾越單純失禮之程度者，有時亦得成立侮辱。例如，有向特定人敬禮之義務，而故不敬禮是<sup>136</sup>。

使人難堪之意為侮辱，例如，臺灣高等法院臺中分院九十一年度上易字第二二二五號判決「.....按所謂「侮辱」，即輕蔑而使人難堪之意.....」。另，如係具體指摘某事實，則有可能該當誹謗罪之要件，實務上認為，若未指有具體事實，僅以抽象之言語輕蔑表示則為公然侮辱罪；反之，若指有具體事實而意圖散布於眾而指摘或傳述者，則為誹謗罪。例如，司法院院字第二一七九號解釋文：「.....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。自應成立刑法第三百十條第一項之誹謗罪。倘僅謾罵為娼。並未指有具體事實。仍屬公然侮辱。應依同法第三百零九條第一項論科。」

#### B 強暴侮辱

所謂強暴，乃指對於被害人施以不法腕力或體力，而加侮辱。例如，當眾打耳光、以污水潑人、強拉他人的裙子或褲子使其脫落、或強拉他人至街示眾等<sup>137</sup>。

### 第四目 情狀

司法院院字第二〇三三號解釋文：「公然侮辱罪之情狀要素為「公然」，刑法分則中公然二字之意義。祇以不特定人或多數人得以共見共聞之狀況為

---

<sup>136</sup> 甘添貴，同前揭註 115，頁 415-416。

<sup>137</sup> 林山田，同前揭註 114，頁 259。

已足。……」另大法官釋字第一四五號，解釋文中指出：「本院院字第二〇三三號解釋，所謂多數人，係包括特定之多數人在內，至其人數應視立法意旨及實際情形已否達於公然之程度而定。應予補充釋明。」

## 第二款 主觀構成要件要素：

本罪為故意犯，學說上認為包括直接故意與未必故意，至於行為人是否有損害他人名譽之意圖，則非所問<sup>138</sup>。

## 第二項 誹謗罪之構成要件

### 第一款 客觀構成要件要素：

#### 第一目 行為主體

僅須為自然人，而具有意思能力與行動能力者。民意代表，於會議時所為無關會議事項之不法言論，亦得成立本罪。例如，對於地方議會議員在會議時所為言論之保障，其意涵為何，司法院院解字第三七三五號解文指出：「縣參議員在會議時所為無關會議事項之不法言論仍應負責。」大法官釋字第一二二號解釋文進一步肯認之：「地方議會議員在會議時所為之言論，應如何保障，憲法未設有規定。本院院解字第三七三五號解釋，尚不發生違憲問題。」並再於大法官釋字第一六五號解釋中，補充大法官釋字第一二二號之解釋指出：「地方議會議員在會議時就有關會議事項所為之言論，應受保障，對外不負責任。但就無關會議事項所為顯然違法之言論，仍難免責。本院釋字第一二二號解釋，應予補充。」

#### 第二目 行為客體

本罪之行為客體，為「他人」。司法院院字第五三四號解釋文指出：「……

---

<sup>138</sup> 甘添貴，同前揭註 115，頁 418。

所謂人與他人。應包括法人在內。……」

### 第三目 行爲

#### A 誹謗行爲

指摘，乃指示摘發，即就某種事實予以揭發之行爲。傳述，則爲宣傳轉述，即就已揭發之事實予以宣傳轉述之行爲。所指摘或傳述者，須爲足以毀損他人名譽之事，始能構成本罪。祇須其所指摘或傳述之事實，具有害於他社會評價之危險，即足當之；實際上他人之社會評價是否已受影響，並非所問。指摘或傳述之方法，無何限制，且不以公然爲必要，縱係私相傳述，亦得成立。惟不問係依何種方法，祇須處於使第三人得予認識之狀態爲已足，他人已否認識，甚或無人認識，亦屬無妨。至於只要有害於他人名譽之具體事實，亦即有使他人名聲可能產生負面評價之具體事實，均屬「足以毀損他人名譽之事」，而他人的社會評價是否真受影響則非所問。如係抽象事實，或僅爲意見或價值判斷之表示，則可能成立侮辱罪，而非本罪。指摘或傳述之事實，不問其爲真實之事實抑或虛偽之事實，亦不論其爲過去之事實、現在之事實抑或將來之事實，祇須足以毀損他人之名譽者，均包含在內<sup>139</sup>。

#### B 加重誹謗行爲

刑法第三百十條第二項之加重誹謗罪，係以意圖散布於眾，散布文字、圖畫而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事爲構成要件。故若以投書報紙、刊登雜誌、印發傳單、張貼通衢或沿途散發是。蓋其流傳較廣，危害較重，特予加重其刑<sup>140</sup>。

---

<sup>139</sup> 甘添貴，同前揭註 115，頁 426-428。

<sup>140</sup> 甘添貴，同前揭註 115，頁 426-429。

## 第二款 主觀構成要件要素：

行爲人主觀上必須具有誹謗故意與散布於眾的不法意圖，而爲本罪的誹謗行爲，始能成立本罪。行爲人只要對其指摘或傳述的事足以損害他人名譽有所認識，並且進而決意加以指摘或傳述該事件的具體內容的主觀心態，即具有誹謗故意。至於其所指摘或傳述的事是否爲真實，或行爲人是否確認該事爲事實，均在所不問。行爲人散布於眾的意圖，係指傳播於不特定多數人，使大眾週知的不法意圖。行爲人已具散布於眾的不法意圖，指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，縱使其所傳述之事，尙未達眾所週知的程度，也不影響本罪的成立<sup>141</sup>。

## 第四節 民法侵害名譽權之規定與分析

### 第一項 損害賠償請求權

#### 第一款 請求權基礎

##### 第一目 侵權行爲成立要件<sup>142</sup>

##### A 構成要件該當性

須有加害行爲、須侵害權利及責任成立因果關係<sup>143</sup>。

---

<sup>141</sup> 林山田，同前揭註 114，頁 262-263。

<sup>142</sup> 姚志明，侵權行爲法，元照 2005 年 2 月，初版，頁 6。

<sup>143</sup> 48 年台上字第 481 號判例：『損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係爲成立要件。故原告所主張損害賠償之債，如不合於此項成立要件者，即難謂有損害賠償請求權存在。』



## B 違法性（行爲須爲不法）

直接侵害：結果不法說、間接侵害：行爲不法說。即須有違法性，且不具阻卻違法事由。

## C 歸責

歸責事由：行爲人須有故意或過失、歸責能力：行爲人須有責任能力。即須有故意或過失。

### 第二目 損害賠償

具備前揭要件時，被害人得請求損害賠償。關於財產上損害，被害人得請求回復原狀或金錢賠償（民法第二一三條以下）。關於非財產上損害，被害人得請求慰撫金或回復原狀的適當處分（民法第一九五條第一項）<sup>144</sup>。

### 第二項 保護請求權

民法第十八條第一項規定：「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。」學說上稱之爲人格權保護請求權，包括侵害除去請求權及妨害防止請求權。此二種請求權的成立須以一、人格權受侵害；二、其侵害具有不法性爲要件。至於加害人有無故意或過失，在所不問。

名譽權爲人格權之一種，自有民法第十八條第一項規定保護請求權的適用。關鍵問題在於侵害名譽權違法性的認定，其判斷基準應同於損害賠償請求權上的違法性<sup>145</sup>。

---

<sup>144</sup> 王澤鑑，同前揭註 116，頁 35-36。

<sup>145</sup> 王澤鑑，同前揭註 117，頁 36。

## 第五節 法益衡量與舉證責任問題

### 第一項 前言

基本權利之保障，有賴更具體之相關實體法規範，對於使基本權利落實於實體法得以展現，則尚須透過訴訟程序。大法官釋字第 243 號解釋文所揭示之：「……方符有權利即有救濟之法理。……」有權利即有救濟，有救濟斯為權利，這是大法官解釋闡釋引用之法律原則。

在大法官釋字第 509 號解釋中，對於指摘或傳述誹謗事項之行為人是否該當誹謗罪，則闡明「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」。

據此可知，有救濟斯為權利，救濟須透過訴訟程序，訴訟程序過程中，厥為重要者為舉證責任。誠如法諺所云：「舉證責任之所在，敗訴之所在。」足見舉證責任法則對於訴訟程序勝敗之重大影響。此外，因為民事訴訟及刑事訴訟之目的與本質有所不同，「舉證責任之所在，敗訴之所在。」，主要係指民事訴訟，負擔舉證責任之一造當事人，必須承受最後事實不明不利益之負擔而言。蓋在刑事訴訟乃確定國家具體刑罰權之有無，在最後事實真偽不明，被告在「無罪推定原則」之保護下，法院仍應為被告無罪之判決，而非勝訴、敗訴之觀念。

大法官釋字第 509 號解釋內容，涉及者為刑法之誹謗罪，且其中並牽涉第 509 號解釋意旨是否適用於民事事件，而大法官釋字第 656 號解釋，則為民事侵權行為回覆名譽之適當處分問題。並且，有關「真正惡意原則」係援引自美國法院之判決與學理，然而，美國有關刑事訴訟程序舉證責任之制度與我國尚有差異。故此，均有必要了解「舉證責任」於我國刑事、民事上之學理及實證法之規定，以進一步明瞭在言論自由與名譽權之衝突調和時，如何結合舉證責任之相關內容，以達實踐和諧原則之呈現。

### 第二項 我國刑事舉證責任

刑事訴訟法第一百五十四條第二項：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」犯罪事實固應依證據認定之，惟此證據究從何來，各國刑事

訴訟法依其立法例之不同而有區別，在採當事人原則之立法例，以訴之主張及舉證責任，應由當事人負擔，法院僅就當事人所主張及舉證加以判斷；在採職權原則之立法例，則以證據之蒐集與調查，乃屬法院之職權，故法院應依職權調查證據，非調查之途徑已窮，不得遽為事實之認定。例如，最高法院 49 年台上字第 873 號判例要旨指出：「審理事實之法院，對於案內一切證據，除認為不必要者外，均應詳為調查，然後基於調查所得之心證以為判斷之基礎，故證據雖已調查，而尚有其他必要部分並未調查，仍難遽為被告有利或不利之認定。」檢察官有舉證責任，被告則受「無罪推定原則」及「不負自證已罪之義務」之保障，並無舉證責任<sup>146</sup>。

舉證責任，一般區分為主觀與客觀之舉證責任。舉證責任的重心與本質，在於客觀之舉證責任，即待證事實至審理最後時點仍然無法確定或未經證明時的法律效果問題。在採行兩造訴訟的民事財產訴訟，負客觀之舉證責任之一造當事人，必須承受最後事實不明時的不利益負擔，即敗訴結果。在兩造訴訟的結構底下，由客觀之舉證責任進而衍生主觀之舉證責任的概念，即當事人為避免敗訴起見，負有以自已之舉證活動來證明系爭事實之責任。此種責任僅存在於兩造訴訟的結構<sup>147</sup>。

基於諸多之結構性因素，上開從民事財產訴訟發展而來的舉證責任規則，並不能直接套用到刑事訴訟，是以，嚴格而言，在刑事訴訟法中，並無相當於前述民事財產訴訟的舉證責任概念。主要原因為，我國刑事訴訟法並非兩造訴訟的結構。法院受調查原則之支配（雖刑事訴訟法在二〇〇二年一月就法院的調查角色

---

<sup>146</sup> 林俊益，刑事訴訟法概論（上冊），學林文化，2003年4月3版，頁419。在公判程序中，有關被告有罪之部分，其證明之責任（舉證責任）應在於追訴者，追訴者無法提出被告有罪之證明時，應認為被告為無辜者（無罪推定原則之體現）相對地，被告發或被起訴之被告本身並無義務（責任）證明自己無罪（無證無罪之義務）；參照黃朝義，無罪推定原則 論刑事訴訟程序之運作，五南圖書，2002年10月，頁14-15。檢察官對被告犯罪事實，負有提出證據責任及說服責任，一般均無爭執。基於「無罪推定」的原則（Presumption of Innocence），被告被推定為無罪，被告無庸舉證證明自己為無罪；參照王兆鵬，刑事訴訟講義（二），元照，2003年4月2版，頁228。在刑事訴訟上無論是採用廣義或狹義的舉證責任，被告都可不負任何主張或舉證的責任；參照陳宏毅，改良式當事人主義下被告在刑事訴訟程序中的舉證問題，刑事法雜誌第50卷第3期，2006年6月，頁59。

<sup>147</sup> 林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明-兼評大法官釋字第五〇九號解釋，臺大法學論叢第32卷第2期，2003年3月，頁85。

作了一些調整，但是並未完全解除其澄清義務，至少就對被告有利的真實性問題，法院還是「應」依職權調查證據；刑事訴訟法第一六三條第二項：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」修法理由：「一、凡與公平正義之維護或被告利益有重大關係事項，法院仍應依職權調查之。至於如何衡量及其具體範圍則委諸司法實務運作及判例累積形成。爰將本條原第一項，法院因發見真實之必要，「應」修正為「得」，移列為第二項，並增列但書規定。」) 在告即應理的控訴原則範圍之內，法院本身負有發現事實真相的澄清義務，不受當事人主張聲明之拘束，因此，整個調查證據程序之結構，與兩造訴訟迥異。其次，檢察官之地位，無法純從兩造訴訟的底下的原告地位來解釋。例如，檢察官本身負有對於被告有利或不利事項一律注意之客觀性義務。再者，於刑事訴訟，法院的裁判規則受到諸多刑事訴訟特有的原理所支配，尤其是罪疑唯輕與無罪推定之原則。據此，法院就被告犯罪事恰，必須達到毫無合理懷疑的確信心證程度，始能為有罪判決。這兩項原則，並存在於兩造訴訟，也與其客觀舉證責任的原理有別，但卻是刑事法院於基礎事實至最後審理時點仍未獲得完全澄清或重要事證無法查明之際，支配法院的「裁判規則」。由此可知，不但民事財產訴訟的舉證責任分配原則，無法解釋刑事法院的舉證責任問題，甚至於連適用職權探知主義（即調查原則）的人事訴訟程序，也和刑事法院適用的原則有別。總而言之，對刑事法院而言，關鍵僅在於被告犯罪事實客觀上「是否被澄清了」，至於主觀上「什麼人澄清了這件事」，根本不是重點所在。這種特性，完全無法從兩造訴訟與其舉證責任的分配規則來理解<sup>148</sup>。

### 第三項 民事舉證責任分配之一般原則

#### 第一款 前言

法院為裁判之際，必須先就為裁判基礎之事實關係確定其是否存在，然後始

---

<sup>148</sup> 林鈺雄，同前揭註 147，頁 85-87。其他見解：仍以主、客觀舉證責任說明刑事舉證責任，且對於被告不負主觀舉證責任認為並非即轉由檢察官承擔；林麗瑩，刑事法上的舉證責任—有疑則利被告原則、被告不自證己罪原則，月旦法學雜誌，133 期，2006 年 6 月，頁 7 月下。

能適用法律以判斷其法律效果<sup>149</sup>。易言之，法院之裁判活動，係以認事、用法為其核心，而舉證責任分配法則，即與法院之認事活動有密不可分之關係。如同法諺所云「舉證責任之所在，敗訴之所在」，其一語道出舉證責任分配於訴訟程序所居之樞紐地位。舉證責任分配法則不僅係法院認事之基準（其同時在闡明程序，於法院亦有指導作用），其實亦具有充當訴訟當事人之行為準則。因而，在訴訟程序上，舉證責任分配法則之意義，毋寧係屬多重<sup>150</sup>。而民事訴訟法第二七七條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任。」於民國八十九年二月修正時增訂但書規定：「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」立法者於立法理由認為，我國現行法就舉證責任之分配，於本條設有原則性之概括規定，在適用上固有標準可循。惟關於舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，於具體事件之適用上，自難免發生困難，故最高法院於判例中，即曾依誠信原則定舉證責任之分配。尤以關於公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則，故於原條文之下增訂但書，以資因應<sup>151</sup>。而舉證責任分配法則係一總體概念，其尚可分區分為舉證責任一般原則（規則）與舉證責任減輕二者，並以前者為原則，後者為例外。於前開法條而言，基本上，民事訴訟法第二七七條本文應即為舉證責任分配一般原則之明文化，至於同法條但書，則為舉證責任減輕之規定<sup>152</sup>。本文即以舉證責任分配一般原則內容為論述重點。

## 第二款 舉證責任之概念

法院依法律三段論法，以法律為大前題，事實為小前題，以下判決。而在通常訴訟程序，一般認為所謂辯論主義係指：關於裁判所需基礎事實之確定，將其必要資料之提出或蒐集（事實之主張、證據之聲明）認屬當事人權能及責任之原

---

<sup>149</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法，三民書局，94年3月，修訂四版，頁481。

<sup>150</sup> 姜世明，新民事證據法論，94年4月1日，頁181。

<sup>151</sup> 陳榮宗、林慶苗，同前揭註149。

<sup>152</sup> 姜世明，同前揭註150。

則<sup>153</sup>。而法院所認定之事實，為法院主觀的事實，並非客觀的事實。若當事人所主張之事實經法院調查證據結果，其存在或不存在之問題獲得確定者，則不生待證事實存否不明之現象，從而亦不發生法院無法適用法律以裁判之情形。萬一，法院及雙方當事人由於缺乏證據，無法使待證事實存否問題明確時，則在訴訟上發生待證事實存否不明之現象。此際，法院不得以待證事實存否不明為理由，拒絕對該訴訟為裁判，因而發生法院對該訴訟應如何為裁判之問題。法院之裁判，如非為原告敗訴之判決，則為原告敗訴之判決，別無其他選擇方法。面對此種敗訴判決之不利情況，法院及雙方當事人必問，何人應就何種待證事實為舉證？於事實存否不明之場合，何人應遭受敗訴判決？此種法律問題為民事訴訟法上所謂舉證責任之分配問題。<sup>154</sup>

在民事訴訟事件中僅要求法院達到蓋然之心證<sup>155</sup>，即可認定該事實，然因人類認識能力之不完全，以及認識之方法受到限制，故難免發生事實真偽不明(non liquet)<sup>156</sup>之情形。在此種情形時，如前所述，法院亦不得以事實真偽不明為藉口，而拒絕下判決。例如：在請求返還借款之訴，原告請求法院判決被告應給付原告借款本金若干元及利息若干元。而被告則主張原告未曾交付該款項，或雖曾交付但並非消費借貸（民法第四七四條以下）而係贈與（民法第四〇六條以下）者，以「否認」原告之主張。或提出該借款業經返還與原告之「抗辯」。法院至最後（言詞辯論終結時），斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證，如尚未能判斷事實之真偽，亦不得以此為藉口，而拒絕下判決。此時，惟有以因某事實之真偽不明而生之不利益，歸於一造當事人，亦即使其受敗訴之判決。以前述之例言之，原告是否曾交付借款之事實真偽不明時，應判決原告敗訴，反之，被告是否已返還借款之事實真偽不明時，則應判決被告敗訴。而所以決定何造當事人應受不利益（敗訴）者，乃舉證責任之諸原則也。當事人因某事實之真偽不明而

<sup>153</sup> 邱聯恭，程序選擇權論，94年9月10日初版，頁99。

<sup>154</sup> 陳榮宗、林慶苗，同前揭註149。

<sup>155</sup> 心證之強度得分 1.微弱之心證 2.蓋然之心證 3.蓋然之確實心證 4.必然之確實心證。基於微弱之心證不得成立肯定判斷。基於蓋然之心證而為之判斷為蓋然之判斷（似乎有此事實，如無反證即可做如此認定）。基於蓋然之確實心證而為之判斷為確然之判斷（有此事實）。基於必然之確實心證而為之判斷為必然之判斷（確實有此事實）。中島弘道「舉證責任的研究」頁92以下參照。

<sup>156</sup> 所謂真偽不明(non liquet)，係指窮盡所有合法證據方法之調查，法院仍就某於判決具重要性事實之存在，無法獲得確信。

受不利益（敗訴），故謂就該事實負有舉證責任（Beweislast）。以前例言之，原告就交付借款之事實負有舉證責任，被告就返還借款之事實負有舉證責任。因此，當事人間對事實若無爭執，或雖有爭執，而法院對其真偽已得蓋然之心證時，則不發生舉證責任之問題。又以法院乃知悉法律為前提，故縱使法院對於法律及法律概念之適用有懷疑時，亦屬於法律問題，非如事實問題之可令當事人負擔舉證責任，而應由法院依職權探知之。由上可知，法院於最後（言詞辯論終結時）仍未能判斷事實之真偽，此時惟有依舉證責任之原則而下判決，此即舉證責任諸原則之功能也。<sup>157</sup>

### 第三款 客觀之舉證責任與主觀之舉證責任

#### 第一目 概說

欲適用之法律規定其要件事實被認定為偽時，與真偽不明，兩者結果相同，即就該事實負有舉證責任之當事人，均應受敗訴之判決。因此，學者中有以為事實若不能被認定為真時，即應認其為偽，無所謂事實真偽不明之情形。然此種見解並不正確，蓋民事訴訟法第二二二條一項雖規定：「法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。」然此並非謂，法院僅得就真、偽二者擇一決定，而係容許法院依自由心證判斷事實之真偽。如果以法院不能認定該事實為真，即應視其為偽，則實抹殺自由心證主義之宗旨。法院未能確定該事實為真時，與認定其為偽，發生相同之結果，此乃須先有舉證責任概念之存在為前提，然後始可言之者也。而所以導致事實真偽不明之原因者，不問其為當事人不為舉證活動，或雖努力為之然終歸失敗，或為對造所舉之反證獲得成立也。亦即與負有舉證責任當事人之舉證活動無關也，蓋以當事人雖為舉證活動，未必即能避免發生真偽不明之情形，反之，不為舉證活動，亦未必即發生真偽不明之情形。但當事人為避免敗訴為萬全計，在訴訟過程中將致力於證明自己有利而當事人間有爭執之事實。如此，當事人為避免敗訴負有以自己之舉證活動證明該事實之責任，此種責任稱為主觀的舉證責任，證據提出責任，或形式的

---

<sup>157</sup> 駱永家，民事舉證責任論，台灣商務印書館股份有限公司，2003年4月初版第十次印刷，頁42、43。

舉證責任，為行為責任，此為舉證責任概念之一側面。而前述因法律規定之要件事實最後尚真偽不明，當事人所受之不利益（敗訴），稱為客觀的舉證責任，確定責任，或實質的舉證責任，為結果責任，此乃與當事人之舉證活動無關也。<sup>158</sup>

## 第二目 客觀之舉證責任

客觀之舉證責任又稱為確認責任或實質舉證責任。其所指涉問題之內容，為某事實主張無法獲得確認時，將導致何種後果。亦即，何一當事人將因此事實真偽不明事態承擔不利益。此種舉證責任非關加諸於當事人之負擔，而係指涉一法院取向之規則。其功能乃用以克服事實真偽不明情況，不僅於採取辯論主義之訴訟程序有此種舉證責任，即於職權探知主義之訴訟程序亦有之。客觀舉證責任不僅於程序終結階段，於法院裁判時，充當法院認事之基準；其於訴訟前，對當事人之蒐證或保存證據行為，與訴訟中之當事人證據提出，均有所作用。<sup>159</sup>亦即此係提供法院就該項待證事實應如何為認定之裁判準則，從而使法院之判決能有最後之結果為制度之目的。例如，原告起訴主張對被告有借款一百萬元存在，要求法院判令被告返還原告借款一百萬元。依客觀的舉證責任，原告債權人必須就被告向其借款一百萬元之事實為證明，若原告無法為證明，則有無借款一百萬元之事實不明，法院無從認定有借款一百萬元之事實，從而無法適用民法所規定之法律效果（民法第四七八條），命令被告債務人返還借款一百萬元。此際，因原告債權人對於有借款一百萬元之事實應負舉證責任，所以於待證事實不明時，法院應為原告債權人之敗訴判決。此係依客觀的舉證責任，原告債權人在訴訟上最後遭受不利結果。<sup>160</sup>

## 第三目 主觀之舉證責任

所謂主觀之舉證責任，又稱為形式之舉證責任，或證據提出（使用）責任。此一舉證責任，係一真正加諸於當事人之負擔。其意義乃指，當事人為避免敗訴，經由自己行為提出使用一爭議事實之證據。亦即，於訴訟中何一當事人應就某一

---

<sup>158</sup> 駱永家，同前揭註 157，頁 44-45。

<sup>159</sup> 姜世明，同前揭註 150，頁 182。

<sup>160</sup> 陳榮宗、林慶苗，同前揭註 149，頁 482。



特定構成要件予以證明。<sup>161</sup>而客觀的舉證責任所提供之供裁判之準則，在訴訟審理過程中，成為雙方當事人設法努力提出證據，俾能達成有利於自己結果之努力目標。就此而言，客觀之舉證責任，對於雙方當事人之舉證活動，具有一定之壓力作用。而此種為獲取法院之有利於自己之心證而設法提出證據之必要性，即為前述之主觀舉證責任。<sup>162</sup>因此，一般認為客觀舉證責任居於主要地位，且決定主觀舉證責任之範圍。此一所謂主觀之舉證責任，僅存在於採取辯論主義之訴訟程序。而其作用乃在於「使誰要得到有利益之判決，誰即須提出對自己有利益之證據。因此，此際之舉證責任，即變成法院訴訟指揮之指標，亦成為當事人舉證活動之方針<sup>163</sup>。」例如，依前揭借款一百萬之事例而言，倘原告債權人舉出證人甲到庭，證明某年某月某日，其在原告家中看到原告將一百萬元交付被告取走之事實。此時，被告債務人覺得情勢對其不利，於是向法院聲明證據，請求傳喚證人乙到庭作證，證人乙到庭作證謂，某年某月某日其偕同被告有事到某地辦事，當天不可能在原告家中出現取款。法官在於此情形下，其心證由最初相信原告證人甲之證言而一變發生動搖，立於必須就雙方證人之證言，選擇一方加以相信之情勢。原告見法官之心證發生動搖，為挽救其證據之優勢起見，又提出其在當天早上向銀行提款一百萬元之銀行存款簿為證明。被告亦不甘示弱，另外再舉出證人丙，證明被告急用之一百萬元最後係向該證人所借用。<sup>164</sup>此種雙方當事人迫於情勢之必要而不得不盡其可能為舉證之活動，即為主觀的舉證責任之適例。

#### 第四款 舉證責任分配之學說

##### 第一目 消極事實說

此說以「主張消極事實者，就該事實不負舉證之責。」為其論據；或謂「因消極事實不可能證明，故主張該事實之人不負舉證之責」，或謂「依因果關係之法則，積極事實可發生結果，消極事實則不發生結果，故一旦發生法律關係，如

---

<sup>161</sup> 姜世明，同前揭註 150，頁 183。

<sup>162</sup> 陳榮宗、林慶苗，同前揭註 149，頁 482。

<sup>163</sup> 邱聯恭，口述民事訴訟法講義（三），2005，頁 202。

<sup>164</sup> 陳榮宗、林慶苗，同前揭註 149，頁 482。

不生積極之新事實，該法律關係依然存在不變更或消滅，故消極事實不必舉證，主張消極事實之人不負舉證之責」。但消極事實說，此說固有相當理由，惟何者為積極事實，何者為消極事實，有時難由當事人之陳述予以判斷，例如「未盡相當之注意」，係積極事實抑為消極事實之陳述？另外當事人只要在用語上略加變更，即可由肯定（積極）的主張，變為否定（消極）的主張，難免過於隨便，其弊害不少，如其陳述為「有過失」，有無不同？又當事人間系爭權利之發生或消滅之要件事實中，如有消極事實時，法律上無理由因其為消極事實，而免除主張該事實之人之舉證責任。雖一般言之，消極事實固難證明，但亦非決不可能證明，例如，亦可能從間接證據（情況證據）加以證明。此外，以消極事實不發生結果為理由，亦有不妥。蓋因法律效果乃由法律要件而生，並非因果關係之結果，縱屬消極的事實，如為法律要件事實，當事人亦有舉證責任。<sup>165</sup>

## 第二目 外界事實說

此說謂主張外界事實（*aussere Tatsachen*）之人，有舉證責任；而主張內界事實（*innere Tatsachen*）之人，不負舉證責任。因內界事實不能證明之故。例如，法律行為中，意思表示為外界事實，故主張之人有舉證之責，而當事人之效果意思、行為能力等則為內界事實，故不負舉證之責。但內界事實亦可依間接證據推知，其顯著之例如未成人之推知，又例如，關於善意與惡意，兩造主張不同時，即必須確定其舉證之分配，否則何造應受敗訴判決之危險負擔，即漫無標準，難期裁判之公平。惟內界事實與消極事實，的確同屬難於舉證，為公平計應減輕該當事人之舉證責任，至於減輕之方法，例如以法律上之事實推定。<sup>166</sup>

## 第三目 因果關係說（原因說）

此說將法律效果發生之要件事實區分為「原因」與「條件」，主張法律效果存在之當事人，就「發生原因之事實」負有舉證之責。但條件欠缺之事實（即權利障礙事實）則由對造當事人舉證。至於何者為原因事實，何者為條件事實？有主張最有力或較有力之條件為原因，餘為條件者；有主張適當條件說謂主張法律

---

<sup>165</sup> 駱永家，同前揭註 157，頁 72-73；陳計男，民事訴訟法論（上），三民，2005 年 3 月，頁 454。

<sup>166</sup> 駱永家，同前揭註 157，頁 73；陳計男，同前揭註 165，頁 455。

效果存在之人，就因果關係言，通常可發生該法律效果之事實，負有舉證責任。

167

#### 第四目 通常發生事實說

此說謂主張法律效果存在之人，就通常足使法律效果發生之事實，負舉證之責，至妨礙該法律效果存在之事實或例外之事實，則由他造負舉證之責。例如買賣，就通常足使買賣效果發生之事實，為雙方就買賣標的物與買賣價金意思表示合致之事實，故主張買賣關係存在之人，應就意思表示合致之事實，負舉證責任。他造如果主張其無限制行為能力人，買賣未得法定代理人之同意，或為意思表示時，係受強暴脅迫或詐欺，此種例外或妨礙法律效果存在之事實，則由他造負舉證之責。<sup>168</sup>

#### 第五目 最少（低）限度事實說

此說謂事實可分為原則規定事實與反對規定事實，依此分配舉證責任，主張權利存在之人就規定該權利發生之條文以之為要件之最少限度事實，負有舉證責任，對於反對規定之不存在，則無舉證責任。<sup>169</sup>亦即，此說將當事人主張有利於己之事實，分為權利發生規定之要件事實、權利障礙規定之要件事實、權利消滅規定之要件事實；①主張權利發生者，應就該權利發生實體法上規定要件最低限度事實負舉證責任。例如，基於買賣契約請求給付買賣價金，應就民法第三百四十五條所定標的物與價金互相同意之最低限度事實，負舉證責任。至於兩造並非虛偽表示或均有意思能力，乃屬權利障礙問題，不負舉證責任。②主張對造權利有障礙者，應就該權利有障礙之實體法上規定要件最低限度事實，負舉證責任。例如，原告請求返還不當得利或請求履行契約，被告主張受領之給付係履行道德上之義務或所訂之契約為通謀虛偽表示（權利障礙），則由被告就原告係履行道德上義務或通謀虛偽之最低限度事實，負舉證責任。③主張對造曾發生之權利已消滅者，應就該權利有消滅之實體法上規定要件最低限度事實負舉證責任。例如

---

<sup>167</sup> 駱永家，同前揭註 157，頁 73；陳計男，同前揭註 165，頁 455。

<sup>168</sup> 駱永家，同前揭註 157，頁 75；陳計男，同前揭註 165，頁 456。

<sup>169</sup> 駱永家，同前揭註 157，頁 75-76；陳計男，同前揭註 165，頁 456。

法律行為已撤銷或已解除、清償、低銷、免除、混同、消滅時效完成等事實，應由主張之當事人就各該最低限度事實（權利消滅）負舉證責任。<sup>170</sup>

## 第六目 規範說（特別要件說）

Rosenberg 以法條之構造關係分析出發，建立所謂之規範理論。其認為舉證責任分配原則乃係，若無一定法條之適用，則無法獲得訴訟上請求成果之當事人，應就該法條要件於實際上已存在之事實，負主張及舉證責任<sup>171</sup>。Rosenberg 認為民法之法律規範本身，已經具有舉證責任分配之規則，立法者於立法時，已將舉證責任分配問題在各法條中為考慮及安排，學者祇須將全部民法之法條為分析，不難直接發現舉證責任分配之一般抽象之統一原則。此種專以法律規範之規定形式為分析分類為舉證責任之分配方法，德國學者稱其為規範說。依 Rosenberg 之看法，法院之審判係以法規為大前提而以法律要件事實為小前提，從而導出法律效果為目的之認定事實與判決之全部過程。所以，舉證責任分配祇有一原理，即：「若無一定法條之適用，則無法獲得訴訟上請求成果之當事人，應就該法條要件於實際上已存在之事實，負主張及舉證責任。」簡言之，「各當事人應就其有利之規範要件為主張及舉證」。民法之法律規範相互之間，非立於補足支援關係，則成為互相對抗或排斥之關係。舉證責任之分配原理，可自法律規範之此種關係中獲得。實體法之無數法律規範可分為對立之兩大類，一為基本規範，又稱請求權規範、主要規範或通常規範。凡能發生一定權利之法律規範，均屬此類，Rosenberg 特別稱其為權利發生規範。另一類為對立規範，此類法律規範可再細分為三種，即權利妨害規範、權利消滅規範、權利受制規範。凡於權利發生之始，則將權利之效果為妨害，使權利不能發生者，此種規定稱為權利妨害規範。於權利發生以後，能將已經存在之權利再為消滅者，規定此種內容之法律規範稱為權利消滅規範。於權利發生以後，權利人欲行使權利之際，能將權利之效果加以遏制或排除，使該權利不能發揮實現者稱為權利受制規範。例如，我國民法第四七八條所規定，消費借貸之貸與人有請求借用人返還之權利，此種規定為權利發生規範。我國民法第七十九條係就未成年人所訂契約之法律效力為規定，屬於權利妨害規範。蓋未成年人所為之消費借貸行為，係未成年人之契約行為，須經法定

---

<sup>170</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才三人合著，民事訴訟法新論，2004年9月，頁404-405。

<sup>171</sup> 姜世明，同前揭註150，頁184。

代理人之承認始生效力，若未經法定代理人承認，能妨害權利之有效發生。我國民法第三〇九條之規定，係就消費借貸之返還請求權因清償而消滅之效果為規定，故屬於權利消滅規範。我國民法第一二五條規定請求權因十五年間不行使而消滅，債務人於請求權之時效消滅以後，得拒絕為給付，此種規定係抑制一旦發生之權利，使其不能實現，故屬於權利受制規範。Rosenberg 將民法之法律規範作上述四種分類之後，展開其舉證責任之分配法則，認為，主張權利存在之人，應就權利發生之法律要件存在之事實為舉證；否認權利存在之人，應就權利妨害法律要件、權利消滅法律要件或權利受制法律要件之存在事實為舉證。又依 Rosenberg 之解釋，立法者於制定法律時，將權利發生之情形利用通常規範為規定，而將權利妨害情形以例外規範之形式為規定。所以凡在條文中，以但書之形式為規定者，均為例外規範，亦即屬於權利妨害規範。顯見其同時利用「通常與例外之原理」，俾以判斷某一法律規範歸屬於權利發生規範，抑或屬於權利妨害規範之問題。Rosenberg 之規範說，其基本思想係認為，法官僅於就法律要件事實之存在獲得積極之確信時，始能適用該法律，從而確認其法律效果存在，於法官就法律要件事實之不存在獲得確信時，固然不得適用該法律，縱然法官就法律要件事實之存在不存在，無法獲得確信時，亦不得適用該法律，從而不得確認其法律效果存在。換言之，法律要件事實不存在或存否不明之場合，法官無適用該法律以判決之餘地，此際，法官僅得認為該法律不能適用，因而為不利於該當事人之判決。舉證責任之分配原則係以此種基本思想為出發點，於法律要件事實存否不明之場合，若該法律要件事實屬於權利發生法律要件事實，則由主張權利存在之人為舉證。若該法律要件事實屬於權利妨害或權利消滅或權利受制之法律要件事實者，則由主張權利不存在之人（即相對人）負舉證責任。<sup>172</sup>

## 第七目 修正規範理論

Rosenberg 之規範說在德日及我國成為法院判例實務之通說地位，支配舉證責任分配之理論達幾十年。惟自一九六五年前後，德國學者開始著文對規範說之理論為反駁，日本學者受其影響，亦有部分學者反對 Rosenberg 之舉證責任分配學說。規範說首先遭受之反駁為此說太偏重法條規定之外在形式，不能顧及雙方當事人間之實質公平正義。蓋規範說就權利發生、權利妨害、權利消滅與權利受

---

<sup>172</sup> 陳榮宗、林慶苗，同前揭註 149，頁 484、485。

制之規定所為之分類，以及就普通規定與例外規定之分類，係以純粹法律形式為區分標準，無法兼顧舉證責任分配對於雙方當事人之利益衡量，不能以法律價值之立場為適當之舉證責任分配。其次規範說所為權利發生規範與權利妨害規範之區分，在法律概念上並無實際可分之標準可言。由於權利發生要件事實與權利妨害要件事實，兩者在發生之時間上係於同一時點，並無先後之分，故成為權利發生要件之事實，其事實之不存在，同時則成為權利妨害要件事實，權利妨害要件事實，其事實之不存在，同時成為權利發生要件之事實。處於此種對立矛盾關係之兩種要件事實，其所形成之兩種法律規範，於實體法內容並無區別之意義。例如，法條規定：「滿二十歲之人，對其契約行為應負責任。」此係發生一定法律效果之規範，屬於權利發生規範。「未滿二十歲之人，對其契約行為不負責任。」之規定，係妨害法律效果發生之規範，此為權利妨害規範。依規範說之舉證責任分配原則，主張契約請求權發生之人，應就滿二十歲之事實為舉證，而主張契約請求權不發生之人，則就未滿二十歲之事實應為舉證。然，兩條文僅係表達方式不同，其規定內容，實指同一事件。兩者實質內容既為同一，其舉證責任應歸同一之當事人負擔始合理。<sup>173</sup>

#### 第八目 蓋然性理論

此說係指於待證事實不明之情形，該項待證事實依人類生活經驗及統計上，其發生之蓋然性高者，主張該項事實發生之當事人不負與證責任，相對人就該事實之不發生應為舉證<sup>174</sup>。但批評者則認為，其混雜舉證責任與證據評價，不認為可做為一般性之舉證原則<sup>175</sup>。

#### 第九目 危險領域理論

此說主要論據有三：第一、被害人無法知悉於加害人控制下之危險領域內所發生之事件經過，而通常處於無證據之狀態。第二、加害人對於自己控制下之領域內所發生之侵權行為，較容易瞭解其實情，對於有關證據較為接近。第三、民

---

<sup>173</sup> 陳榮宗、林慶苗，同前揭註 149，頁 487-488。

<sup>174</sup> 陳榮宗、林慶苗，同前揭註 149，頁 489。

<sup>175</sup> 姜世明，同前揭註 150，頁 187。

法上有關令當事人負責任之法律規定，其目的係為預防損害之發生而設，此種目的之達成，必須課加害人就其危險領域內所發生之實情為舉證而免責，始能奏效。<sup>176</sup>

#### 第一〇目 多樣原則說（損害歸屬說）

此說主張以公平正義衡量取代規範理論，認為可依蓋然性原則、保護原則、保證原則、信賴原則、處罰原則與責任一致性及危險分配之原則，於個別案件類型，就舉證責任予以確定及運用，此一原則，基本上係一綜合性之觀察結果，且缺乏法律安定性，未具作為一般性原則之要素，故為通說所不採<sup>177</sup>。

#### 第一一目 危險提昇說

危險提昇說係為克服違反保護法規及其他含有抽象危險要件之行為規範情形之因果關係證明困難。當損害發生係存在於此種行為規範之通常發展範圍，則經此一行為規範違反，以致被侵害法益之危險增加者，就損害與此一行為規範違反無關，負舉證責任。亦即，證據之危險，應由危險提昇者承擔。但其並無成為舉證責任分配一般原則之條件，其應僅能居於補充舉證責任分配一般原則之地位。<sup>178</sup>

### 第五款 實務見解

#### 第一目 28 年上字第 11 號判例

「上訴人係否認曾與被上訴人訂立買賣某號股份之契約，提起消極確認之訴，按照舉證責任分配之原則，應由主張買賣契約存在之被上訴人，就訂立買賣契約之事實負舉證之責。」係採消極事實說。

---

<sup>176</sup> 陳榮宗、林慶苗，同前揭註 149，頁 488。

<sup>177</sup> 姜世明，同前揭註 150，頁 189。

<sup>178</sup> 姜世明，同前揭註 150，頁 189-190。

## 第二目 48 年台上字第 887 號判例

「主張法律關係存在之當事人，僅須就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證之責任，至於他造主張有利於己之事實，應由他造舉證證明。」似採特別要件說。

## 第三目 81 年台上字第 2372 號判決

「當事人主張有金錢借貸關係存在，須就其發生所須具備之特別要件即金錢之交付及借貸意思表示互相一致負舉證之責任，若僅證明有金錢之交付，未證明借貸意思表示互相一致者，尚不能認為有金錢借貸關係存在。」似採特別要件說。

## 第四目 83 年台上字第 2775 號判決

「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第二百七十七條定有明文。又主張法律關係存在之當事人，須就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證責任。而委任契約，係以當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理而成立。查被上訴人主張其與上訴人間就系爭補償費之請領權利有委任關係存在，既為上訴人所否認，則被上訴人即應就兩造曾約定，被上訴人委託上訴人辦理補償費之請領手續，上訴人允為辦理之事實，負舉證責任。」似採特別要件說。

## 第五目 92 年台上字第 1971 號判決

「主張法律關係存在之當事人，固應就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證之責任，惟此特別要件之具備，苟能證明間接事實，且該間接事實與要件事實間，依經驗法則及論理法則已足推認其因果關係存在者，自無不可，非以直接證明要件事實為必要。」似採特別要件說。

## 第六目 小結

我國實務係以法律要件分類之特別要件說，亦即係以德國規範說為主，而亦



有參考待證事實分類說為論據者。

## 第六款 結論

德國民事程序法之發展，自第二次世界大戰之後，深受憲法原則之影響，諸如人性尊嚴、平等原則、法治國原則、社會福利國原則、合法聽審權之保障等，均於程序法之理論與實務形成一主導性之價值<sup>179</sup>。例如，武器平等原則係自憲法之平等原則、法治國原則、社會國原則所發展形成之程序法基本原則<sup>180</sup>。

舉證責任分配之問題，係一至為困難之問題。而對於舉證責任如何分配，因直接影響到當事人之訴訟結果，因此，如何在考慮使其合於公平性，使判決結果更接近於事實之蓋然性，及便於實務上之操作之明確性，自屬當然<sup>181</sup>。而無論昔日之待證事實分類說、法律要件分類說，抑或近年來之新學說，其共同追求之目的相同，均以維持雙方當事人間之正義公平為其最高目標，其所不同者僅為如何決定舉證責任分配之標準舉方法而已。待證事實分類說之方法，因其離開實體法規定之法律內容，僅重視待證事實本身之性質特徵為分析而定其舉證責任分配之標準，結果與法律內容本身脫節，固然已為學者所不取。法律要件分類說雖重視實體法法條之內容而就各法條間之關係為分析，並研究各種不同之法律要件事實，將其為歸類作為舉證責任分配之標準。但此說僅僅注重法律規範之形式內容，並不重視該法律規範之實質價值內容，所以依法律要件分類說之舉證責任分配結果，無法獲得真正實質之公平。通說受批評之原因無他，實乃其分配之形式方法而已。如能將其形式之分配標準稍微修正，配以若干實質之分配標準，使舉證責任分配方法更具彈性，使能接近實體之公平，則通說之舉證責任分配方法，不犯太形式之弊端，俾能補救形式分類之窮。<sup>182</sup>

---

<sup>179</sup> 姜世明，同前揭註 150，頁 193。

<sup>180</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2003.11 初版第 1 刷，頁 177。

<sup>181</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論（一），智勝，1999.2 初版，頁 332。

<sup>182</sup> 陳榮宗、林慶苗，同前揭註 149，頁 492-493。

## 第四項 證明真實條款<sup>183</sup>

在大法官釋字第五〇九號解釋作成以前，刑法第三一〇條第三項的「證明真實條款」性質有所爭議，學說主要有三種看法：阻卻構成要件事由說、阻卻違法事由說及客觀處罰條件說：

### 第一款 阻卻構成要件事由說

阻卻構成要件事由說認為誹謗言論之「不真實性」，屬於客觀構成要件要素。在主觀構成要件上，行為人對於誹謗事項之「不真實性」必須有所認知。證明真實條款作為阻卻構成要件事由，則作為客觀構成要件要素之「不真實性」不存在，且行為人在行為當時，並未認知到所言之「不真實性」，二者可致刑法第三一〇條之誹謗罪，構成要件不該當，而不成立犯罪<sup>184</sup>。

### 第二款 阻卻違法事由說

在大法官五〇九號解釋出爐前，阻卻違法事由說則為國內通說<sup>185</sup>。阻卻違法事由說認為，雖然「不真實性」並非客觀構成要件要素，因而行為人若對於損害他人名譽之行為有「認知」，構成要件故意即可具備，但誹謗事項若為真實，可阻卻違法。

### 第三款 客觀處罰條件說

客觀處罰條件說則認為，「誹謗事項之真實性」係立法者基於刑事政策上的考量，用以限縮刑罰範圍的客觀條件，其成就與否與行為人主觀上的認知或意欲無關。故即使行為當時行為人無法證明誹謗事項為真實，只要後來在訴訟中，該

---

<sup>183</sup> 許家馨，釋字第五〇九號解釋應否適用於民事案件？-為最高法院新新聞案判決翻案，月旦法學雜誌，132 期，2006 年 5 月，頁 103。

<sup>184</sup> 蔡墩銘，刑法各論，三民書局，修訂四版，2001 年，頁 132。

<sup>185</sup> 甘添貴，同前揭註 115，頁 434；林山田，同前揭註 114，頁 263-264；張麗卿，刑法總則理論與運用，2005 年，頁 242。

等事項能被證明為真，該條件亦能成就，而排除可罰性。

#### 第四款 小結

大法官五〇九號解釋對刑法第三一〇條第三項前段規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」為合憲宣告，學者甘添貴對此作了最好的說明：「我國實務向來在審理誹謗罪是否成立之作法，係由原告先證明被告有指摘、傳述足以毀損他人名譽之行爲事實，以判斷被告之行爲是否具備構成要件該當性；如認為已經具備構成要件該當性，則在違法性之審查時，被告如主張有刑法第三一〇條特別阻卻違法事由時，則舉證責任由被告負擔，換言之，被告必須證明其所指摘、傳述之事，確為真實，始有刑法第三一〇條第三項之適用。<sup>186</sup>」

大法官並在釋字五〇九號解釋並轉換了立法基點，將誹謗言論之「不實性」轉換至不法要件層次。由於誹謗罪僅處罰故意，因此相當於故意的「真正惡意」模式，則相稱於釋字五〇九號解釋有相當理由確信其為真實<sup>187</sup>。

#### 第五項 私德與公共利益

刑法三一〇條第三項後半段規定「但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」所謂私德，乃私人之德行，亦即有關個人私生活事項之品德行爲。例如，抽煙、喝酒、釣魚或打球等是。所謂公共利益，乃與社會上不特定人或多數人有關之利益。公共利益概念最大的特色，即表現在其內容的不確定性，亦是公共利益的受益人及利益的「抽象性」。由於現代憲法思潮，對公共利益概念的認知，將逐漸由對「不確定多數受益人」的重視，轉向對公共利益的「質量」之上，易言之，所謂最重要的社會利益，是以憲法的基本精神來決定，準此，即使對少數的受益人（例如對國民中少數的「社會弱者」，予以特別的扶助行爲）的扶助措

---

<sup>186</sup> 甘添貴，同前揭註 115，頁 432。學者林鈺雄則指出，各界在五〇九號解釋出爐前對於「證明真實條款」的解讀有誤，因為條文文字是：「……能證明其為真實者，不罰」，而非「……被告能證明其為真實者，不罰」。因此，立法者本來就沒有指定證明真實是「被告」的責任，而是對於此規定未能正確解讀而有所誤解；林鈺雄，同前揭註 148，頁 88。

<sup>187</sup> 許家馨，同前揭註 183，頁 103、105。

施，亦可認為是合乎現代公益之概念。故對於公共利益概念的了解，亦宜由「量」（受益者之數量）轉向對「質」（公共利益的性質）的方向之上。儘管如此，公共利益的受益人，不必一定是「多數」，但是，其具有不確定性，應採肯定之看法。公共利益是一種價值的概念，由人類純粹「喜、惡之取舍」昇華到為規範國家制度以及國家行為之目的所在。公共利益概念極具抽象性，又是一種正面「價值評斷」的概念，因此，必須以一個「變遷中之社會」中的政治、經濟、社會及文化等因素及事實，作為考量該價值的內容。從而，只要是實踐憲法所定的各種條款精神，不限於與國家或社會有關之利益，即與限定一定範圍內之小社會有關之利益，亦包括在內。至於是否僅涉私德而與公共利益無關，應就事實之內容、性質，以及被害人之職業、身分或社會地位等，依一般健全之社會觀念，客觀予以判斷<sup>188</sup>。

例如，最高法院四十八年台上字第一二三五號判決：「上訴人在報上刊登啓事，指告訴人竊盜騙款，此項竊盜騙款并非刑法第三百十條第三項但書所謂涉及私德而於公共利益無關之事項，如果上訴人能證明其為真實，依同條項前段規定即應不罰。」亦即對於是否涉及私德，是否與公益相關，應就個案為具體客觀的綜合判斷。

## 第六項 真正惡意原則<sup>189</sup>

一九六四年美國聯邦最高法院 *New York Times v. Sullivan* 判決公布之前，美國侵權行為法上，就所言真實與否而言，針對誹謗行為所課予的歸責型態乃是嚴格責任（或謂「無過失責任」）。證明誹謗言論真實的舉證責任歸屬於被告，除非被告能夠成功證明所言為真，否則，就算在做出誹謗言論時，被告真心相信所言為真，甚至也已經做了相當的查證工作，但如果在訴訟上無法取信法官或陪審團，或者誹謗者言論被證明為不實，則該言論不實之風險，無論有無過失，仍然歸屬被告承擔。*New York Times v. Sullivan* 一案，以及其後的一些重要判決，則確立了真正惡意（actual malice）原則，乃指凡報導或批評政府官員執行公務行為

---

<sup>188</sup> 甘添貴，同前揭註 115，頁 434；陳新民，同前揭註 88，頁 176-178。

<sup>189</sup> 許家馨，美國誹謗侵權法歸責體系初探—以歸責內涵及查證義務為中心，月旦法學雜誌，154 期，2008 年 3 月，頁 111-113、120。

之言論，縱有侵害被批評者或被報導者名譽之情事存在，原則上該言論均受憲法言論自由之保障；且縱使此言論之內容與事實不符，也僅於表意人具有真正惡意時，表意人始需負法律責任。故僅於表意人具有真正惡意之情況下，其所為之言論方不受憲法之保障。其後更將此一原則適用，由對於政府官員之批評，擴張到包括公眾人物。亦即對於政府官員以及公眾人物的誹謗言論，除非原告能夠證明被告具備真正惡意，亦即明知所言不實或者出於輕率疏忽不顧真假，否則仍不能使被告負擔誹謗的侵權責任。而且，原告必須證明「真正惡意」達到「確實清楚」的程度。

大法官釋字第五〇九號解釋中，蘇俊雄與吳庚兩位大法官的協同意見書似與美國法上真正惡意原則的內涵類似，蘇俊雄大法官的協同意見書：「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。」；吳庚大法官的協同意見書：「明知其為不實或因輕率疏忽而不知其真偽」惟美國法上真正惡意原則之複雜內容，對於言論自由之保護，乃採取類型化之保護措施與操作模式，將言論自由之問題區分為數種不同之類型，並針對各種不同之言論類型，尋找出合適的解決方法，是故似非前述協同意見書中所能完全含括。

真正惡意原則的內涵其要點約可說明如下<sup>190</sup>：

真正惡意指被告明知所言虛偽或者因輕率疏忽不顧其真偽。

不實言論沒有獨立的價值，加以保護僅為了保障真實言論之自由抒發，至於不實言論能使真理被更清楚感知，此價值就言論自由而言只是附帶的好處。

真正惡意要求證明被告具有上述「心理狀態」，並非檢視是否「一般性理性審慎之人」是否會發表系爭言論或者會在發表之前進行調查。因此，僅僅指出被告未為查證工作，並不能證明真正惡意。同時，被告相信所言為真的理由若合理，也有助於判斷不構成真正惡意。

所謂「輕率疏忽」，意指被告「高度意識到該言論可能不實」或者被告事實上對於其所發表演論之真實性持有「嚴重懷疑」。此心理狀態可以從被告的外在行為中推知。

若被告蓄意捏造，全然基於被告的想像，或者完全仰賴一通未經證實真偽的匿名

---

<sup>190</sup> 許家馨，同前揭註 189，頁 120。

電話，或者被告的指控其內容如此的難以置信，以致於只有一個輕率疏忽的人才會加以發表傳述；或者，有明顯的理由質疑被告消息來源的可靠性，抑或其報告的真確性都可能該當真正惡意。

就算有相當查證，若刻意迴避真相，亦足以構成真正惡意。

## 第七項 特別阻卻違法事由

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。」

故而，若行為人以善意發表言論，而有刑法第三一一條規定之四種情形之一者，則可阻卻違法。因此，若非善意，自毋須就刑法第三一一條規定之四種情形再為審究；例如，最高法院九十二年度台上字第六五七一號刑事判決指出：「……從而原判決既認定上訴人散發該文宣予不特定之路人，係為使馮定國不當選，而非出於善意，則上訴人散發該文宣是否合乎刑法第三百十一條第四款對於公眾集會之記事，為適當載述之要件，即無庸再予審究，……」

另例如，最高法院九十六年度台上字第二一九三號刑事判決指出：「……又刑法第三百十一條第三款規定：以善意發表言論，而對於可受公評之事為適當之評論者，不罰。所稱以善意發表言論，指行為人所以發表言論之動機目的，悉出諸於善意，而無毀損他人名譽之惡念者而言；另所稱為適當之評論，指其評論不偏激而中肯，未逾越必要之範圍程度者而言。……」；最高法院九十六年度台上字第三四三〇號刑事判決指出：「……惟依刑法第三百十一條第三款規定，對於可受公評之事為指摘、傳述者，仍須兼具「善意發表」、「為適當之評論」二要件，始能依法不罰。……」。

第三款所稱「為適當之評論」應區分事實與意見，而有不同的審查標準，亦即事實部分以刑法第三一〇條第三項處理；意見評論則交由第三一一條第三款「對於可受公評之事為適當之評論」處理。例如，最高法院九十五年度台上字第四五七號刑事判決中指出：「……且第三款所稱「為適當之評論」指其評論不偏激而中肯，未逾越必要之範圍程度者而言，至其標準仍應就社會共同之理念，以客觀之尺度資以決之，若對於可受公評之事，而評論不適當者仍難免於不罰，此與前條第三項前段所定誹謗罪不罰之條件並不相同。……」；最高法院九十六年度台

上字第九八六號刑事判決中指出：「.....且第三款所稱「為適當之評論」指其評論不偏激而中肯，未逾越必要之範圍、程度者而言，至其標準仍應就社會共同之理念，以客觀之尺度資以決之；若對於可受公評之事，而評論不適當者，仍難免於不罰，此與前條第三項前段所定誹謗罪不罰之條件並不相同。.....」。

至於可受公評之事，包括有公職人員之操守、公眾事務、信用、人品、操守等事項；例如，最高法院九十六年度台上字第七六九五號刑事判決中指出：「.....況公職人員之操守應屬可受公評之事項.....」；最高法院九十七年度台上字第四一六號刑事判決中指出：「.....被告於政見發表會中關於指摘陳忠孝「員林地區區徵收自救委員會」及「員林地下道」部分之言論，用意俱旨在標榜其本人為民服務並未收取錢財之優點，做為選民服務品質之比較，此種公眾事務為可受公評之事項，衡情尚難謂被告有誹謗.....」。

又例如，臺灣高等法院九十七年度上易字第二二七六號刑事判決指出：「.....告訴人並刺破前開書有「白賊毅」之汽球，明顯意在諷刺被告為一說話不實之人，並當眾戳破被告說話不實之形象。從而被告原本欲邀請丙○○一起接受測謊，卻已先遭告訴人指控「說話不實」，自足貶抑被告之形象及邀請測謊之公信力，被告先受此無端指控，始以「真是無恥」回應，顯係表達不同意告訴人之指控及干擾舉動，所為係自衛、自辯之措施，難認被告主觀上有毀損告訴人名譽之故意。自屬因自衛、自辯，而以善意發表言論.....」得依刑法第三一一條第一款以善意發表言論因自衛、自辯而阻卻違法。

此外，適用刑法第三一一條第二款，公務員因職務而報告者，須為公務員在其職務範圍內，所提出之報告始屬之；例如，臺灣高等法院臺中分院九十三年度上易字第六四號刑事判決指出：「.....未按刑法第三百十一條第二款規定之阻卻違法事由，為「公務員因職務而報告」。本件被告係於接受民間電台臨時電話訪問時發表前開言論，顯非因其職務關係而為報告，自不符合本款阻卻事由。.....」。

再者，依臺灣高等法院高雄分院八十九年度上易字第一六八三號刑事判決指出：「.....且為促使各候選人甲性競爭，並在陽光下受選民檢視，選舉文宣之事實報導如涉及妨害他人名譽，如係以善意發表言論，而為適當之載述者，依刑法第三百十一條第四款規定不加處罰，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。」.....」則屬刑法第三一一條第四款之阻卻違法。

## 第八項 小結

五〇九號解釋改變了誹謗罪不法要件結構，在新結構下把言論的「不實性」理解為客觀構成要件，才是最適切的作法。而「有相當理由確信其為真實者」則以真正惡意法則為刑法誹謗罪適用之解釋模式。將「不實性」納入誹謗罪之構成要件，透過嚴格限縮誹謗罪在刑法上的處罰範圍，亦是對社會上誹謗罪除罪化之呼聲之回應，而為給予言論自由最大限度之維護<sup>191</sup>。

## 第六節 回復名譽之方法

民法第一九五條第一項：「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。」故名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分，最高法院九十六年度台上字第七九三號判決指出：「.....於報紙上刊登道歉聲明，為回復名譽之適當方法，並非無據。.....」九十六年度台上字第二一七〇號判決指出：「.....又回復名譽之方法，性質上屬損害賠償之回復原狀，其回復之方式與範圍自應斟酌妨害名譽情形及名譽受損害之程度，為適當之處分，而登報道歉不失為回復名譽之適當方法。至如何刊登？刊登之內容為何？及以何字體、版面刊登較為妥適，乃法院應依職權酌定之事項。.....」

另大法官釋字第六五六號解釋理由書中並指出：「.....民法第一百九十五條.....其後段之規定.....即在使名譽被侵害者除金錢賠償外，尚得請求法院於裁判中權衡個案具體情形，藉適當處分以回復其名譽。至於回復名譽之方法，民事審判實務上不乏以判命登報道歉作為回復名譽之適當處分，且著有判決先例。.....」故登報道歉作為回復名譽之適當處分方法已迭經法院判決所採；並指出：「.....查系爭規定旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵

---

<sup>191</sup> 許家馨，同前揭註 189，頁 103、114。



屬正當。而法院在原告聲明之範圍內，權衡侵害名譽情節之輕重、當事人身分及加害人之經濟狀況等情形，認為諸如在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啓事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尙未逾越必要之程度。惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。依據上開解釋意旨，系爭規定即與憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之意旨無違。……」易言之，只要不涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啓事或將判決書全部或一部登報等等方式，甚或如此仍不足以回復被害人之名譽者，法院尙得以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分。從而，以目前法院判決實務而言，在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啓事或將判決書全部或一部登報等等方式，是目前回復名譽方法較為普遍之方式。

## 第七節 本文見解

### 第一項 新聞自由與言論自由

大法官釋字第 509 號解釋，對於聲請釋憲之內容中，一再提及之新聞自由，無論解釋文或解釋理由書均未正面回應。在大法官釋字第 364 號解釋文：「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍。」釋字第 364 號及第 613 號解釋，都將傳播自由與言論自由劃上等號。故而，除了憲法並未明文列舉新聞自由外，歷來的大法官解釋，亦未嘗明示新聞自由係獨立於言論自由之外憲法所列舉或獨立的基本權利，亦或是一種制度性保障。

在人權早期的奮鬥歷史裡，言論自由自己包括所有與「言論」有關之基本人權，然而，隨著時代的遞嬗，一般人所享有的言論自由，是否與號稱政府三權以外之「第四權」，得以等量齊觀的相同看待，實有待商榷。

林大法官子儀認為憲法保障言論自由的目的是在保障每一個人的自主存在的尊嚴及發展自我與成就自我的機會。認為言論自由與新聞自由並不相同，新聞

自由是一種「制度性基本權利」，是憲法為保障媒體作為現代社會的一重要制度的權利<sup>192</sup>。

國內隨著解嚴黨禁報禁的開放後，媒體傳播利時間風起雲湧的令人目不暇給，此時的現代環境，人們仰賴現代新聞媒體，以掌握因應環境變化，已非傳統社會依憑親身經歷或口耳相傳此等簡易。

在民主國度要讓人民瞭解政府決策的情況、於民主國家中欲使人民做出選擇和決定、鑒於民主制度中不受政府控制的新聞、與民主社會人民知的權利之開展或基於人民當家做主的對政府的政策提出質疑；在在均須新聞媒體協助來監督政府、須新聞媒體提供基於可靠的報導、須新聞媒體有著不受政府控制的編輯、須新聞媒體有追蹤訊息的權利，及不對新聞媒體報導或出版的內容預做限制。

對於應提供什麼內容或方向，如果已被預設，將使人民受到矇蔽，則所謂權力使人腐化，絕對的權力，絕對的腐化，恐將油然而生。憲法應保障新聞自由之目的，就在保障一個制度性的新聞傳播媒體，使其發揮其應有的功能，以監督政府，防止政府濫權。

而一個不受事先審查控制的新聞媒體，一個不受動輒受洩密罪鉗制的新聞媒體，一個不受一般搜索的新聞媒體，與應有一定的證言拒絕權的媒體，應是在民主國度多元價值之基礎上，所應享有的制度性的基本權利。也唯有如此，始能發揮前述之目的與功能。

故而，給予新聞媒體一個受憲法保障的「制度性基本權利」，而有別於一般人民之言論自由，有助於民主國度多元價值之維繫與開展的繼往開來。

## 第二項 意見與事實

大法官釋字第 509 號及 656 號解釋，主要所指涉者為「事實」的部分，前所提及之真正惡意原則，亦是針對不實內容而對他人名譽造成損害的言論。因意見的表達為主觀評價的展現，故而，意見是沒有真假之分，不論主觀的評論為何，即便是有害或錯誤的，均應該由言論市場中相對的意見來質疑、推翻或調整，使真理愈辯愈明而達去蕪存菁，而非由誹謗罪相繩。因此，區分事實陳述與意見表

---

<sup>192</sup> 林子儀，同前揭註 105，頁 115 至 116。

達，即有其實益之存在。

### 第三項 真正惡意原則與舉證責任

在援引美國真正惡意原則精神時，不能不注意美國真正惡意原則適用時，與我國舉證責任上之差異。特別是英美法上以「當事人進行主義」為原則及「陪審制團」之制度，於前階段，由當事人之一方負有提出證據之責任，而後有說服裁判者責任之行爲。因真正惡意原則於美國法上，原係針對民事責任所爲之解釋原則，於引入我國之後，雖率先於釋字第 509 號將其運用於刑事責任之解釋上，但是對於民事責任之名譽權之侵害，是否仍有適用之空間，容有爭議。

而我國刑事訴訟並非兩造訴訟之架構，刑事訴訟法第 163 條第 2 項：「法院爲發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」修法理由開宗明義指出，凡與公平正義之維護或被告利益有重大關係事項，法院仍『應』依職權調查之。

此外，刑事訴訟法第 2 條第 1 項：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」因此，檢察官負有對被告有利及不利之情形，一律注意之客觀性義務。

因此，法諺所云：「舉證責任之所在，敗訴之所在。」，主要應指民事訴訟，負擔舉證責任之一造當事人，必須承受最後事實不明不利益之負擔而言。蓋於刑事訴訟之目的，乃在「發見真實」與「保障人權」，以確定具體刑罰權之有無及其範圍，被告在「無罪推定原則」之保護下，最後事實不明，法院仍應爲被告無罪之判決，而非勝訴、敗訴之觀念。故其基礎是在人權保障上；並非所謂，當事人一方對其有利之事實即應負舉證責任，若真偽不明時，由其負敗訴責任之觀念。

於上述之我國法規定，加上無罪推定原則，及不自證己罪原則，似無法全然以美國法上當事人一方之提出及說明責任爲說明及適用。

### 第四項 釋字第 509 號解釋是否適用於民事事件

大法官釋字第 509 號解釋應適用於民事事件上，理由分述之如下：

憲法具有最高性：

憲法作為法律的最高指導原則，在立憲主義下保障人民基本權利之價值，其精神與大法官解釋，應均得作為各該具體法規範，以憲法取向之解釋方向，貫注憲法與大法官解釋精神及意旨，於各該不確定法律概念中，達人民基本權利之保障。

舉證之程度得於民、刑訴訟所共通說明：

大法官釋字第 509 號解釋：「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」例如，在民事訴訟法第 277 條：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」在民國 89 年 1 月 15 日修正增加但書規定之修法理由中指出：「關於舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，故最高法院於判例中，即曾依誠信原則定舉證責任之分配。爰於原條文之下增訂但書，規定「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」，以資因應。」據此，在舉證之程度上，於民事訴訟即得以之挹注大法官釋字第 509 號解釋之意旨於其中。

真正惡意原則適用於民事事件過失之問題：

真正惡意原則解釋於民事事件之過失上，於其伊始，初步審視確有其窒礙之處。惟在各國過失責任之均採客觀化之標準下，事實上可透大法官釋字第 509 號解釋：「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」意旨，依所得之證據資料，來評價行為人如有相當理由（相當理由以客觀化之標準，例如，謹慎理智之人）確信其為真實者，則應可認其已盡善良管理人之注意義務而無過失。而得以將大法官釋字第 509 號解釋之意旨適用於民事事件過失之問題上。

不法概念之解釋得將大法官釋字第 509 號解釋之意旨適用於民、刑事事件上：

民事侵權行為造成他人損害者，其行為須為不法，亦即以不法為要件。易言之，如係基於合法權利行使，縱造成他人名譽權受損，應得以阻卻不法。且真正惡意原則於美國法上，原本即為針對民事責任所建立之解釋原則，故以此詮釋民法的不法要件，亦應採憲法取向解釋以貫入大法官釋字第 509 號解釋之意旨於民事事件之不法要件上。

## 第五項 如何權衡言論自由與名譽權基本權利之衝突

如何在保障言論自由與名譽權間尋求平衡，亦即在具體法規範下，如何將憲法精神與大法官解釋意旨貫注其中，以使言論自由受到最大之維護（大法官釋字第 509 解釋前，早期之實務見解嘗有未見言論自由之保障，例如，在 1996 年吳紹雄律師在地院辯論時，因質疑另被告歐宏仁於偵查時說貪污治罪條例規定，如貪污所得只有一萬五千元，可減輕其刑的真實性，當庭：「這不曉得是檢察官教他的，還是他自己想的，我不曉得」，引起旁聽有人發出笑聲。在場蒞庭之檢察官簽請分案，而偵查起訴，法院判處於公務員依法執行職務時，當場侮辱行為係有罪確定<sup>193</sup>。），又能顧及名譽權之基本權利一定程度之保障，本文依序說明如下：

首先，在刑事訴訟程序上，本文以刑事訴訟之目的在於「發現真實」、「保障人權」及被告受無罪推定原則、不自證己罪原則保障，檢察官應盡客觀性注意義務等為理解。在民事訴訟程序上，按舉證責任分配原則，依學界通說及實務見解（最高法院 48 年台上字第 887 號判例）係依特別要件說，亦即主張法律關係存在者，就該法律關係發生所須具備之特別要件事實負舉證責任，本文採此見解說之。

再者，所謂有權利斯有救濟，有救濟斯為權利。故二權利主體於基本權利間之衝突，仍須透過訴訟程序聲請保障。而訴訟程序即在落實實體法之規範，法院也須依法審判。因此，本文將從民、刑法之規範著眼，且因此類衝突，加害者之一方為人民並非國家，若以比例原則審查之，恐失之偏頗而傾斜一方，畢竟國家之公權力行為與人民有基本權利之依憑，應有所不同；是故以實踐和諧原則為個案利益衡量。

刑法上行為：

對於抽象言語或舉動之嘲笑、詈罵等，在構成要件該當性之層次，該當公然侮辱客觀不法構成要件。此應由檢察官盡客觀性注意義務，被告沒有舉證責任，但為免除不法該當的風險，得自行提出對己有利之證據，並符合主觀知與欲不法

---

<sup>193</sup> 陳志龍，誹謗罪與言論自由之界線——二個憲法權利衝突：「言論自由權」與「名譽權」衝突，月旦法學教室，第 2 期，2002 年 12 月，頁 13（註 7；並參閱嘉義地院 84 年度易字第 952 號刑事判決書；臺灣高等法院臺南分院 85 年度易字第 294 號刑事判決書。）

構成要件者（對應各個客觀不法之構成要件要素），則進入違法性之判斷，在無刑法第 311 條之特別法定阻卻違法事由與其他阻卻違法事由，及無阻卻責任事由下，始成立公然侮辱罪。

有關誹謗性之言論，在評價構成要件該當性之層次時，依罪刑法定及刑法謙抑性原則，且為維護最大限制的言論自由，避免『寒蟬效應』，對於傳述有害他人名譽之具體事實，得為真偽之評斷，始進入誹謗罪之構成要件該當性之評價，至於僅為意見或價值判斷之表示，則誹謗罪所得相繩。

在構成要件該當性之層次，對於「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者」及「對於所誹謗之事，能證明其為真實者」（在大法官釋字第 509 號解釋後，本文採此證明真實條款應屬於構成要件該當性之層次，蓋於此層次之舉證，應由檢察官為之，最為明確，故可對言論自由為最大限度之保障，此即為法益權衡之結果。）是否該當誹謗罪客觀不法構成要件。此應由檢察官盡客觀性注意義務，被告沒有舉證責任，但為免除不法該當的風險，被告得自行提出對己有利之證據，例如，有相當理由確信其為真實者，援引真正惡意原則為主張，排除主觀知與欲不法構成要件（對應各個客觀不法之構成要件要素）。且可從真正惡意原則之主張中，排除本罪之不法意圖（不法目的）。

若無法排除，則除了其他一般法定阻卻事由之判斷外，則進入刑法第 311 條之阻卻違法性之判斷上，對於「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。」基於言論自由是列舉的基本權利，應優位於名譽權非列舉之基本權利；且為維護最大限制的言論自由，避免『寒蟬效應』。對於前述之各該善意發表言論，基於健全民主、實現自我及追求真理等，在基本權利權衡下，名譽之一方應退讓。反映於訴訟法上，除仍應由檢察官盡客觀性注意義務，被告沒有舉證責任外，於被告得自行提出對己有利之證據，例如，合理查證之善意，應合併訴訟法上之「罪疑唯輕」、「有疑唯利被告」等原則，寬認行為人之言論。

在「公共利益」相關性及「可受公評之事」等不確定法律概念上，為使言論自由得到最大之保障，可援引真正惡意原則中，原適用於政府官員之批評對象，後推及於公眾人物；對於公眾人物之傳述，相對於非公眾人物及非自願性之公眾人物，在具體個案審理上，於違法性之認定，給予行為人更大之言論空間；誠如美國前總統杜魯門所提及，怕熱就不要進廚房。

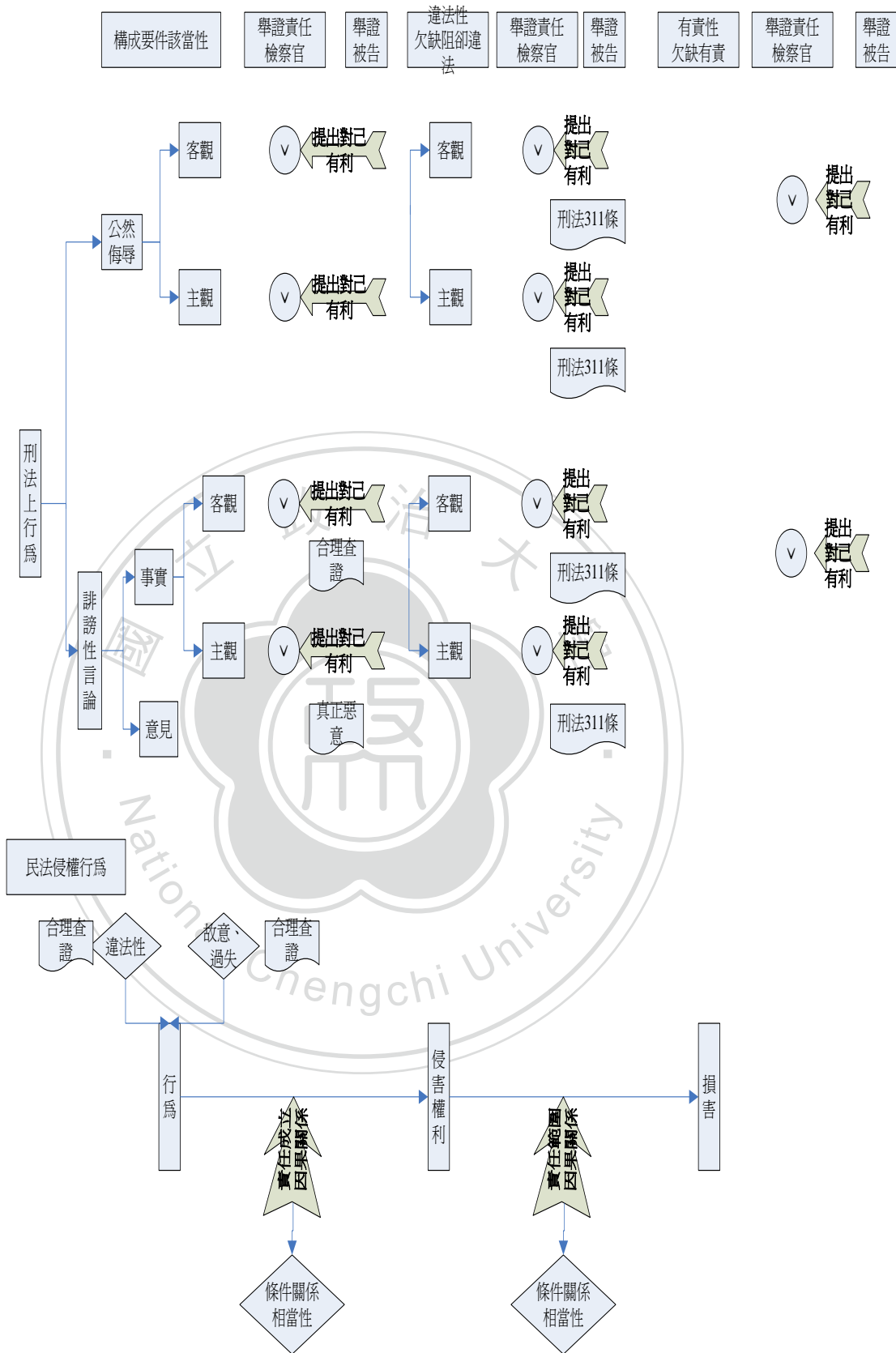
當然，為使名譽權之保障免於不足之境地，應於各該個案中對於所採的手段

屬性、侵害的強度、範圍及主觀惡性等事實為衡量，基於上述之衡量過後，及無其他阻卻責任事由，此際，始成立誹謗罪。如此，應是在此二基本權利之衝突中，較為妥適之利益衡量。亦是展現大法官釋字第 509 號解釋意旨；期本項前引早期之未考量言論自由之實務見解，得以不復出現。

民法上行爲：

在行爲上除了以條件關係及相當性，判斷侵害權利之責任是否成立；以及同樣以條件關係及相當性判斷損害之責任範圍外，行爲須具有可歸責之故意、過失及違法性。民法第 184 條第 1 項前段「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任」。其構成要件有，可歸責、行爲不法、因果關係、侵害權利及造成損害等，對於規範應具備的特別要件，應由主張權利之人負舉證責任。假若原告能證明被告侵害行爲致其權利受有損害，且被告有可歸責，則已有不法，阻卻不法依據特別要件說，屬於權利消滅或障礙事實，應由主張者即被告負舉證責任。被告可援引有相當理由確信其為真實者，例如，已符謹慎理智之人為合理查證，阻卻違法。

第民法 184 條第 2 項「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行爲無過失者，不在此限」。與前述不同之處為本項已推定主觀歸責，是原告舉證被告有違反保護他人法律之行爲致其受有損害即為已足，不必證明被告主觀有可歸責。此同上述，以已為合理查證有相當理由確信其為真實而阻卻違法。







## 第五章 結論

人權觀念其淵源於自然法，除了不同世代法哲學家之倡導外，歷經人類不斷的努力追求，從英國的光榮革命權利保障書、美國獨立戰爭之宣言、法國大革命人權宣言等，奠定了人權保障之根基。除了植基於立憲主義基本權利之保障外，隨著國際性組織的成立，以及「世界人權宣言」、「公民及政治權利國際公約」、「兒童權利公約」等等各項國際公約的通過，人性尊嚴的肯定與尊重，也漸成爲普世性的價值，基本權利的保障更是因而於全球各地開花結果。

基本權利原爲用來對抗來自國家權力之侵害，然而，事實上的發展是，侵害人民權利並非僅有來自國家此一可能性，受到國家權力以外之第三人所侵害者，不在少數。因此，其中如何權衡即有探討之必要。

有關基本權利中之言論自由，爲人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，屬人民之主觀權利，復具有客觀法之價值，旨在實現自我、溝通意見、追求真理，及監督各種政治或社會活動，並以維護人性尊嚴。

名譽則在維護人性尊嚴與人格自由發展，西諺有云：「名譽是第二生命。」這也是何以古今中外有許多人不惜犧牲生命以維護自身名譽，而大法官在釋字六五六號解釋更指出：「名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，爲實現人性尊嚴所必要」，故爲保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家對言論自由仍得依其傳播方式爲適當限制。」

在此二者均爲憲法所保障之基本權利，則二者發生衝突時，對於行爲人之刑事責任，現行法制之調和機制係建立在刑法第三百十條第三項「真實不罰」及第三百十一條「合理評論」之規定；而民事責任則在民法第一百八十四條、第一百九十五條之規定。

自從大法官公布釋字第五〇九號解釋以來，已對言論自由之保障開創了一新的時代，扭轉了刑法誹謗罪上，實務向來要求行爲人自證所言爲真，而揭示只要行爲人依所提證據資料，有相當理由確信所言爲真實即可免責。自此在法院之刑事判決上，已呈現出在公共領域的言論空間上之大爲拓展。

然而，在我國民事審判實務上，從上述所整理之我國民事判決適用大法官釋字第五〇九號解釋之情形而論，其相關見解之歧異，仍未消弭。惟從整理之判決中已可看出，已有越來越多之判決，已積極繼受大法官釋字第五〇九號解釋所揭示之，有相當理由確信所言爲真實即可免責，以及真正惡意原則的引用。

基於刑法之謙抑性與最後手段性；刑法規範應係在於確實有刑罰之必要性，並立基於謙抑性與最後手段性的權衡下，以呈現社會既有的價值。從而，在誹謗罪尚未除罪化之情形下，減輕原本在誹謗罪中實務上被告自證清白的責任，則真正惡意原則的適用，應是大法官對誹謗罪除罪化之善意呼應。

在台灣民主發展的進程中，言論自由可說是一項重要的指標，特別在歷經戒嚴與白色恐怖之年代裡，此意義更是非凡；言論自由，在我國戒嚴與白色恐怖的時代，多人身陷囹圄甚至犧牲生命所持續之追求，自應給予得來不易的言論自由更大限度的維護。然而，自從解除戒嚴、報禁、黨禁……等，彷彿百花爭妍之大鳴大放，言論自由如脫韁野馬般之蓬勃發展的無法預期。

對有些媒體充斥低俗商業化、甚至廣告化內容，電視談話性節目話題包山包海，從政府政策與施政、財經專業與議題、國際外交與關係、醫藥衛生、交通環保、軍事甚至太空、科幻等話題，上至天文下至地理，名嘴們皆能侃侃而談，而且個個義憤填膺、理直氣壯。部分媒體與名嘴們口沫橫飛的；不理會法律、不管社會代價、謾罵叫囂的評論、挖人隱私的八卦報導、爆料歪風盛行、語不驚人死不休的方式，以貶抑、傷害他人名譽方式之不負責任的言論，煽惑民眾以配合達成節目收視率，甚至已使部分人民以「關掉電視、不看報紙」才能耳聰目明並耳根清淨；並使「言論自由」的光環逐漸蒙塵，言論市場的追求真理功能大打折扣。在爭取人權及言論自由之先賢們若地下有知，不知是否會喟嘆再三。

再者，在十倍速之網路時代，大量的網路言論，隨時以雷霆萬鈞、排山倒海之態勢紛沓而來，若為理性之言論市場，或可透過論辯而追求到真理，惟若是對特定對象之攻訐，甚至貶抑、傷害他人名譽，則對受傷害之當事人而言，自屬難以承受之重<sup>194</sup>。這些現象確實令人不快，但如果如此即謂應由政府以公權力讓人因言論而入罪，卻絕非良善之方式與現象，也易製造寒蟬效果之不良影響。因為，對於如何之言論應負何等責任，並非刑事法律之應刑罰性，所應被賦與創造之「新的」社會價值；更何況在最後手段性及謙抑性下，更應是如此。

大法官釋字五〇九號解釋是言論自由的一大進展；確實在言論自由與名譽權二者之基本權利如何權衡，是一大難題；在人性尊嚴之人權體系中，言論自由與名譽權之保障，事實上均為尊重人格尊嚴之體現，從而，在此動態平衡之人權保障之整體，宜力求二者之平衡。真正惡意原則之採擇，應是在誹謗罪仍存在之前

提下，所追求之平衡點。惟若能將大法官釋字第五〇九號解釋所揭示真正惡意原則之精神，導入刑法第三一〇條第三項之真實證明條款，解釋為誹謗罪之不法構成要件要素，或可謂對言論自由最大限度維護之進一步體現。

大法官釋字第六五六號解釋，則對民法第一九五條之適當處分，在未涉及自我羞辱或損及人性尊嚴之道歉，並不牴觸憲法對不表意自由的保障而為合憲之宣告。然而，此號解釋有八位大法官提出各該意見呈現了多元的司法思考。大法官釋字第六五六號解釋之聲請之二爭點，其一為法院強制加害人公開道歉是否違憲，其二為大法官釋字第五〇九號解釋是否適用於民事事件，而行為人事前應為如何之查證，始不侵害侵害名譽權；大法官肯定強制道歉合憲，對於後者，大法官卻未受理。從前所整理之民事判決中，可發現大法官釋字第五〇九號解釋是否能適用於民事事件，依舊爭論不休，而大法官釋字第六五六號解釋，卻錯過了澄清之機會，雖有許玉秀大法官之意見書為補充，惟強度自不若逕呈現於大法官釋字第六五六號解釋之解釋文或理由書中。

撫今追昔，對於當年眾所矚目政治訴訟案件，於今雖已事過境遷，然而，所衍生之憲法問題，在大法官做出釋字第六五六號解釋後，此類爭議與紛擾仍將依舊餘波蕩漾。惟無論如何，大法官釋字第五〇九號解釋已劃下邁向人權保障之重要里程碑，於尋求言論自由與名譽權保障平衡點上做出重大貢獻。在此資訊爆炸的現今，基於此精神，若非為真正惡意，則不應以誹謗罪相繩；若經事前合理查證或相當理由信為真實，則不應論以民事侵權之故意、過失為當。

## 參考文獻

### 壹、中文參考文獻（依作者姓名筆劃順序排列）

#### 一、書籍

1. Anthony Lewis 著，蘇希亞譯，不得立法侵犯：蘇利文案與言論自由，商周出版，1999 年
2. Von Prof. Dr. Heinrich Scholler，陳春生譯，人權之變遷（Der Wandel der Menschenrechte），論法治國之權利保護與違憲審查，新學林，2007 年 3 月
3. W. Friedmann，楊日然、耿雲卿、蘇永欽、焦興鎧、陳適庸等譯，法理學（原名：Legal Theory），司法周刊雜誌社，1989 年 9 月 5 版
4. 王甲乙、楊建華、鄭健才三人合著，民事訴訟法新論，2004 年 9 月
5. 王兆鵬，刑事訴訟講義（二），元照，2003 年 4 月 2 版
6. 史尚寬，債法總論，榮泰印書館，1978 年
7. 甘添貴，體系刑法各論（第一卷），瑞興圖書，2001 年 9 月修訂再版
8. 米拉格利亞，比較法哲學，長沙商務印書館，1940 年
9. 西塞羅，法律篇，北京大學出版社，1983 年
10. 何孝元，損害賠償之研究，臺灣商務印書館，1987 年 10 月 8 版
11. 吳庚，行政法之理論與實用，自版，2001.8 增訂七版
12. 吳庚，憲法的解釋與適用，2004 年 6 月三版
13. 呂太郎，民事訴訟法之基本理論（一），智勝，1999.2 初版
14. 李太正、王海南、法治斌、陳連順、黃源盛、顏厥安，法學入門，元照，2005 年 9 月 6 版
15. 李建良，民主政治的建構基礎及其難題-以「多元主義」理論為主軸，憲法理論與實踐（一），學林文化事業，2003 年 2 月 2 版
16. 李建良，自由、人權與市民社會：國家與社會二元論的歷史淵源與

- 現代意義，憲法理論與實踐（二），學林，2000 年
17. 李建良，基本權利的理念變遷與功能體系，憲法理論與實踐（三），學林文化事業，2004 年 7 月
  18. 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，憲法理論與實踐（一），學林文化事業，2003 年 2 版
  19. 李建良，基本權利與國家保護義務，憲法解釋之理論與實務（第二輯），中央研究院，2000 年 8 月
  20. 李惠宗，憲法要義，2009 年 9 月 5 版
  21. 李震山，人性尊嚴與人權保障，元照，2001 年 11 月修訂再版
  22. 李震山，多元、寬容與人權保障，元照，2005 年 10 月
  23. 李鴻禧，憲法與人權，元照出版公司，1999 年 12 月
  24. 沈宗靈，法理學，五南，1994 年 5 月
  25. 林山田，刑法各論（上冊），2004 年增訂 4 版
  26. 林山田，刑法通論（上冊）（增訂 10 版），2008 年 1 月
  27. 林子儀，言論自由與新聞自由，元照，1999 年 9 月
  28. 林子儀，言論自由導論，台灣憲法之縱剖橫切，元照，2002 年 12 月
  29. 林文雄，法實證主義，2003 年 8 月 5 版
  30. 林東茂，刑法綜覽，2004 年 3 版。
  31. 林俊益，刑事訴訟法概論（上冊），學林文化，2003 年 4 月 3 版
  32. 林紀東，中華民國憲法釋論，三民書局，1992 修訂版
  33. 林紀東，法學緒論，五南，1997 年 10 月
  34. 法治斌、董保城，憲法新論，元照，2005 年 10 月 3 版
  35. 邱聯恭，口述民事訴訟法講義（三），2005 年
  36. 邱聯恭，程序選擇權論，2005 年 9 月 10 日初版
  37. 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2003 年 11 月初版
  38. 姜世明，新民事證據法論，2005 年 4 月

39. 姚志明，侵權行為法，元照 2005 年 2 月，初版
40. 洪鎌德，法律社會學，揚智，2001 年
41. 美濃部達吉，林紀東譯，法之本質，臺灣商務印書館，1992 年 12 版臺 2 版
42. 胡藹若，人權理念之研究，復興崗學報，90 期，2007 年
43. 張宏生、谷春德，西方法律思想史，北京大學出版社，1990 年 4 月
44. 張嘉尹，基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向，當代公法新論（上）-翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照，2002 年 7 月
45. 張麗卿，刑法總則理論與運用，2005 年
46. 梅仲協，法學緒論，中國文化大學出版部，1985 年 10 月
47. 許志雄，人權的「光」與「影」，憲法秩序之變動，元照，2000 年 10 月
48. 許宗力，基本權的功能與司法審查，憲法與法治國行政，元照，2007 年 1 月 2 版
49. 陳子平，刑法總論（上），元照，2005 年 5 月
50. 陳計男，民事訴訟法論（上），三民，2005 年 3 月
51. 陳愛娥，基本權作為客觀法規範—以「組織與程序保障功能」為例，檢討其衍生的問題，憲法解釋之理論與實務（第二輯），中央研究院，2000 年 8 月
52. 陳慈陽，憲法學，2005 年 11 月 2 版
53. 陳新民，中華民國憲法釋論，2001 年 10 月 4 版
54. 陳新民，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，憲法基本權利之基本理論（下），元照，2002 年 7 月 5 版
55. 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法，三民書局，2005 年 3 月修訂 4 版
56. 陳樸生，刑法各論，正中書局，1960 年 6 月 3 版
57. 黃坤錦，人權概論，1980 年 5 月
58. 黃朝義，無罪推定原則 論刑事訴訟程序之運作，五南圖書，2002

年 10 月

59. 黃榮堅，基礎刑法學（上），2003 年
60. 鄒文海，政治學，三民，1969 年
61. 管歐，中華民國憲法論，三民書局，1994 年 10 月
62. 劉得寬，法學入門，2000 年 9 月 4 版
63. 劉清波，現代法學思潮，黎明文化事業公司，1986 年 5 月
64. 蔡墩銘，刑法各論，三民書局，修訂 4 版，2001 年
65. 鄭玉波，法學緒論，三民書局，1998 年 8 月修訂 4 版
66. 駱永家，民事舉證責任論，台灣商務印書館股份有限公司，2003 年 4 月
67. 謝政道，中華民國修憲史，揚智文化事業，2007 年 2 版
68. 韓忠模，法學緒論，1982 年 12 月 9 版

## 二、期刊

1. 王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）-人格權的具體化及保護範圍（4）-名譽權（上）-，台灣法學雜誌，2006 年 12 月號，89 期
2. 石世豪，新聞自由及其界線—最高法院九十三年台上字第八五一號判決與新聞報導應有規範，月旦法學雜誌，112 期，2004 年 9 月
3. 吳庚，論憲法解釋，法令月刊，第 41 卷第 8 期，1990 年
4. 李建良，競業禁止與職業自由，臺灣本土法學，第 15 期，2000 年 10 月
5. 李震山，基本權利之衝突，月旦法學雜誌，第 1 期，1995 年 5 月
6. 李震山，論憲政改革與基本權利保障，中正法學集刊，18 期
7. 林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明-兼評大法官釋字第五〇九號解釋，臺大法學論叢第 32 卷第 2 期，2003 年 3 月
8. 林麗瑩，刑事法上的舉證責任—有疑則利被告原則、被告不自證己罪原則，月旦法學雜誌，133 期，2006 年 6 月



9. 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解釋，月旦法學雜誌，65 期，元照，2000 年 10 月
10. 洪進，各國憲法對人權之保障，憲政思潮，36 期，1973 年 9 月
11. 紀舜傑，從比較觀點看台灣與美國之人權教育，教育研究月刊，第 110 期，2003 年
12. 徐正戎、呂炳寬，三代人權與司法審查，東亞法學評論 第 1 卷/第 1 期，2010 年 3 月 1 日
13. 張國聖，現代人權的發展源流與意涵，通識研究集刊，4 期，2003 年
14. 許志雄，未成人之人權，月旦法學教室 1995-2002 (3) 公法學篇，2002 年 2 月
15. 許志雄，現代立憲主義與民主的對話，跨世紀法學新思維--法學叢刊創刊五十週年，元照，2006 年 1 月
16. 許宗力，基本權功能，月旦法學教室，第 2 期，2002 年 12 月
17. 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第 9 期，2003 年 7 月
18. 許宗力，基本權的保障與限制 (上)，月旦法學教室，第 11 期，元照，2003 年 9 月
19. 許家馨，美國誹謗侵權法歸責體系初探—以歸責內涵及查證義務為中心，月旦法學雜誌，154 期，2008 年 3 月
20. 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，2006 年 5 月
21. 許國賢，多元主義與民主，行政及政策學報，50 期，2010 年 6 月
22. 許慶雄，人權保障之基本概念—本質、分類、享有主體之探討，律師通訊，7 月號/202 期
23. 陳宏毅，改良式當事人主義下被告在刑事訴訟程序中的舉證問題，刑事法雜誌第 50 卷第 3 期，2006 年 6 月

24. 陳秀容，近代人權觀念的轉變：一個社會生態觀點的分析，人文及社會科學集刊，9 卷 2 期，1997 年
25. 陳曉郁，自然法與基本人權，哲學與文化，23 卷 3 期，1996 年 3 月
26. 葛克昌，國家學與國家法：社會國、租稅國與法治國理念，月旦，1996 年
27. 劉靜怡，言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室，28 期，元照，2005 年 2 月
28. 謝庭晃，論刑法對名譽感情的保護，刑事法雜誌第 50 卷 3 期，2006 年 6 月

### 三、學位論文

1. 張佑生，論大法官釋字第五〇九號解釋對言論自由「最大限度之維護」的程度：美國與台灣的實務觀點，東吳大學法律研究所碩士論文，2006 年 7 月
2. 張志隆，國立成功大學法律學系碩士論文，公然侮辱與誹謗罪規範之適用與區辨，2005 年 7 月
3. 劉明宜，論刑法誹謗罪—從大法官釋字第五〇九號解釋談起，國立中正大學法律研究所，2002 年碩士

### 貳、參考網站

- 一、<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>
- 二、<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S21/S21KE000.html>
- 三、[http://memory.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/bdsdcc:@field\(DOCID+@lit\(bdsdcc02101\)\)](http://memory.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/bdsdcc:@field(DOCID+@lit(bdsdcc02101)))
- 四、<http://www.humanrights.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=171520&ctNode=26511&mp=200>
- 五、<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03.asp>

- 六、 <http://www.judicial.gov.tw/db/db04/db04-01.asp>
- 七、 <http://www.npf.org.tw/post/2/8400>
- 八、 <http://www.president.gov.tw/Default.aspx?tabid=65>
- 九、 <http://www.worldcitizens.org.tw/awc2010/ch/Declaration/1789.htm>

