言論自由與名譽權的探戈
——我國名譽侵權法實務與理論之回顧與前瞻

許　家　馨*

要　目

壹、第一階段「奠基期」（2000～2004）
貳、第二階段「震盪期」（2004～2006）
參、第三階段「重整期」（2006～）
肆、當前重要議題探討
一、違法性v.有責性
二、個案判斷v.類型化——如何類型化？
三、舉證責任與侵權判斷階層
伍、結　論

* 中央研究院法律學研究所助研究員，美國芝加哥大學法學博士。
投稿日期：一〇〇年九月二十九日；接受刊登日期：一〇〇年十二月十五日
責任校對：阮玉婷

摘　要

本文分析釋字第五〇九號解釋公布後最高法院名譽侵權實務的動態發展，指出名譽侵權法制的未來方向。本文主張：第一，過去學術實務爭論的焦點，在於釋字第五〇九號解釋應否適用於民事案件。但此議題其實並非關鍵。仔細分析最高法院判決，可以看出該解釋的「相當理由確信真實」原則早已在言論具備高度公共性的案件中發揮影響力。真正的議題在於，在此模糊的標準下，到底應該如何界定公共性，並設計相應的過咎標準？第二，關於「相當理由確信真實」原則的詮釋，最高法院這十年來在「真正惡意」模式（約相當於「故意」）以及「合理查證」模式（比較接近「過失」）之間擺盪。但經歷劇烈震盪後，近幾年來朝向接近「過失」的「合理查證」原則靠攏。第三，下一階段最高法院應採取類型化的方法，發展較為明確的「公共性」判準，以建立完整侵權體系，不應僅僅點出考量因素，留諸下級法院個案綜合判斷。本文提出未來發展方向，參考並修正林子儀大法官釋字第六五六號解釋部分不同意見書的見解，區分高公共性、中公共性、無公共性三種案件類型，分別對應「重大過失」、「抽象輕過失」、「推定過失」三種注意義務程度以及舉證責任分配。

關鍵詞：釋字第五〇九號解釋、釋字第六五六號解釋、言論自由、名譽權、真正惡意、舉證責任、合理查證、歸責原則、違法性、故意過失

大法官釋字第五〇九號解釋自二〇〇〇年七月七日公布至今，已經過十一週年。此號大法官解釋可說是臺灣政治民主化與自由化的時代精神，落實於言論自由領域的里程碑。在解釋文中，大法官以堅定的語氣，高舉言論自由的重要性，並對言論自由的理論基礎作了相當完整的說明：「**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。**」其解釋要旨：「**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**」（以下簡稱「相當理由確信真實」原則）更對民刑事誹謗司法實務造成無比深遠的影響，解放了政治言論市場的空間。

然而，此號解釋要旨也遺留了寬闊的解釋空間。爭議重點有二：第一，所謂行為人有「相當理由確信真實」即應免責，在刑法誹謗罪的犯罪構成判斷上，相當於什麼樣的主觀不法程度？到底相當於「故意」、「重大過失」、「過失」還是其他？第二，此號解釋應否適用於民事案件？針對第二個問題，最高法院一直沒有能夠明確地統一見解。這也意味著，在民事名譽權侵害案件中，第一個問題，也就是行為人的歸責程度上，法律判準仍然浮動而難以預測。此情形不止實務界十分困擾，學術界也一直爭論不休。大法官本有機會在新新聞聲請釋憲案中一舉解決這個難題，然在釋字第六五六號解釋中，決定不受理這個議題，僅處理判決強制誹謗當事人公開道歉是否違憲。如今民事名譽侵權法制仍然處於不確定狀態。

過去十一年來，面對相關難題，司法實務與學界百花齊放，有識之士提出許多精彩見解。當我們想要前瞻名譽侵權法制未來的發展，就不能不好好回顧這段時期重要實務及學術見解的發展。「回顧」與「前瞻」都是鑲嵌在時間向度裡頭的概念。本文對於時間向度敏銳，是因為筆者認為「回顧」這十一年來百花齊放的學說與實

務看法，不應該把所有的議題都「去時間化」地放在同一個討論平臺上評估。簡單地說，有些曾經被認為重要的議題，如今可能不再重要，或者，已經被更重要的議題所取代。某些見解，在某個時間點曾經吸引眾追隨者，但是隨著時間沖刷，其重要性已經不若已往。因此，本文的「回顧」，目的在於透過觀察實務與學說演進的動態過程，希望過濾掉不甚重要的議題，進而釐清當前關鍵議題所在，以「前瞻」重要議題的發展方向。

既然本文強調「動態」地回顧過往理論與實務發展，則如何「整理」過去這段「動態過程」，就成為一個重要課題。具體言之，本文嘗試把釋字第五〇九號解釋公布之後的名譽侵權法制發展加以「分期」，藉以清楚呈現不同時期的發展重點。當然，筆者意識到，正如「思想史」（history of ideas）研究上的分期，永遠都有其任意性，筆者的分期也不可免。不過，正如批判者也不能根本取消「分期」的意義，「分期」在本文論證中仍扮演重要角色——作為「思考框架」以耙梳整理看似模糊混亂的動態軌跡。本文中的「分期」是以最高法院民事庭的見解的發展為主軸，理由顯而易見。在大法官並未進一步表達意見的情況下，最高法院對於釋字第五〇九號解釋的態度乃是法制發展的焦點。同時，在分期的基礎上，本文將分析各時期主要的學術見解，討論其得失。一個值得說明的地方是，雖然大多學術或理論見解討論出現的時間點，確實能夠符合本文的分期，但是也有部分學術見解並非如此。主要原因是學術見解往往是在實務發展之後，經過一段時間的沉澱與觀察，才發表出來。其發表的時間點可能跨越到本文分期的下一個階段。但是本文仍將在其議題相關的部分加以討論。如此可以較清晰地針對問題意識，而非僵化地依發表時間點加以整理。

本文「分期」的理路緊扣釋字第五〇九號解釋公布之後所遺留重要課題：㈠該解釋應否適用於民事案件？㈡針對言論不實，什麼

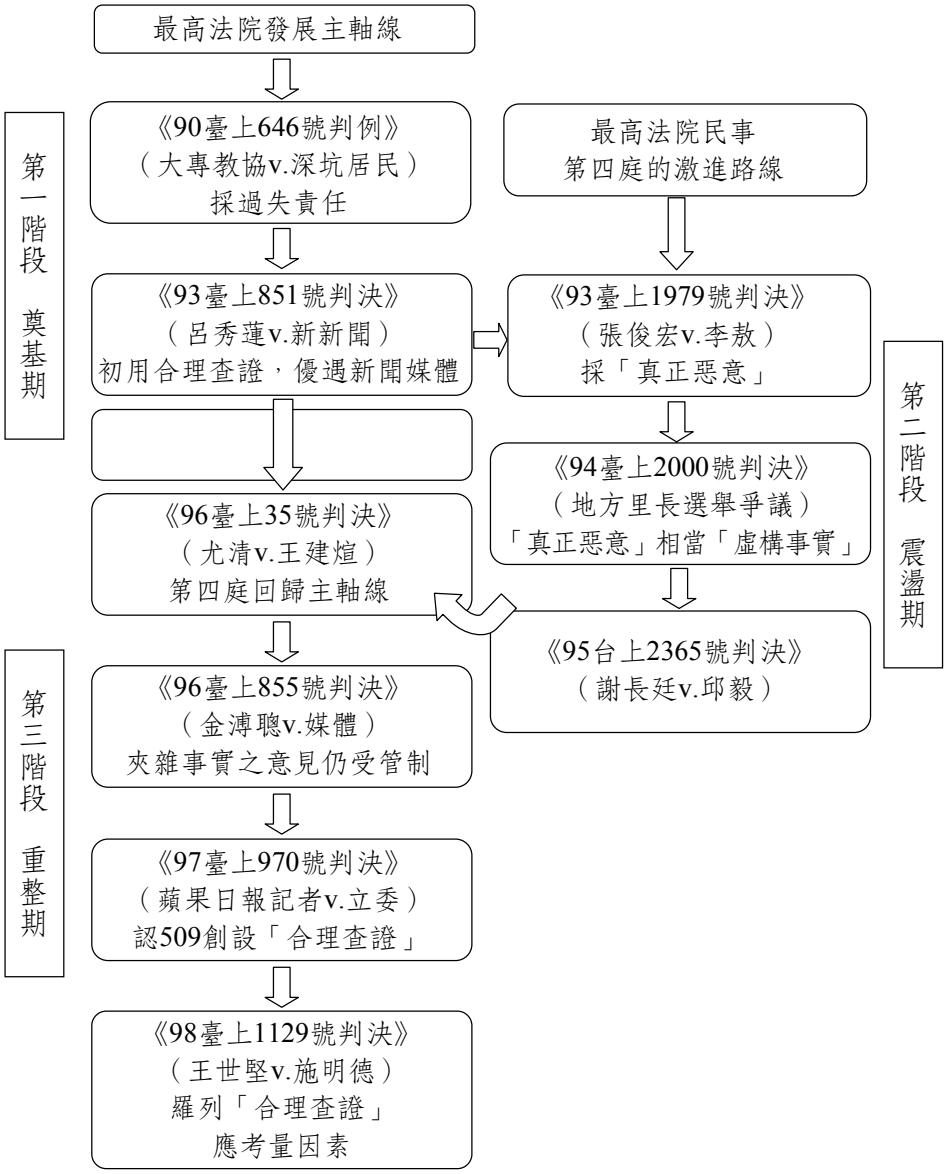
情況下，行為人應該負何種程度的責任？故意責任（真正惡意）？還是過失責任（某種意義下的「合理查證」）？還是其他？㈢針對言論不實，行為人的注意義務程度判斷到底應該放在「違法性」層次（以「合理查證」作為阻卻違法事由），還是放在「有責性」層次（作為「故意」或「過失」）？分期的考量有二：㈠當最高法院針對這三個議題發表之前沒有出現的重要見解，並且此見解相當程度主導了後續實務及學術討論的「議程」時，即構成新時期的理由；㈡特定見解在某段時間之內，重要性特別凸顯，卻在後來的某時間點之後，失去其重要性時，也構成了「分期」的理由。為了能夠充分掌握最高法院的發展，筆者透過司法院法學資料檢索系統，檢索到二〇〇〇年七月七日以後公布之八十四則最高法院民事名譽侵權裁判。筆者對於分期與趨勢的判斷，建立在對於最高法院判決的地毯式整理上。[1]

簡言之，本文認為，二〇〇〇年後最高法院名譽侵權法制的發展大致可分為三個階段。第一階段約從二〇〇〇年中到二〇〇四年中，代表性的判決是九十年臺上字第六四六號判例以及九十三年度

[1] 在84則裁判中，過濾掉程序性以及並未表達重要見解的裁判後，筆者認爲起碼有27則判決是比較值得關注的。包括，90年臺上字第646號判決、90年度臺上字第2026號判決，90年度臺上字第2109號判決、90年度臺上字第2283號判決、93年度臺上字第851號判決、93年度臺上字第1805號判決、93年度臺上字第1979號判決、94年度臺上字第2000號判決、95年度臺上字第2365號判決、96年度臺上字第35號判決、96年度臺上字第855號判決、96年度臺上字第928號判決、96年度臺上字第1912號判決、96年度臺上字第2146號判決、96年度臺上字第2170號判決、97年度臺上字第970號判決、97年度臺上字第102號判決、97年度臺上字第183號判決、97年度臺上字第1677號判決、97年度臺上字第1731號判決、98年度臺上字第438號判決、98年度臺上字第539號判決、98年度臺上字第640號判決、98年度臺上字第1129號判決、98年度臺上字第1562號判決、99年度臺上字第175號判決、99年度臺上字第792號判決（本文所引判決，除非特別註明爲刑事判決，否則皆爲民事判決）。

臺上字第八五一號判決。此階段可以稱為「奠基期」，最高法院一開始嘗試抵擋釋字第五〇九號解釋的影響。然而，由於重大政治性誹謗案件的挑戰，使得最高法院不得不吸收釋字第五〇九號解釋的精神，同時維持在民法侵權行為「過失責任」的軌道上。在這個階段，學術見解討論焦點乃是「釋字第五〇九號解釋應否適用於民事案件」。第二階段大約從二〇〇四年中二〇〇六年底，代表性的判決是九十三年度臺上字第一九七九號判決。這個階段可以稱為「震盪期」，因為名譽侵權法制的發展受到外在政治發展的巨大壓力，最高法院連續審理幾個可以視為藍綠對抗的名譽侵權案件。最高法院民事第四庭開始澈底向釋字第五〇九號解釋靠攏，極大化言論自由保障的論述，明確採用「真正惡意」論述。民事第四庭的激進路線與「奠基期」的判例對抗，形成相當程度的緊張關係。第三階段約從二〇〇七年初一直到現在，可以稱為「重整期」。這個階段始於民事第四庭改弦易轍，放棄第二階段的激進路線，回歸「奠基期」的主軸線。其他民事各庭接續作出重要的判決，「真正惡意」越來越少出現。同時，學術討論也更豐富，一些更細緻的議題，包括「類型化v.個案判斷」、「違法性v.有責性」、「注意義務程度的多元選擇」、「舉證責任分配」等。[2] 請參見圖一。

[2] 在近年一篇論文中，對本文所提及的部分最高法院判決加以分析。參許家馨，撥雲見日：名譽侵權歸責體系的困境與契機，載：判解研究彙編㈣，頁22-26，2010年12月。基本上許文指出最高法院名譽侵權判決出現不同的發展軸線。但是，該文並未發現不同軸線的動態發展。本文超越許文的地方在於，不僅指出不同軸線的存在，更透過地毯式地整理該院判決，發現不同軸線的發展趨勢，並且對這些趨勢作出更細緻的分析。



圖一　最高法院名譽侵權重要判決發展圖示

本文的主張是：㈠奠基期學術實務爭論的焦點，在於釋字第五〇九號解釋應否適用於民事案件。但此議題的重要性已經逐漸消失。仔細分析最高法院判決，可以看出該解釋的「相當理由確信真實」原則早已在言論具備高度公共性的案件中發揮影響力。真正的議題在於，在此模糊的標準下，到底應該如何界定公共性，並設計相應的歸責標準？㈡關於「相當理由確信真實」原則的詮釋，最高法院曾在「真正惡意」模式（約相當於「故意」）以及「合理查證」模式（比較接近「過失」）之間擺盪。但經歷劇烈的震盪後，近年來朝向接近「過失」的「合理查證」原則靠攏；㈢如果某種「過失責任」或者「合理查證」是近年來實務與學界逐漸浮現的共識，則下一階段的挑戰是就更細緻的議題，進行路線的選擇，包括「違法性v.有責性」、「類型化v.個案判斷」、「如何類型化」、「舉證責任與侵權判斷階層」等議題。對於未來發展的方向，本文認為法院應該依照「公共性」將案件「類型化」以適用不同程度的歸責程度，參考並修正林子儀大法官釋字第六五六號解釋部分不同意見書，本文區分高公共性、中公共性、無公共性三種案件類型，一律由被告負言論真實的舉證責任，但被告之歸責程度分別對應「重大過失」（原告舉證）、「抽象輕過失」（原告舉證）、「推定過失」三種注意義務程度以及舉證責任分配。

本文分為四大部分。前三部分按照本文所區分的三個時期，分別介紹、討論最高法院判決的發展，並且分析相應的學說爭論。第四部分則針對到目前為止所浮現出來的一些重要議題，進行批判性的評估，作為未來發展的前瞻。此外，必須說明的是，本文的用意在於指出理論與實務發展的大方向，本文隱含的判斷是，這個大方向值得肯定。不過，由於篇幅限制以及論證簡潔，本文不打算從言論自由理論的角度，來批判分析此方向如何助於實現釋字第五〇九號解釋所揭櫫的「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」等憲法目標。對此，筆者將另行為文，從言論自由理論以及法律與社會互動的角度，來評估此一發展。

壹、第一階段「奠基期」（2000～2004）

最高法院首度對釋字第五〇九號解釋之後的名譽侵權法制提出重要見解，是在二〇〇一年四月十三日作成的九十年度臺上字第六四六號判決。此案事實係大專教師協會與深坑居民簽約代為開發社區。事後由於雙方對於契約認知不同，引發違約爭議，居民遂向臺灣大學、內政部、教育部、臺北縣政府等相關單位陳情，而於陳情書中指摘大專教師協會涉有「恐嚇、勒索、詐欺、背信、竊佔」等罪嫌，經大專教師協會提起刑事誹謗自訴以及民事名譽侵權訴訟。儘管該等指摘之言論明顯不實，一、二審法院對於誹謗言論高度寬容，認為被告係向相關單位「陳情」，並非「散布於眾」，因而「並非向被害人以外之第三人指摘或傳述足以毀損被害人名譽之事」，且「其不知法律，措詞或有不當，惟難認有誹謗之故意」為理由，判決原告敗訴。最高法院民事第二庭不同意下級法院的見解，撤銷原判指出：「**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在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，其行為亦不以廣佈於社會為必要，僅使第三人知悉其事，亦足當之。**」[3]

九十年度臺上字第六四六號判決於二〇〇一年四月公布後，大約有三年的時間，名譽侵權法制在最高法院沒有特別的發展，僅有

3　此見解與楊敦和教授早年一篇重要論文的見解一致，請參閱楊敦和，論妨害名譽之民事責任，輔仁法學，3期，頁129-136，1984年1月。

少數幾個關於商業誹謗的案件[4]。因這些案件都僅涉及私人原被告，性質相近的九十年度臺上字第六四六號判決或可提供所需的法律規範。因而該判決在二〇〇三年六月十日經最高法院九十二年度第十次民事庭會議決議成為判例。此判例奠定了名譽侵權法制在最高法院的基本格局：一、在名譽權侵害案件中，對於行為人關於「言論不實」的責任判斷，主要屬於「歸責條件」的範疇，也就是「故意」、「過失」之判斷；二、行為人因「過失」造成所言不實，亦應負責，與刑法僅處罰故意不同。

此號判例儘管奠定了名譽侵權法制發展的基本格局——關於「言論不實」因「過失」而侵害名譽者亦應負責。然而，此基本格局形成的過程中，最高法院尚未有機會審理高度政治性的名譽權侵害案件，因此判例背後的思維邏輯並沒有接受過政治性或公共性名譽侵權案件的檢驗。問題在於，高度公共性的案件（比如說原告是高階政府官員或重要政治人物時）是否也能作同樣的處理？最高法院民事各庭在釋字第五〇九號解釋公布後三年內所形成的共識，勢必要受到迅速轉變的政治情勢所挑戰。

首次重大挑戰來自於「新新聞訴呂秀蓮」案。此案中的爭議報導於二〇〇〇年十一月十六日刊出於新新聞雜誌第七一五期，大約是釋字第五〇九號解釋公布四個多月之後。新新聞在以「鼓動緋聞，暗鬥阿扁的竟然是呂秀蓮」為題的報導中，指稱時任副總統的呂秀蓮散布陳水扁總統緋聞的謠言。呂秀蓮旋即於一個月後（二〇〇〇年十二月二十日）向臺北地方法院提起民事名譽侵權訴訟。新新聞於第一、二審皆敗訴。該案一直到二〇〇二年底才因新新聞上訴第三審而繫屬於最高法院。但最高法院似乎對此案重大的法律爭

4 最高法院90年度臺上2026號判決，90年度臺上字第2109號判決，90年度臺上字第2283號判決。

議相當謹慎，遲至二〇〇四年四月二十九日，才由民事第三庭作出九十三年度臺上字第八五一號判決。相較於九十年臺上字第六四六號判例刻意避免提及釋字第五〇九號解釋，此案引起的社會矚目及學界討論已不容許最高法院輕描淡寫加以迴避。此判決明白表示釋字第五〇九號解釋：「**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。**」此判決緊緊跟隨九十年臺上字第六四六號判例，持守最高法院前幾年所形成的共識，且同時明白地區隔了釋字第五〇九號解釋。

儘管此判決刻意與釋字第五〇九號解釋保持了距離，且維持在九十年臺上字第六四六號判例所鋪好的軌道上，然而，仔細分析其判決論理，可看出這個案件因為牽涉到新聞媒體以及高階政府官員，最高法院勢必要妥當回應此案中所牽涉到的憲法議題，也就是言論自由與新聞自由。而闡釋言論自由精神最重要的釋字第五〇九號解釋，其影響力就不可免地滲透到判決當中。首先，該判決接受了釋字第五〇九號解釋的精神，援引其中關於言論自由的論述，用以闡述「新聞自由」的重要性：「**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。**」這段話鋪陳了判決在憲法上的理論基礎。雖然判決把所牽涉到的憲法基本權界定為「新聞自由」而不是「言論自由」，但是很明顯地呼應了釋字第五〇九號解釋認為言論自由「國家應給予最大限度之維護」的主張，也明顯地引用了解釋文中關於言論自由之「監督各種政治及社會活動之功能」。

第二，該判決堅持民刑法對於誹謗的歸責條件有所不同，刑法只處罰故意，民法則故意過失皆有責。不過，該判決進一步發展名

譽侵權案件中「過失」的內涵：「**而所謂過失，乃應注意能注意而不注意即欠缺注意義務之謂。構成侵權行為之過失，係指抽象輕過失即欠缺善良管理人之注意義務而言。**」此處明確地闡述「過失」在名譽權侵害案件中的內涵，指出行為人對於他人名譽負有善良管理人注意義務。儘管此段論述似乎只是把既有的民法關於「過失」的概念加以闡述，不過，此判決很用心地提出衡酌「善良管理人注意義務」應考量的因素：「**行為人已否盡善良管理人之注意義務，應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價，而有所不同。**」這些因素的羅列，使得「善良管理人注意意義」的內涵不是一成不變地「應注意能注意而不注意」或者「一般理性人處於同樣情況下所為之注意」，而是在原則上即可能因為人員身分與事件性質的不同而異之標準。

第三，對此判決而言最重要的，是「行為人之職業」這個因素。由於此判決把所牽涉的基本權定位為「新聞自由」而不是「言論自由」，其所牽涉到的是發言者的地位。本案系爭言論既然來自於新聞媒體，因此「**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。**」問題是如何「從輕酌定」？該判決指出：「**倘其在報導前業經合理查證，而依查證所得資料，有相當理由確信其為真實者，應認其已盡善良管理人之注意義務而無過失，縱事後證明其報導與事實不符，亦不能令負侵權行為之損害賠償責任。**」在此最高法院民事庭第一次明確提出「合理查證」，作為對他人名譽所負「善良管理人注意義務」的內涵。「過失」意味著「未為合理查證」。更進一步，此判決又以「有相當理由確信其為事實」補充「合理查證」的內涵。換言之，儘管此判決明白區隔釋字第五〇九號解釋，但仍然

運用了該解釋的核心要旨：「相當理由確信真實」原則，透過「合理查證」與「相當理由確信真實」二項子原則，界定了「善良管理人注意義務」經「從輕酌定」之後的內涵。

第四，此判決還有一段比較少被提及，但十分值得注意的論述。在論述「善良管理人注意義務」應如何減輕之後，法院唯恐相關論述被濫用而輕忽名譽權的保障，進一步點出「未加合理查證」可能的內涵：「**惟為兼顧個人名譽法益之保護，倘其未加合理查證率予報導，或有明顯理由，足以懷疑消息之真實性或報導之正確性，而仍予報導，致其報導與事實不符，則難謂其無過失，如因而不法侵害他人之名譽，即應負侵權行為之損害賠償責任。**」這對於發展「合理查證」的精確內涵是很值得重視的一個嘗試。

此時期的學術討論，其爭點圍繞於「釋字第五〇九號解釋應否適用於民事案件」，且採肯定見解者似乎較多。[5] 論者著重於「法律秩序的一體性」，認為該解釋在民事案件中亦有適用。要瞭解此一爭論的內涵，必須先瞭解制度演進的背景。在釋字第五〇九解釋以前，民事名譽侵權法制針對虛假言論的處理，只能類推適用刑法第三一〇條第三項：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限」。此條款作為一種特別的「真實抗辯」事由，舉證責任完全歸於被告。其效果是，只要行為人不能自證言論為真，無論其有無查證，無論其有無過失，被告皆不能免除責任。換句話說，在釋字第五〇九號解釋之前的民事實務，行為人關於言論虛假負擔的責任相當於「無過失責

5 比如陳新民，新聞自由與人格保障的糾葛——談「新新聞誹謗案」的法理依據，國家政策論壇，1卷3期，頁173-177，2001年5月；石世豪，新聞自由及其界線——最高法院九十三年度臺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，頁187-196，2004年9月；李仁淼，表現自由與名譽毀損，月旦法學雜誌，113期，頁236-249，2004年10月。

任」。[6]然而，在九十年臺上字第六四六號判例中，最高法院一舉突破過去的見解，把對於「言論不實」的主觀不法程度，放入有責性的範疇。其效果是，即便言論不實，如果行為人對言論之不實並沒有「過失」，亦得免責。換言之，此號判例最重要的發展就是關於言論不實揚棄了「無過失責任」，回歸「過失責任」。這項重要的發展，幾乎不可能沒有釋字第五〇九號解釋的影響。因此，批評最高法院民事庭拒絕釋字第五〇九號解釋或者僅僅代表保守的力量，並非公允之論。此號判決其實已經在釋字第五〇九號解釋的強大引力牽引下，對於言論市場的開放，邁出關鍵性的一步。

接著，最高法院民事第三庭在新新聞案這個高度政治性的案件中，儘管必須區隔釋字第五〇九號解釋，仍很努力地在憲法論理上吸收該解釋的精神，盡可能給予新聞媒體較大的空間，同時維持在九十年臺上字第六四六號判例所鋪好的軌道上。更重要的是，此判決不僅在憲法論理上呼應釋字第五〇九號解釋，更把「相當理由確信真實」原則吸收成為「從輕酌定善良管理人注意義務」的子原則。因此，說此判決拒絕釋字第五〇九號解釋，恐怕是過於簡化的觀察。[7]瞭解爭論之關鍵，在於「相當理由確信真實」的意義原本就很模糊，起碼有兩種解釋模式可供選擇。一種是「真正惡意」模式，相當於「故意」（明知所言不實或輕率不在乎所言真偽），另一種是「合理查證」模式，比較傾向「過失」。對於此判決的正確評價應該是：透過把釋字第五〇九號解釋「相當理由確信真實」原則置於「過失責任」的「善良管理人注意義務」架構下，九十三年度臺上字第八五一號判決拒絕了「真正惡意」模式，而採納了一種

6 許家馨，釋字五零九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，頁102-118，2006年5月。

7 例如：中國時報，一項令人惋惜的判決，社論A2版，2004年4月30日。

比較接近「合理查證」或「過失責任」的路線。

貳、第二階段「震盪期」（2004～2006）

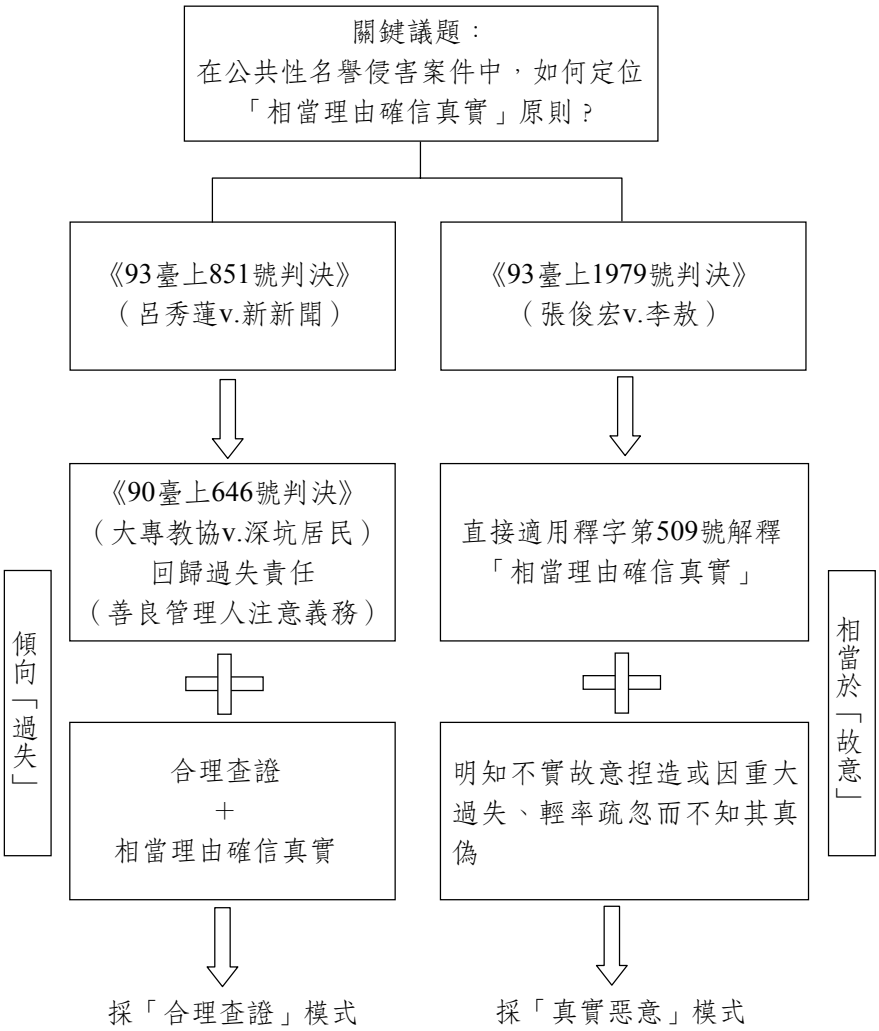
新新聞案判決之後，最高法院面對一連串高度政治性的名譽侵權案件。當政治性名譽侵害案件隨著政治對立的情勢急遽增加，二〇〇四年總統大選前後的政治動員與選舉爭議導致透過誹謗性言論所進行的政治鬥爭益發劇烈，政治的挑戰如排山倒海而來，對該判例造成更大的壓力——當外在政治環境變遷，該判例是否能提供足夠穩固的法律基準？

緊接著新新聞案，最高法院在二〇〇四年九月二十九日（新新聞案判決判決作成五個月之後，九十年度臺上字六四六號判決成為判例一年二個月之後，總統大選半年後）作成九十三年度臺上字第一九七九號判決（張俊宏訴李敖）。這是最高法院首次面對在政治意涵上，可以被解讀為藍綠鬥爭的名譽侵害案件。原告是民進黨大老張俊宏，被告是名作家李敖。李敖在所主持的談話性節目中，指稱張俊宏屈從連方瑀與中國國民黨以及陳水扁總統之願，意圖消滅環球電視臺，並於上開各節目連續公布其住家電話、行動電話及住家地址，鼓動聽眾打其住家電話、行動電話及寫信加以抗議。最高法院在九十年臺上字第六四六號判例（大專教協訴深坑居民）中，與釋字第五〇九號解釋保持一定距離的共識，即便後來經過九十三年度臺上字第八五一號判決（新新聞訴呂秀蓮）融會釋字第五〇九號解釋的精神。最高法院各庭在奠基期的共識，似乎在這個案件中破裂了。

最高法院民事第四庭維持原審判決（關於名譽權侵害，原告敗訴；關於隱私權侵害，原告勝訴），並澈底向釋字第五〇九號解釋靠攏，而且隻字未提九十年臺上字第六四六號判例：「**按言論自由**

為人民之基本權利，有個人實現自我、促進民主政治、實現多元意見等多重功能，維護言論自由即所以促進民主多元社會之正常發展，與個人名譽之可能損失，兩相權衡，顯然有較高之價值，國家應給予最大限度之保障。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』（actual malice）原則所揭櫫之旨趣無悖。」

上文曾經論道，最高法院新新聞案判決並非沒有採納釋字第五〇九號解釋的憲法論述，甚至連「相當理由確信真實」原則都已經接受。那麼，如果說最高法院民事第四庭在張俊宏訴李敖案判決中，放棄九十年臺上字第六四六號判例乃至於新新聞案判決的路線，到底差別何在？答案在於，在此判決中民事第四庭不只採用了「相當理由確信真實」原則，而且融合蘇俊雄、吳庚二位大法官在釋字第五〇九號解釋協同意見書中的意見：「**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**」，且直接言明二位大法官刻意保持隱晦的「真正惡意」（actual malice）字眼，以補充解釋文中的「相當理由確信真實」原則。換言之，張俊宏案判決與新新聞案判決的差別，並不在於有沒有採納釋字第五〇九號解釋「相當理由確信真實」原則。二判決都採納了該原則。差別在於二者對於該原則在民事案件中的意涵作了不同的定位。張俊宏案判決採取「真正惡意」模式（相當於故意），而新新聞案判決採取「合理查證」模式（比較接近「過失」）。（請參閱圖二）



圖二　最高法院「震盪期」爭議圖示

張俊宏案判決對於言論自由的激進保障不僅止於此。該判決甚至採取了比起釋字第五〇九號解釋更激進的立場。第一，釋字第五〇九號解釋文謂言論自由「**國家應給予最大限度之維護**」，這句話體現了臺灣民主化自由化的時代精神，意在揚棄威權時代過度箝制言論市場的思維模式以及制度殘餘。但是在面對言論自由與名譽權這兩種基本權衝突時，大法官卻體認到並沒有根本上的位階之分。蘇俊雄大法官在協同意見書中言明這是一個「基本權衝突」的情況。相反地，張俊宏案判決卻把「**國家應給予最大限度之保障**」，理解為言論自由「**與個人名譽之可能損失，兩相權衡，顯然有較高之價值**。」這段話把言論自由的重要性推到極致，不加區辨地犧牲名譽權，其立場可謂十分極端。第二，此判決更進一步把真正惡意原則落實在「舉證責任」分配上，課予原告證明被告具有真正惡意的舉證責任：「**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**」即不得謂有過失。

從九十三年度臺上第一九七九號判決開始，最高法院民事第四庭與九十年臺上字第六四六號判例分道揚鑣，成為激烈保障言論自由的急先鋒。該庭在一系列判決中，延續此激進路線。在九十四年度臺上字第二〇〇〇號判決中，針對臺北縣板橋市浮洲里里長選舉爭議，質疑原審判決：「被上訴人所指上訴人『買票』行為，是否等同於系爭宣傳單上所載：『……近日中又被『金牛』、『黑金』想要『連任』……』等內容中之『金牛』、『黑金』？如不等同於『金牛』、『黑金』，究有如何相當之理由足使被上訴人確信上訴人為『金牛』、『黑金』，而得認其所指摘者屬善意之言論，並據以阻卻違法？凡此均與被上訴人是否有故意虛構之真正惡意？」此判決精簡地顯示出該庭認為行為人必須具有「真正惡意」始能課予侵權責任。而「真正惡意」在操作上的意義，意味著「故意虛

構」，只要行為人能證明有相當理由足使其產生確信，即不構成「故意虛構」。

最高法院民事第四庭的下一個重要判決是九十五年度臺上字第二三六五號判決（謝長廷訴邱毅），其判決作成的時間是二〇〇六年十月二十六日。係爭言論乃時任立委的邱毅於二〇〇二年五月二十一日在立法院散發新聞稿給記者，公開指控謝長廷於高雄市長任內圖利廠商，且資產不正常增加。雖然該言論無法被證明為真，但是邱毅所言被第二審法院認為並非虛構事實，因而勝訴。在九十五年度臺上字第二三六五號判決（謝長廷訴邱毅）中，該庭支持原審，延續其在張俊宏案判決的激進路線，重申其憲法論述基礎：「**按言論自由為人民之基本權利，有個人實現自我、促進民主政治、實現多元意見等多重功能，維護言論自由即所以促進民主多元社會之正常發展，與個人名譽之可能損失，兩相權衡，顯然有較高之價值，國家應給予最大限度之保障。**」並且維持張俊宏按判決中所提的「真實惡意」判準：「**倘依行為人所提證據資料，可認有相當理由確信其為真實，或對於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，亦不能令其負侵權行為之損害賠償責任。**」不過，此判決有一項值得注意的發展，那就是該庭嘗試精緻化張俊宏案的激進見解，意識到不能夠在所有類型的案件中都對言論自由採取如此強烈的保障，因此指出「**而權衡個人名譽對言論自由之退讓程度時，於自願進入公眾領域之公眾人物，或就涉及公眾事務領域之事項，更應為較高程度之退讓。**」

最高法院民事第四庭在九十五年度臺上字第二三六五號判決仍然堅持維持張俊宏判決的激進路線，甚至加以精緻化，可以看出其意欲維持此路線的企圖心。然而，不到三個月之後，於二〇〇七年

一月十一日，該庭作成九十六年度臺上字第三十五號判決。該判決同樣是處理可以被解讀為藍綠對立的案件（原告是民進黨籍前臺北縣長尤清，被告是曾代表新黨參選臺北縣長的王建煊）。[8]在此判決中，民事第四庭卻放棄了之前所採取的路線，回歸九十年臺上字第六四六號判例，表示：「**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在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（本院九十年度臺上字第六四六號判例參照）。至侵害名譽權之行為，當不以直接之方法為限，倘以間接之方法，例如藉字裡行間之意義使他人因該影射而受名譽之損害，亦屬之。又侵權行為損害賠償責任之行為人所必須具有『故意』或『過失』主觀意思要件中之『過失』，係以行為人是否已盡善良管理人之注意義務為認定之標準，亦即行為人所負者，乃抽象輕過失之責任。**」[9]

---

8 在「震盪期」採取激進保障言論自由路線的民事第四庭，其人員組成並非自始至終不變。最高法院民事第四庭的激進路線始於93年度臺上字第1979號判決（張俊宏訴李敖）。當時民事第四庭的組成爲審判長朱錦娟法官、顏南全法官、許澍林法官、葉勝利法官與黃義豐法官。但從94年度臺上字第2000號判決（里長選舉爭議）開始，其成員爲審判長蘇茂秋法官、蘇達志法官、王仁貴法官、謝正勝法官與高孟焄法官。95年度臺上字第2365號判決（謝長廷訴邱毅），審判長法官蘇茂秋、王仁貴法官、劉靜嫻法官、劉福來法官、黃秀得法官。最值得注意的是，到96年度臺上字第35號判決（尤清訴王建煊），該庭放棄原來的路線時，是由幾乎是同一組法官所作成的判決：審判長蘇茂秋法官、陳碧玉法官、王仁貴法官、劉靜嫻法官、劉福來法官。從謝長廷案到尤清案幾乎是同樣一組法官（僅一人有異動，黃秀得法官換爲陳碧玉法官）而其見解產生如此大的轉變，特別值得矚目。

9 一個合理的質疑是，最高法院民事第四庭是不是有政治偏見，按照政治立場選擇法律？當然，理論上我們不能排除這種可能性。然而，我認爲當研究的主要對象是法律發展的重構，而非法官行爲時，在方法上，除非有證據能夠

如果仔細觀察該判決所廢棄的原審臺灣高等法院九十三年度上字第八六五號民事判決，其遭最高法院民事第四庭判決廢棄並不會太令人意外。因為該判決保障言論而犧牲名譽權的程度，恐怕到了連保障言論最激進的最高法院民事第四庭都無法忍受的地步。該案被告王建煊當時參選第十四屆臺北縣縣長，於二〇〇一年十一月十六日，在中國時報及聯合報刊登：「別讓蘇貞昌變成尤清第二」；副標題則為：「新板橋車站特定專用區圖利財團？尤清」等廣告，其政治上的意義十分清楚，乃是透過指控民進黨籍前縣長尤清圖利財團，呼籲選民不要投票給其競爭對手民進黨籍的蘇貞昌。該廣告引用四年前檢方開始偵辦尤清圖利的報紙報導，以佐證其指控之事實。問題是，檢察官早已於一九九九年因查無犯罪事實而偵查終結，此事亦經中國時報報導。而王建煊未為任何合理查證。儘管如此，臺灣高等法院九十三年度上字第八六五號判決仍以相當令人費解的理由，判決尤清敗訴：一、加問號就不算誹謗：「係爭廣告中『圖利財團』四字後面保留問號，就算刻意掩蓋原報導標題中的『尤清否認』字樣，仍屬疑問句，而非易使客觀第三人誤認為上訴人圖利財團之肯定語氣」；二、引用媒體不算誹謗：「引用客觀上早已存在於報紙所報導之事實，難謂有何貶損上訴人在社會上評價之故意或過失」；三、傳述誹謗言論不算誹謗：「系爭廣告內容經

證明法官的偏見，否則如果有妥當的非「態度論」（attitudinal approach）的解釋，應優先採取之，亦即應先假設法院的行爲並未受到政治意識形態的左右，直到有相反的證據出現。值得慶幸的是，在解釋民事第四庭的轉變時，藍綠偏好的影響應該可以被初步排除。因爲，儘管在93年度臺上字第1979號判決（張俊宏訴李敖）、95年度臺上字第2365號判決（謝長廷訴邱毅）中，該庭皆駁回綠營的張俊宏和謝長廷之上訴，但是，在96年度臺上字第35號判決中，該庭卻認爲綠營的尤清上訴有理由，而廢棄對王建煊有利的高院判決。換言之，在最高法院民事第四庭所作成的一系列判決中，藍綠各有勝敗，因此我們有很好的理由先推定法院並無政治偏見。

報導，已為存在之事實，若足以貶損上訴人在社會上之評價，亦早有定論不再度發生貶損名譽之效果」；四、誹謗競選對手才算數：「不是競選對手所以製作係爭廣告時，尤清既非縣長選舉之候選人，自非被上訴人競選之對象。可知廣告之用意非在貶損上訴人之社會評價。」臺灣高等法院九十三年度上字第八六五號判決對於名譽權的保障太過輕忽，以致於被廢棄並不令人意外。然而，最高法院民事第四庭為什麼認為必須放棄之前堅持的「真正惡意」路線呢？這個問題牽涉到對於法院行為與政治社會環境互動的分析，無法在本文中處理。

從最高法院民事第四庭在九十三年度臺上字第一九七九號判決（張俊宏案判決）選擇走自己的路開始，二〇〇〇年後名譽侵權法制發展的矛盾與張力被拉到了極致。這個張力在九十六年度臺上字第三十五號判決該庭選擇回歸九十年臺上字第六四六號判例後獲得舒緩。在此必須再度強調，回顧這段時期導致張力的議題，並不是如一般所認為的：「釋字第五〇九號解釋應否適用於民事案件？」。這個問題幾乎可以說是一個假問題。[10]從前面的分析，我們已經可以看到。不止激進保障言論自由的張俊宏案判決接受「相當理由確信真實」原則，甚至拒絕適用釋字第五〇九號解釋的代表性判決，也就是新新聞案判決，事實上也已經接受了該號解釋的內涵與要旨，包括承認言論與新聞自由值得最大限度的保障，以及「相當理由確信真實」原則。真正的張力在於，如何理解「相當理由確信真實」原則？新新聞案判決把「相當理由確信真實」原則定

10 筆者另外以實證研究的方法，調查臺灣高等法院名譽侵權案件，發現有沒有適用釋字第509號解釋對於判決中所課予行爲人注意義務的程度沒有差別。從另一個角度證明該解釋被援引或適用與否，並不是真正重要的議題。許家馨，同註2，頁30。

位於「減輕善良管理人注意義務」時的子原則，同時配合「合理查證」，因此在歸責程度上比較接近「過失」。張俊宏案判決的論述則不提「善良管理人注意義務」或者「過失」，直接以「真實惡意」來詮釋「相當理由確信真實」原則，在歸責程度上，比較接近「故意」。釋字第五〇九號解釋的「相當理由確信真實」原則，由於其內涵的模糊，無法解決這項差異。

這個階段的學術討論，面對最高法院民事庭積極繼受「真正惡意」原則，已經逐漸有反省的聲音。[11]王澤鑑教授在二〇〇七年初的一篇重要論文中也反對繼受「真正惡意」，其見解具有代表性。王老師犀利地指出，一、言論自由與人格權（名譽權）係同屬受憲法保障的基本權利，言論自由不具顯然優於個人名譽的價值。二、為調和言論自由與名譽權保護，司法院釋字第五〇九號設有「合理查證義務」的憲法基準，最高法院採取真實惡意原則，逾越此項憲法基準，並破壞侵權行為法上過失責任原則。[12]此後，筆者也提出類似的見解，指出「真正惡意」在美國發展的社會條件與時代背景皆與我國有異，未必應加以繼受。[13]回顧這個時期對「真正惡意」原則的反省，可以發現，第一階段和第二階段的時代氛圍似乎已經起了微妙的轉變。第一階段，面對新新聞案判決明確區隔釋字第五〇九號解釋，公共領域中主要的論述皆採取批判的態度，認為該判

---

11 柯耀程教授在分析刑法誹謗罪之正當性時，在該論文的一個註腳中就質疑「真正惡意」：「是否果真別人有的就一定比較好嗎？」。柯耀程，檢視刑法誹謗罪之正當性——從釋字第509號解釋與新新聞案觀察，月旦法學雜誌，111期，頁180，註13，2004年8月。

12 王澤鑑，人格權保護的課題與展望㈢——人格權的具體化及保護範圍㈣：名譽權（下），台灣本土法學雜誌，90期，頁39，2007年1月。

13 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爲中心，月旦法學雜誌，154期，頁138-140，2008年3月。

決對於言論自由的保障不夠。但在新新聞案判決已經採取某種意義下的「合理查證」時，似乎意謂著「真正惡意」才符合當時批判者的期待。然而，到了第二階段，在民事案件中運用「真正惡意」，似乎已經不被一些重要的學術見解接受。

參、第三階段：重整期（2006～）

在最高法院民事第四庭放棄「真正惡意」路線之後，不唯該庭，後來最高法院民事各庭判決也沒有提及「真正惡意」一詞，九十三年度臺上字第一九七九號張俊宏案判決要旨：「**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。**」亦未再被援用。二〇〇七年初以後的最高法院判決，經過前兩年的劇烈震盪，逐漸回歸「奠基期」所打下的共識。整體而言，其後的發展趨勢可以歸納為兩點。第一，在原被告為一般私人且缺乏公益性的名譽侵權案件中，回歸九十年臺上字第六四六號判例，明白承認名譽權侵害無論故意過失皆有責，課予行為人「善良管理人的注意義務」，屬抽象輕過失責任。典型的包括九十六年度臺上字第二一七〇號判決、九十七年度臺上字第一〇二號判決。在這類型比較缺乏公共性的案件中，法院判決多半直接引用判例要旨：「**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在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，其行為亦不以廣佈於社會為必要，僅使第三人知悉其事，亦足當之。**」同時避免提及釋字第五〇九號解釋。第二，在公共性較高的案件中，放鬆「善良管理人的注意義務」程度，大抵採取九十三年度臺上字第八五一號新新聞案判決所採取的路線，接受釋字第五〇

九號解釋的論理及要旨，透過「相當理由確信真實」原則以及「合理查證」模式，來緩和「抽象輕過失」責任的客觀化過失標準；九十七年度臺上字第九七〇號判決更直接認定釋字第五〇九號解釋創設了「合理查證」義務。[14]

除此之外，最高法院還發展出一些值得關注的重要見解：一、「**陳述之事實如與公共利益相關，為落實言論自由的保障，亦難責其陳述與真實分毫不差**」[15]；二、刑法第三一〇條第三項規定：「對於所誹謗之事，能證明其無真實者不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限」，以及第三一一條第三款，以善意發表言論，對於可受公評之事而為適當評論者，不罰。「**上述不罰之規定，於民事事件即非不得採為審酌之標準**」[16]；三「**惟按發表言論與陳述事實不同，意見為主觀之價值判斷，無所謂真實與否，在民主多元社會，各種價值判斷均應容許，而受言論自由之保障，僅能藉由言論之自由市場機制，使真理愈辯愈明而達到去蕪存菁之效果。……惟事實陳述本身涉及真實與否，雖其與言論表達在概念上偶有流動，有時難期涇渭分明，若言論係以某項事實為基礎，或發言過程中夾論夾敘，**

---

14 另外，一項值得注意的發展，是關於「意見與事實」的差別，如何看待，最高法院似乎有相當高的共識：「惟按發表言論與陳述事實不同，意見爲主觀之價值判斷，無所謂真實與否，在民主多元社會，各種價值判斷均應容許，而受言論自由之保障，僅能藉由言論之自由市場機制，使真理愈辯愈明而達到去蕪存菁之效果。…… 惟事實陳述本身涉及真實與否，雖其與言論表達在概念上偶有流動，有時難期涇渭分明，若言論係以某項事實爲基礎，或發言過程中夾論夾敘，將事實敘述與評論混爲一談，在評價言論自由與保障個人名譽權之考量上，仍應考慮事實之真僞。」 此論述可見於以下判決：96年度臺上字第855號判決、96年度臺上字第928號判決、96年度臺上字第2146號判決、98年度臺上字第438號判決、98年度臺上字第1129號判決。

15 最高法院96年度臺上字第928號判決。

16 最高法院97年度臺上字第970號判決。另外96年度臺上字第2146號判決、97年度臺上字第1677號判決亦表達相同意旨。

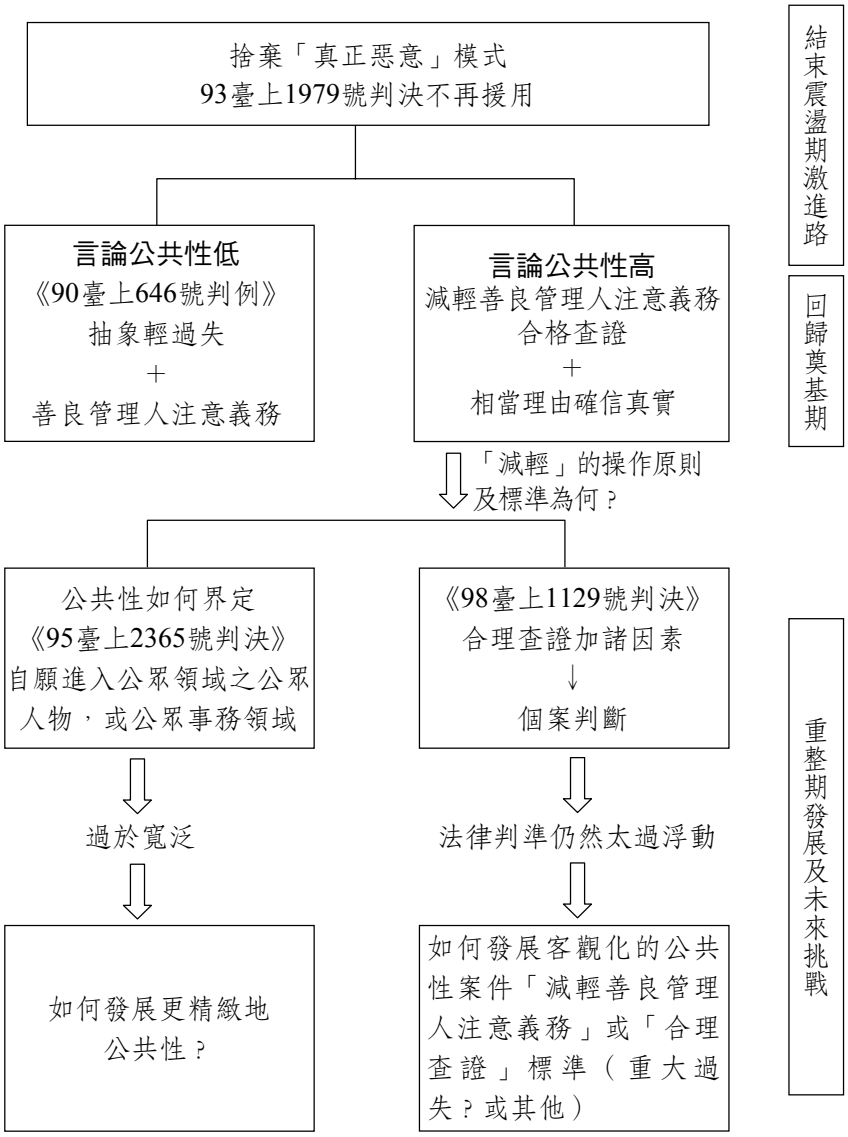
將事實敘述與評論混為一談，在評價言論自由與保障個人名譽權之考量上，仍應考慮事實之真偽。」[17]；四、合理查證與否應考量「行為人及被害人究係私人、媒體或公眾人物」、「名譽侵害之程度」、「與公共利益之關係」、「資料來源之可信度」、「查證對象之人、事、物」「陳述事項之時效性」及「查證時間、費用成本」等因素，分別定其合理查證義務之高低，以善盡其舉證責任，始得解免其應負之侵權行為責任，俾調和言論自由之落實與個人名譽之保護。」[18]

「重整期」發展趨勢，請參見圖三。

（續接次頁）

17 此論述可見於以下判決：最高法院96年度臺上字第855號判決、96年度臺上字第928號判決、96年度臺上字第2146號判決、98年度臺上字第438號判決、98年度臺上字第1129號判決。

18 最高法院98年度臺上字第1129號判決。



圖三　最高法院「重整期」發展圖示

儘管有這些讓人耳目一新的進展，名譽侵權法制的核心，也就是行為人關於「言論真實性」的注意義務程度，仍然面臨很大的挑戰。儘管大趨勢逐漸成形——回歸九十年臺上字第六四六號判例，肯定行為人負善良管理人注意義務，而在有公共性的案件中配合釋字第五〇九號解釋相當理由確信真實原則減輕其注意義務——然而由於尚未有任何判決（遑論判例）把這個趨勢所內含的邏輯明白地表達出來，因此，仍然有判決沒有掌握到這個趨勢，導致最高法院各庭的判決彼此之間仍然有緊張關係。舉例而言，九十七年度臺上字第一八三號判決（尤清訴王建煊案更審後由王建煊上訴最高法院的判決）原被告都是重要的政治性公眾人物，如果依照「重整期」的大趨勢而言，應該援引「相當理由確信真實」原則以減輕「善良管理人注意義務」。但是，此判決的處理方式卻類似私人案件，僅僅援用九十年臺上字第六四六號判例。如果連最高法院民事諸庭之間，都不一定能夠掌握重整期的整體法制圖像，更遑論下級法院。甚至，我們可以發現，最高法院在二〇〇七年初以後，已經不再沿用的九十三年度臺上字一九七九號張俊宏案判決要旨（真正惡意），近來仍然有下級法院繼續援用。[19]換句話說，最高法院本身如果不能透過判決或其他方式明白釐清法制發展趨勢，則法制的不確定性到了下級法院只會擺盪地更加厲害。下級法院可能選擇性地引用符合其偏好的最高法院判決，使得名譽侵權法制難以預測。

19 比如臺灣高等法院民事判決97年度上字第202號、98年度上字第1199號、99年度上字第566號等。

肆、當前重要議題探討

一、違法性v.有責性

二〇〇七年以來名譽侵權法制的重要進展來自學界，最值得矚目的當推王澤鑑教授在二〇〇六年底與二〇〇七年初所發表的兩篇名譽權系列文章。[20]在其中，關於行為人違反查證義務的審查，王澤鑑老師提出重要看法。他反對最高法院把行為人對言論查證程度的審查，放在「歸責」層次（故意過失）來處理。相反地，他主張釋字第五〇九號解釋創設了「合理查證」作為阻卻違法事由，而民事案件基於法秩序統一性也應該同等適用，因而「行為人善盡合理查證義務者，其行為不具違法性，無再檢討故意過失的必要」。[21]此見解陳聰富教授也加以跟隨。[22]王澤鑑老師和陳聰富教授的見解與最高法院從九十年臺上字第六四六號判例以降的基本格局有很大的歧異。歧異在於行為人對於「言論不實」應否負責的判斷，到底應該放在違法性還是有責性的階段來判斷。此問題另外牽涉到「類型化v.個案判斷」以及「舉證責任配置」的問題，以下將分別探討。在此，筆者希望先就判斷階層本身的意義加以分析。

無論應歸屬「違法性」或者「有責性」，這是一個制度選擇的問題，不是事物之本質。讓我們回歸基本面，也就是問題的核心：行為人發表言論之前，對於他人的名譽權負有一定程度的注意義務。「名譽權」，起碼在並非「涉於私德而與公共利益無關」的事

---

20 王澤鑑，人格權保護的課題與展望㈢——人格權的具體化及保護範圍㈣：名譽權（上），台灣本土法學雜誌，89期，頁31-49，2006年10月；王澤鑑，同註12，頁23-43。

21 王澤鑑，同註12，頁33。

22 陳聰富，論侵權行爲法之違法性概念，月旦法學雜誌，155期，頁192，2008年4月。

務上，意謂著一個人有維護良好聲譽不受不實事實抹黑的權利，卻沒有「欺世盜名」的權利。[23]換言之，行為人發表言論之前，必須盡一定程度的注意義務，確保發言為真。如果行為人能夠證明所言為真，則沒有侵害名譽權的問題，這是所謂的「真實抗辯」，來自類推適用刑法第三一〇條第三項前段（「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」）。問題是，當所言無法被證明為真的時候，行為人在多大的程度上應負責呢？如果排除當言論無法被證明為真實，行為人即應負責的狀況（嚴格責任），則有兩種情況行為人應負責任。第一種情況是，行為人明知所言為假（直接故意），或者其雖然非「明知」所言為假，但是他意識到「很有可能為假」因而很有可能侵害他人名譽權，卻對此可能性漠然或者甚至並不違背其本意（未必故意）。第二種情況是，行為人並未認知到所言為假，也並非對他人名譽權漠然，事前也曾經做過某些查證，只因為某些「錯誤」而誤信所言為真或很有可能是真（過失）。在第二種情況，我們必須思考，哪種程度的「錯誤」是社會可以容許，而哪種程度的錯誤是社會不能容許的。行為人是否已經做到社會認可的查證程度，是否有違背社會所要求的對他人名譽權的「注意義務」。

上述的這些判斷應該放在「違法性」還是「有責性」的層次呢？當行為人沒有做到社會所要求的查證行為時，我們可以說他「未能成功地主張合理查證，因此其行為未能阻卻違法」；我們也可以說「他因『過失』而未能發覺所言不實」，這兩種說法似乎都有道理，應該如何選擇呢？首先，我們必須重新思考責任判斷階層的意義。我國民法第一八四條參照德國民法而制定，從而亦繼受德國法上傳統不法性的理論。依照王澤鑑老師的說明，「違法性」狹義地指違反禁止或命令，廣義而言，包括故意背於善良風俗之方

23 許家馨，同註6，頁113。

法。[24]簡單地說，就是行為違背了侵權行為法所建構的「客觀法秩序」，侵犯到他人生活領域中法律所保障之權利或利益，且缺乏被法秩序所容許的理由加以證立。相對而言，「有責性」當中的「歸責原則」（故意過失）在傳統理論中，指向行為人「主觀」上對於其行為的心理狀態。當「違法性」指其行為在客觀上侵犯了法秩序，「有責性」指行為人忽略了當時情境底下所應該有的注意程度。當然，這裡的「注意程度」並非完全屬於行為人一己的主觀範疇，而有相當程度的「客觀」成分，也就是說，行為人所疏忽的「注意程度」乃是社會所客觀要求的注意程度。

王澤鑑老師特別指出：「之所以創設違法性概念，其主要功能在於界定及區別受保護的權益。即侵害他人權利時，即推定侵害行為的不法性。」[25]當被侵害的是「權利」（如生命、身體、自由、所有權）等受法律保護的重要價值，其保護的範圍有社會公開性，就可以推定侵害行為的不法性，加以保護。此時，在構成要件層次判斷「權利」受侵害之後，因其已被推定為「不法」，所以違法性層次的判斷，就著重在審查是否有「例外」的阻卻違法事由。侵害「權利」的行為，其不法性傳統上著重在其「結果」，稱為「結果不法」（Erfolgsunrecht）。[26]相對於「結果不法」，近年來有逐漸加大的聲浪，引入「行為不法」（Handlungsunrecht）的概念。王澤鑑老師說明，「行為不法」理論之主要論點係認為一個行為不能僅因其肇致他人權利受侵害，即構成違法；在過失侵害他人權利的情形，其違法性的成立，則須以行為人未盡避免侵害他人權利的注意義務為必要。注意義務的違反係違法性的特徵。換句話說，若行

24　王澤鑑，侵權行爲法，頁277，2009年7月。
25　同前註，頁278。
26　王澤鑑，同註24，頁278。

為人已盡其社會活動上必要注意義務時，縱因其行為侵害他人權益，也不具違法性。[27]

從「結果不法」到「行為不法」的思潮轉移以及其間引發的爭論，乃是因為現代社會生活的複雜性，使得許多社會行為都不可避免地對他人產生風險。要調控複雜的社會生活，當某種行為造成了權利的侵害，很多情況下不能僅從結果面論斷推定其不法性。其到底是否「不法」，必須找到一個社會所容許的平衡點，而那個平衡點就是社會所要求的注意程度。當行為人做到了社會所要求的注意程度，仍然發生權利侵害的結果時，就毋須論斷其為不法。儘管「行為不法」與「結果不法」的爭論，主要著重於理論層面，實務操作上，堅持「結果不法」理論者，仍然必須審酌行為人是否有「過失」。[28]然而，正如漢堡大學（Universität Hamburg）Ulrich Magnus教授和符茲堡大學（Universität Würzburg）Gerhard Seher教授所強調，此一理論爭論的發生表達出傳統上責任判斷階層，對於「違法性」及「歸責條件」的區分已經逐漸模糊。[29]朝向「行為不法」演進的「違法性」以及「過失」之內涵同樣都在審酌行為人是否違反了社會所要求的「注意義務」。他們更進一步指出，因為現代工業社會中許多造成權利侵害的行為，牽涉到大型組織內部對於人員的監督，其行為形態很多時候是以「不作為」方式呈現（未盡監督管理義務）。此時對於「不作為」的判斷，同樣必須審查該不作為是否違背社會所要求的「注意義務」，因而「違法性」與「歸責條件」（主要指「過失」）之間的界線，就更趨模糊。[30]

---

27 王澤鑑，同註24，頁279。

28 王澤鑑，同註24，頁277。

29 Ulrich Magnus & Gerhard Seher, *Fault under German Law*, *in* UNIFICATION OF TORT LAW: FAULT 101, 105 (P. Widmer ed., 2005).

30 *Id*.

「違法性」與「歸責條件」（主要指「過失」）之間界線模糊的狀況，在名譽權侵害上特別明顯。「名譽權」是受到保護的「權利」，其侵害行為的違法性本應受到推定。這在釋字第五〇九號解釋以前，對於「言論不實」採取「嚴格責任」的年代，確實如此。在傳統的誹謗法架構下，只有言論被證明為真，才能夠免責。然而，一旦捨棄「嚴格責任」，「名譽權」侵害的不法內涵就有了巨大的轉變。在具有公益性質的言論上，透過憲法言論自由的介入，社會提高了對於名譽權侵害風險的容忍度。名譽侵害行為並沒有辦法單純地推定其違法，也沒有辦法從傳統階層理論「構成要件」與「違法性」之間的「原則」與「例外」關係來理解。其「不法性」牽涉到複雜的衡量，衡量的重點就是在言論自由與名譽權的平衡之下，行為人是否違反所應盡的注意義務，這是典型的「行為不法」，與「過失」概念難以區分。更進一步，侵害名譽權的行為，往往是因為某種「不作為」（沒有做到足夠的查證）而造成。要論斷此「不作為」的違法性，同樣必須考量其是否違反特定作為義務。因此，「違法性」與「歸責條件」（主要指「過失」）的界線，再一次被模糊掉。

「違法性」與「歸責條件」之間的界線模糊，不只意味著嚴格區分二者在階層內涵上缺乏實質意義，更進一步，筆者要指出，「行為人善盡合理查證義務者，其行為不具違法性，無再檢討故意過失的必要」這樣的說法，堅持從「違法性」（阻卻違法）這個面向切入而把「故意過失」放置到侵權判斷的後階段，操作上無法協助法院掌握名譽侵權行為的複雜面向，而有誤導的危險。危險在於，如果在判斷初始，法院就把議題架構設定為「行為人有沒有合理查證」，而把「故意過失」擱置到下一階段，其後果是一個明知言論不實或根本不在乎真偽的被告，比較容易誤導法院，使其忽略其主觀的心理狀態。設想此一案例，假設明知言論不實的行為人在

發表言論之前，就很聰明地大張旗鼓做了一些看起來有幫助的查證動作，但是卻故意漏掉了少數關鍵的證據資料。這些作為煙霧彈的查證動作，很容易就可以蒙混過關，讓法院認為被告已經為「合理查證」。畢竟，到底多少查證才算「合理」，十分難以掌握。特別是在公共性高的案件，我國法院對於被告查證工作的標準並不高，很多時候行為人只要有為查證，給法院一個印象「行為人並非憑空捏造，而有為查證」[31]即可過關。這種法律操作判準下，狡猾的行為人十分容易操弄法院。這類假想案例並非虛構。典型的案例，是美國聯邦最高法院一九八九年作成的Harte-Hanks Communications, Inc. v. Connaughton[32]判決。此案被告係一家報社，在發表言論前，曾大張旗鼓進行查證。但調查資訊中有許多不一致的疑點，也未能訪問一位關鍵證人。法院認為，被告「刻意迴避真相」（purposeful avoidance of truth），判斷其具有「真正惡意」。換言之，儘管在實務的操作上，「查證合理與否」確實是最基本的操作原則，對於名譽侵害的不法判斷多半由此入手，然而，硬要把「故意」概念擱置到下一個判斷階段，法院很容易被誤導，僅著眼於查證動作的多寡，而忽視這些煙霧彈背後可能隱藏著被告的「故意」。

總而言之，本文絕對沒有反對使用「合理查證」概念，筆者探討的重點是，應該把「合理查證」放在什麼樣的判斷架構下來運用。在名譽侵權案件中，一旦誹謗言論在訴訟上被認定為「虛假」，接下來有兩種制度選擇。第一是把「合理查證」當作「阻卻違法事由」同時擱置「故意過失」之判斷到下一階段；第二是在沒有其他阻卻違法事由的情況下，直接進入「故意過失」探討行為人

31 類似意旨，比如臺灣高等法院97年度上更㈠字第89號民事判決。

32 491 U.S. 657 (1989) 對此案介紹，請參閱許家馨，同註13，頁119。

對於「言論虛假」是否明知或漠視，以及行為人是否曾為「合理查證」以避免「言論虛假」。本文採取第二種方案，也就是從「故意過失」的層次來處理。因為，在理論上「違法性」與「歸責條件」之間的界線特別在名譽侵權案件中已經模糊而失去重要性。[33]在操作上，「合理查證」也不是一個能夠自給自足的概念。把「合理查證」放到「故意過失」的前一階段，會使這個概念失去「故意過失」所提供的視角，無法澈底掌握名譽侵權行為的複雜面向，可能讓狡猾的行為人操弄法院的認知。相反地，把名譽侵權行為的複雜內涵，一起綜合在行為人針對「言論虛假」的「故意過失」中判

33 本文關於名譽侵權判斷在「不法」判斷層次應融合「故意過失」與「合理查證」概念的主張，與刑法犯罪階層理論近年來的共識是若合符節的。儘管本文焦點放在「名譽侵權行爲」的分析上，無意介入侵權行爲理論一般性的爭論，但是，由於「違法性」與「過失」一元論或二元論間爭論會間接影響本文論述，則本文也願意稍加補充。陳聰富教授在論述「違法性」與「過失」二元論時，曾提及「**德國法上侵權責任成立的傳統結構，採取構成要件該當性、違法性及有責性三階段論，對於所有事件，與刑法學說相同，進行適切的評價與共通的處理，而有思考上經濟的優點，並非全無可取**」陳聰富，同註22頁178。雖然陳聰富教授旨在介紹日本學者的觀點，但是他本人似乎也未反對此論點。然而，如果民刑責任判斷階層一貫的「經濟性」也是一個證立「違法性」與「過失」二元論的理由，則筆者必須指出我國刑法學界所接受的犯罪階層理論已經不像日本學者所介紹的，仍是傳統界線分明的三階層理論了。林鈺雄教授清楚論述道：「**早期的古典及新古典學派，將故意過失要素併入第三個犯罪階層的罪責（有責性）層次；自從目的行為論興起之後，現今刑法界已經普遍接受故意及過失亦作為構成要件要素之結論，但在有責性（罪責）層次仍將故意、過失保留為『罪責』型態。……在不法構成要件層次，重點在於系爭行為是否違反了客觀必要的注意義務而構成過失行為。若否定，審查到此結束；若肯定，需考慮下述問題。在罪責層次，檢驗的是根據系爭行為人的個人能力為準，判斷在個案中他有無和客觀注意義務的個人能力。若否定，縱使行為人違反了客觀義務，也將因其欠缺個人能力而否定其過失罪責，結論還是不成立過失犯。**」林鈺雄，新刑法總則，頁493-494，2009年9月2版。

斷，就沒有這種危險，可以讓「故意過失」與「合理查證」相輔相成，互相支援。因此，筆者認為，最高法院九十年臺上字第六四六號判例所設下的基本格局是值得肯定的 。

二、個案判斷v.類型化——如何類型化？

如果「故意過失」與「合理查證」應該相輔相成，接下來的課題是「過失」或者「合理查證」的判斷，應該採取個案判斷模式，還是類型化的模式。最高法院九十八年度臺上字第一一二九號判決（王世堅訴施明德）曾指出應考量：「**『行為人及被害人究係私人、媒體或公眾人物』、『名譽侵害之程度』、『與公共利益之關係』、『資料來源之可信度』、『查證對象之人、事、物』、『陳述事項之時效性』及『查證時間、費用成本』等因素，分別定其合理查證義務之高低，以善盡其舉證責任，始得解免其應負之侵權行為責任，俾調和言論自由之落實與個人名譽之保護。**」上述相關因素的列舉有高度的價值，某個程度而言，也是對於釋字第五〇九號解釋未能區分公共性一體適用「相當理由確信真實」的改進。但是，近來也有學者質疑「個案判斷」模式，認為應按照案件「公共性」程度的高低採取「類型化」模式，來處理名譽侵害案件。

論述較詳盡的是高雄大學的呂麗慧教授。她提出以下幾點理由：㈠「當涉及私人或私益的情況發生，亦給予言論自由相同程度的保護，不論就法理與法感情而言，對個人名譽權的犧牲可能過大。㈡雖然公共性因素仍可由法關於個案中加以考量，但無可避免的，法官仍須就何謂「公眾人物」或何謂「公共議題」作出判斷，無法逃脫類型化必須先定義公眾人物與公共議題的難處。㈢個案判斷容易使言論自由與名譽權之界線產生較大的浮動，行為人在言論前，對可能面臨的訴訟結果，因無明確判準，只能依照法官自由心

證認定，從而可能造成寒蟬效應，是與言論自由保護意旨相違。[34]

上述理由，筆者都相當贊同，且有如下補充。第一，綜合性的個案判斷模式，事實上就是這幾年實務在法律模糊的情況下，所操作的模式。然而，已有實證研究調查二〇〇〇年至二〇〇八年臺灣高等法院名譽侵權實務，指出其判準高度浮動。[35]繼續延續「個案綜合判斷」，即便能夠釐清相關因素，並沒有很好的理由讓吾人相信判準浮動的狀況會有改善。第二，美國重要的憲法與法哲學家 Cass R. Sunstein 曾指出，選擇透過考量相關「因素」（factors）進行「個案判斷」，而不選擇透過「規則」（rule）進行管制，有一個重要理由，那就是缺乏一個完整的理論可以說明判斷的基礎，也就是說，缺乏理論可以說明相關的因素中，那些是最重要的。[36]比如說，在刑法第五十七條所列科刑因素，在不同的案件中會有不同的順序與比重。很難事先定下規則，確定何種因素優先。因此，面對此種類型的判斷，應該考量相關因素進行個案判斷。然而，在名譽侵權案件中卻非如此。名譽權與言論自由之間平衡的基本理論是清楚的。如果不是因為「公共利益」或重要的「民主價值」，我們沒有理由犧牲同樣根源於人性尊嚴之名譽權。案件的公共性是導致名譽權退讓的核心理由。上文中所提及的眾多因素，其中牽涉到界定案件公共性者（比如原被告身分與言論性質），顯然比其他因素更具憲法理論上的重要性，應該挑出來作為類型化的理路骨幹，不應跟其他次要因素擺在一起，誤導法院混淆重要和次要因素。第三，不確定的個案判斷模式在牽涉到言論自由的重大憲法價值時，

34　呂麗慧，我國民事侵害名譽權「公共性」之考量因素——以個案判斷和類型化爲中心，法學新論，5期，頁44，2008年12月。

35　許家馨，同註2，頁26-36。

36　CASS R. SUNSTEIN, LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT 146 (1996).

尤其不應採用。在一個高度分裂且政治鬥爭激烈的社會中，特別是在高度政治性的案件中，會讓法院處於進退維谷的窘境中——由於法律不確定，所以再怎麼判決，都容易招致攻擊有政治偏見，使法院失去明確法律規則的保護。[37]同時，這也容易使得少數未能堅守個人政治意識形態偏好與司法角色分際的法官，得以輕易按照個人意識形態或政黨偏好進行裁判。[38]

如果透過「公共性」的界分以「類型化」名譽侵權案件是值得採行的方向，則不同類型的案件必然要配合不同注意義務或舉證責任配置。公共性高的案件要給言論自由多一點空間；公共性低的案件，對名譽權的保障則要高一些。問題是，在民法侵權行為「過失責任」的大框架下，我們如何區別不同的注意義務程度呢？思考的起點是最高法院在「重整期」的發展趨勢，該趨勢把案件分為兩種。第一種是較不具公共性的案件，採抽象輕過失責任，行為人應負「善良管理人注意義務」。第二種是原告為「**自願進入公眾領域**

37 Antonin Scalia, *The Rule of Law as Law of Rules*, 56 U. CHI. L. REV. 1175, 1175-80 (1989).

38 近來引起最大爭議的案件，乃是前民進黨立委李文忠因違反選罷法第104條（選舉誹謗）案，極罕見地被高等法院判處8個月有期徒刑，褫奪公權3年。李文忠指控高院法官因其個人恩怨而逆轉一審無罪判決，施加刑事誹謗案件中罕見的重刑。郭良傑、羅融，誣指買票定讞　李文忠判八月「竟比陳哲男重」，中國時報，A8版，2010年8月13日。此案引起主要報紙嚴厲的批判，比如，眼睜睜看司法威信潰堤，聯合晚報，A2版，2010年8月13日；魏千峰，法官自覺是司法改革的靈魂，中國時報，A14版，2010年8月30日。表面上，該案牽涉法律與名譽侵權法互不相涉，一是特別刑法，一是民事侵權法。然而，仔細觀察，其面臨的議題是高度類似的。選罷法第104條同樣受到釋字第509號解釋「相當理由確信真實」影響，因而法院所面臨的課題和名譽侵權案件，其實是類似的——「相當理由確信真實」到底相當於何種主觀不法程度或歸責程度？我們可以輕易地想像，李文忠案所引起的爭議，也可能發生在名譽侵權案件中。

之公眾人物」或者依照言論性質「**涉及公眾事務領域之事項**」，此時引進釋字第五〇九號解釋「相當理由確信真實」原則，或配合「合理查證」，藉以「減輕」或「酌減」其注意義務。問題在於，這兩個層次的注意義務程度，到底有什麼樣的差別？「相當理由確信真實」與「合理查證」到底如何「放鬆」或「減輕」「善良管理人注意義務」？

侵權行為法上的「過失」，乃是一種「客觀化」的過失概念。有別於刑法上的「過失」概念可能比較偏向或者包含行為人的主觀狀態（或某種折衷說），侵權行為法上的過失概念，目的在於合理分配損害與社會生活的風險，因此乃是一種客觀化或類型化的過失標準。其標準來自於行為人所屬職業成員所共同會認可的行為標準（如醫生、律師、建築師等），或者進行某種社會活動的一般社會成員（如汽車駕駛人）通常所具備的智識與行動能力。在「名譽侵害」的案件中，這意味著特定職業成員或一般理性之人在發言之前，應對他人之名譽以及所言的真實性，該有的尊重與注意。

相對於「抽象輕過失」課予行為人的客觀行為標準，釋字第五〇九號解釋文：「**行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩**」之「相當理由確信真實」原則，很微妙地把討論的焦點轉移到行為人「主觀上」對於言論是否「確信真實」之上。透過這樣的轉換，可能產生一種效果，那就是即便行為人所為的查證不見得完全達到「善良管理人注意義務」的要求，也有可能因其「確信真實」而阻卻違法。

如果法院強調「確信真實」這個主觀面向，可能導致原本屬於「客觀化的過失」的內涵被侵蝕掉。如果行為人所做的查證不見得「合理」，可是因為其判斷力薄弱，或者對於被害人有強烈成見，因此只要行為人聽到關於被害人的一點點斐短流長，都足以使其強

烈且真心地「確信」誹謗言論的真實性；或者，由於一些謠言或者半吊子的消息，行為人號稱有相當理由「合理懷疑」某政府官員涉及不法（這種情況下通常也可以「合理懷疑」消息的真實性）。當然，從「客觀」到「主觀」的焦點轉移不是沒有限制的。解釋文中的「確信真實」前面有「相當理由」這四個字。或許「相當理由」一詞足以制衡「確信真實」對於「善良管理人注意義務」的侵蝕。如果再配合「合理查證」概念，以詮釋「相當理由」，則法院對於「相當理由確信真實」的運用，或許不至於過分向被告傾斜。然而，即便使用「合理查證」，作為「相當理由」與「確信真實」二者中間的支點，但如前文所述，「合理查證」不是一個自給自足的概念，它本身的內涵就需要「故意過失」加以補充，因此似乎仍然不容易確認它能夠為「相當理由」與「確信真實」二個概念間蹺蹺板般的擺盪帶來何種均衡。我們似乎只能確定，對於「善良管理人注意義務」的「減輕」，應該不至於減到只剩下「故意責任」（也就是「真正惡意」原則）。如此一來，我們就必須探索進一步具體化放鬆注意義務內涵的方案。

第一項值得注意的方案，是高雄大學呂麗慧教授所提出。她的方案乃是維持「過失責任」的架構，透過「過失」的推定與舉證責任配置，區別出類型化後不同程度的原被告舉證負擔。其要旨如下：「凡原告為公眾人物者，由原告負言論不實之舉證責任，而言論涉及公共議題者，原告對行為人『無相當理由確信真實』而傳述該言論負舉證責任；反之原告為一般私人時，則推定言論為不實。原告對言論不實無舉證責任，而由被告舉證言論真實以推翻不實之認定，若言論僅為私人議題則將行為人推定有過失，原告對行為人之過失無舉證責任，而是由行為人舉證自己有相當理由確信真實而

無過失，以推翻過失之認定」。其見解以圖表表達如下[39]：

第一類：公眾人物／公共議題 原告舉證言論不實 原告舉證行為人有過失	第二類：公眾人物／私人事務 原告舉證言論不實 行為人推定有過失
第三類：一般私人／公共議題 言論推定不實 原告舉證行為人有過失	第四類：一般私人／私人事務 言論推定不實 行為人推定有過失

呂麗慧教授並沒有繼續在「合理查證」、「相當理由確信真實」的注意義務內涵上多做文章。這是因為呂教授認為民法侵權行為採過失責任（抽象輕過失），此一大框架是沒有辦法被調整的，因此所能做的，乃是在「過失責任」的前提下透過舉證責任的分配，來分配案件公共性類型化之後，原被告不同程度的負擔。呂教授方案的優點，是點出了最高法院尚未能表達意見之處，也就是「舉證責任」的問題。筆者同意，舉證責任的配置相當地重要。不過，呂教授對於民法侵權行為過失責任框架彈性的看法，似乎比起最高法院還要謹慎保守。最高法院近年來的發展趨勢仍然相當程度肯定透過釋字第五〇九號解釋的影響，高公共性案件的「善良管理人注意義務」，不只在舉證責任分配上，而且在其注意義務的實質內涵上，也可以有所調整。換言之，最高法院承認可能因為憲法言論自由規範的要求，來對民法侵權行為的過失責任框架在名譽權脈絡中進行一定的合憲性調控（儘管是「微調」）。本文亦認為，基於憲法價值考量針對侵權行為的過失責任架構進行有限度的合憲性調控，是比較合理的方向。

不過，應該如何微調呢？如最高法院四十二年臺上字第八六五號判例要旨所指出：「**民法上所謂過失，以其欠缺注意之程度為標**

39　呂麗慧，同註34，頁48。

準，可分為抽象輕過失、具體輕過失，及重大過失三種。應盡善良管理人之注意（即依交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意）而欠缺者，為抽象的過失；應與處理自己事務為同一注意而欠缺者，為具體的過失；顯然欠缺普通人之注意者，為重大過失。」「具體輕過失」主要是契約法上的概念，用來處理比如民法第五三五條無償委任中受任人處理事務應有的注意程度。脫離了契約法的脈絡，「具體輕過失」在名譽侵權案件中的內涵不容易掌握。如果說，具體輕過失意指：「應與處理自己『名譽』為同一注意而欠缺者」這是什麼意思呢？一個人應當如何處理自己的名譽呢？是比關心他人的名譽更關心？若是如此，那所要求的注意義務不是比「善良管理人」低，反而是更高，不符合此概念的原意。若說一個人自己的名譽可以任意處置，不用愛惜羽毛，那麼如此降低注意義務到底與「重大過失」有何不同？脫離了「有償」對「無償」契約關係脈絡，在名譽權侵害案件中，這個概念缺乏操作上有意義的內涵。

另外一個可能的選擇，就是「重大過失」。相對於「具體輕過失」在侵權行為法上缺乏立足點，「重大過失」在世界各國立法例中，不乏透過成文法修正特殊侵權行為態樣之歸責原則為「重大過失」者。[40]普通法中更切近的例子，是美國紐約州上訴法院在 Chapadeu v. Utica Observer-Dispatch, Inc.一案中，針對牽涉公益之言論的誹謗侵權案件，提出的「重大不負責任」（gross irresponsibility）判準。[41]有別於「具體輕過失」，「重大過失」可以在侵權行為法中找到立足點，是因為它的概念內涵無須繫於特定形態的契

40 CHRISTIAN VON BAR, PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW-NON-CONTRACTUAL LIABILITY ARISING OUT OF DAMAGE CAUSED TO ANOTHER 582-83 (2009).

41 RODNEY A. SMOLLA, LAW OF DEFAMATION § 3:34 (2008).

約關係，而可以視為「抽象輕過失」與「故意」中間的責任形態，其內涵可以從這兩個概念左右兩端加以逼近掌握：一方面是善良管理人注意義務的相當程度的減輕，另一方面「重大過失」行為人對於他人權利漠視之程度接近未必故意，只不過於行為人對權利侵害的發生沒有預見，或者雖然預見但確實非其所「欲」。

如果「重大過失」是可行的方案，林子儀大法官在釋字第六五六號解釋之部分不同意見書所提出的方案就特別值得注意。[42]林大法官透過「言論所涉及的人與事」區分三種程度的「公共性」，並分別對應三種注意義務標準。第一層，公共性最強的言論，林大法官界定為「**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**」僅在行為人「**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**」，才構成侵害名譽權之行為。[43]第二層包含兩種原告身分及言論性質，包括「**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**」以及「**非屬重要公職人員或政治人物，但言論內容與公共利益有關者**」。這兩種情況下，其言論仍有公共性，但其重要性不及第一階層者，「**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**」。第三層則是「**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**

42 釋字第656號解釋，林子儀大法官不同意見書，頁5。（頁數以司法院網站公布之意見書文書檔案爲準）。

43 同前註，頁8。

事由者，即不能免除侵害他人名譽之責任。」

林子儀大法官的見解有以下特色：㈠具體化「善良管理人注意義務」在「名譽權」脈絡下的意義為「**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**」值得注意的是，「應為之查證與合理判斷」與「合理查證」有所區別，可以容許「合理不查證」的可能性；㈡林子儀大法官所區分三種層次的歸責程度，依案件公共性由高至低，似對應於「重大過失」、「過失」以及「嚴格責任」。「重大過失」的部分，乃是透過此標準加以表述「**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。**」至於「嚴格責任」，乃是因為林大法官的第三層責任，其言論完全缺乏公共性的情況下，當言論無法被證明為真，即不能免除侵害他人名譽之責任；㈢減輕「善良管理人注意義務」的高公共性案件類型，其界定方式比起最高法院之「**自願進入公眾領域之公眾人物，或就涉及公眾事務領域之事項**」狹窄許多，僅包括「**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。**」[44]

---

[44] 比起美國聯邦最高法院發展出來的「真正惡意」（actual malice）所適用的範圍（包括政府官員與公眾人物），林大法官大大限縮加強言論保障的對象。並非所有「政府官員」都適用，僅適用於「重要公職人員」。林大法官刻意在此保持模糊，應是有意讓法院逐步發展具體標準，或者委諸個案判斷。法院或可參考「公職人員財產申報法」第2條所羅列之人員（總統、副總統、行政、立法、司法、考試、監察各院院長、副院長、政務人員、各級政府機關之首長、副首長及職務列簡任第十職等以上之幕僚長、主管；依公職人員選舉罷免法選舉產生之鄉（鎮、市）級以上政府機關首長、中央民意機關民意代表、各級民意機關等），或其他相關法律。二來「就公共事務討論具實質影響力的政治人物」之範圍，也較美國法上「公眾人物」（public figure）狹窄許多。林大法官刻意侷限於「政治人物」。非政治領域的公眾人物，比如

林大法官的部分不同意見書，在公共性最高的案件類型中，所課予的注意義務程度「**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**」，可以將之視為對於最高法院「減輕善良管理人注意義務」的一種具體詮釋。當然，這偏離了民法侵權「過失責任」（抽象輕過失）的基本架構。然而，此種對於民法侵權「過失責任」架構的修正，可以視為釋字第五〇九號解釋給予言論自由最大限度保障的憲法要求，在侵權行為法領域的合憲性解釋。林大法官特別指出在名譽侵權脈絡下的言論自由之價值——「**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**。」[45] 這些價值在林大法官所界定的原告身分類型中——「**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**」——特別重要，而且此類人物在言論市場上自我保護的能力也足夠，對於法律保障的需求較低。而且，其適用範圍比起目前最高法院在最高法院的「**自願進入公眾領域之公眾人物，或就涉及公眾事務領域之事項**」狹窄許多，對於侵權行為法過失責任的調整來說，算是相當有節制的調整。況且，比較起最高法院曾經在一系列判決中採取「真正惡意」（故意）標準的情況下，林子儀大法

說運動明星、影視歌星藝人都不包括在內。此概念所指涉的核心事例，應包括主要政黨領袖與高階黨工、有全國聲望但無黨職的政治人物、前任重要公職人員（比如卸任元首、前行政院長等）、媒體政治性談話節目主持人與固定來賓等。最後，由於此範圍內的政治人物的言行與公共利益相關，因此，只有在言論性質「明顯」僅涉私德而與公共利益無關的情形，始排除於最強的保障之外。參閱許家馨，同註2，頁47-48。

45 林子儀，同註42，頁6。

官採取較為溫和的「重大過失」，其實不算極端。再者，清楚地釐清「減輕善良管理人注意義務」後的內涵，還有一項重大優點。由於「減輕善良管理人注意義務」的意義不容易掌握，但是在高公共性案件中又確實有調整「抽象輕過失」的強大壓力，因此法院在各種案件中，死守著「過失」或「抽象輕過失」招牌的同時，卻在高公共性案件中做著程度不等、內涵不明的調整。這使得「抽象輕過失」在名譽侵權行為案件中的內涵愈來愈不穩定。因此，林大法官的方案，從某個角度而言，是在幫已經發生的實務趨勢，找到一個相對穩固的立足點，透過「抽象輕過失」和「重大過失」的區隔，同時幫高度公共性和中度公共性案件中的「注意義務」程度找到比較不會互相干擾的基礎。

林大法官的見解中，與民法條文歧異的另一處，在於其對於完全缺乏公共性的案件，採取的是「嚴格責任」，而非過失責任。林大法官此方案與美國憲法化後之名譽侵權法是一致的。[46]但是，跟我國民法侵權行為的過失責任體系有所扞格。如果說，林大法官將高公共性案件的歸責程度調整為「重大過失」責任，是出於對言論自由憲法保障的合憲性解釋，那麼無公共性案件中的「嚴格責任」應該如何看待呢？是否也要視為出於憲法價值考量的「合憲性解釋」，只不過是出於憲法對於「名譽權」的保護義務？此方向固然在理論上可行，但是合憲性解釋對於現行法的調整，在有相當證據顯示現行法不足以保障名譽權之前，不宜貿然為之。

三、舉證責任與侵權判斷階層

筆者支持最高法院把對言論不實的注意義務放在「歸責條件」（故意過失）中來處理，並且修正採納林子儀大法官對名譽侵權案

46 林子儀，言論自由與新聞自由，頁379，1999年9月。

件類型的架構。但是，最高法院和林子儀大法官仍未言明的，是相關注意義務的舉證責任問題。筆者雖不支持王澤鑑教授和陳聰富教授把「合理查證」和「故意過失」截然二分的論述，但是筆者認為，此一主張最重要的意義，在於協助釐清舉證責任的問題，其洞見與用心令人佩服。然而，筆者仍認為，即便考量舉證責任分配，最高法院的立場仍然較為可行。正如呂麗慧教授指出，把「合理查證」僅僅當成阻卻違法事由，則舉證責任不管案件類型一律必須歸給被告。若把注意義務之違反與否當成「故意過失」，則有在過失責任領域內關於舉證責任之「減輕」、「轉換」等政策工具可供選擇，有利於類型化之後，在公共性高低有異的案件中，彈性運用。[47]

在名譽侵權案件中，關於舉證責任，有兩大重要待證事實。第一是誹謗言論的真實性。如果誹謗言論被證明為真，則行為人當然免責，這是類推適用刑法第三一〇條第三項前段的當然結果。如果誹謗言論不能被證明為真，就必須處理第二項待證事實，也就是行為人的故意過失。首先關於「言論真實與否」的舉證責任問題。名譽權的內涵，起碼在「並非全然無涉公益」的事務上，意謂著一個人有維護良好聲譽不受不實事實抹黑的權利，卻沒有「欺世盜名」的權利。原告若要證明其名譽權受到侵害，不能夠僅僅提出被告發表誹謗言論，也必須證明言論為假。然而，由於名譽侵權的特殊性質，不論是傳統普通法，或者是主要的歐陸法系國家，率皆將「言論為真」的舉證責任歸給行為人。其理由王澤鑑教授有精要的說明：「**『不真實』係屬消極要件，證明不易，在許多情形殆屬不可能。為保護被害人，尤其是被告為侵害他人名譽的行為，理應承擔真實不能證明的危險性。**」因此「**被害人不必證明陳述的事實為不真**

47　呂麗慧，同註34，頁48，註51。

實，反之，應由行為人證明其事實為真實而阻卻違法。易言之，加害人就其陳述的真實，應負舉證責任。」但涉及公務員或公眾人物時，「**應適當減輕其對事實證明的要求，並使被害人（原告）有補充的義務。**」[48]筆者贊成應將言論真實的舉證責任課予行為人。儘管有論者認為「言論自由」要求公眾人物原告證明言論不實[49]，但筆者認為「言論自由」憲法規範不見得如此要求。言論自由最重要的理論基礎，「追求真理說」、「健全民主說」，同樣都要求盡可能增加言論市場上的真實言論，並盡可能壓抑虛假言論。在言論牽涉公益的情況下，法院關於事實存在與否的認定對於社會有很強烈的影響。在目前臺灣的政治兩極化、藍綠陣營對抗、媒體不成熟、謠言政治猖狂、爆料文化盛行的情況下，我們需要對於誹謗言論本身設下較高的門檻，防堵虛假言論輕易流入公共論域。這不意味著我們對於公共性的誹謗言論疏於保障。因為，我們可以在「故意過失」的證明上加強對於被告的保障，放寬其言論的空間，但卻不應該在針對「言論是否真實」的待證事實上，輕易放寬對虛假言論的控制。換句話說，即便被告無法證明所言真實，仍有很大的機會證明自己並未違反「查證及判斷義務」。就言論的真實與否，我們應該秉持一個基本原則，那就是在公共領域中，在誹謗言論被證明為真以前，一個人應該被推定擁有原本良好的聲譽。在高公共性的案件中，言論真假對於公眾的影響尤其重大，此原則更不應妥協。

若被告無法證明所言為真，接續的待證事項就是行為人對言論不實有「故意過失」。被害人應就加害人之故意過失負舉證責任是

48 王澤鑑，同註12，頁41。另參閱姜世明，誹謗侵權之阻卻違法事由之舉證責任分配——一攤血事件，法學講座，29期，頁109-123，2004年9月。

49 呂麗慧教授認爲言論自由要求公眾人物原告證明所言不實，參呂麗慧，同註34，頁48。

民法的基本原則。此一原則應用在具公共性的案件中，剛好也符合言論自由保障的意旨。若放到林子儀大法官部分不同意見書見解的架構下，在高公共性的案件中，也就是當原告是「**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**」，原告須負擔舉證責任，證明行為人「**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**」。此一安排，一方面是基於言論自由對於高度公共性言論的保障，另一方面也不至於課予原告太重的負擔。相對於王澤鑑老師把「言論真實」及「合理查證」的舉證責任都歸給同一造（被告），筆者建議把「言論真實」的舉證責任課予被告，但把「重大過失」的舉證責任加給原告。此兩種舉證責任在原被告之間形成某種相互對抗的平衡。被告為了證明所言為真，多半必須揭露其事前查證所得的結果。為此，其所提出之證據資料，以及這些證據資料所揭露之事前查證過程，相當程度可以成為原告在證明行為人的「重大過失」時所用。此一安排，同樣可適用於林子儀大法官架構中的「中度公共性」案件——當原告是「**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**」或者「**非屬重要公職人員或政治人物，但言論內容與公共利益有關者**」，原告對於行為人「**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**」負舉證責任。

到目前為止，當本文提及「舉證責任」時，所指涉的是「客觀舉證責任」——當法院審酌案中證據資料，待證事實未能達到相應的「證明度」時，應由何方負擔敗訴風險之裁判規範基準。[50]但接

[50] 客觀舉證責任的分配以「法律要件分類說」爲一般原則，但在進行分類時所

下來筆者要討論具公共性案件類型中，針對「行為人故意過失」的「階段舉證責任」。「階段舉證責任」，乃是當事人在訴訟程序進行中，就特定待證事實提出證據之行為責任。疏於履行此責任之當事人，將承受敗訴之不利益。階段性舉證責任不應該僅僅視為「客觀舉證責任」的反映，其安排有獨立的意義，除應考慮程序法要素，包括「與證據之距離」、「證明難易」、「蓋然性之高低」等因素外，也應考慮實體政策。[51]在此特別考慮「階段舉證責任」，是因為名譽侵權案件中兩種待證事實之訴訟策略交互作用而產生特別的需求。基本上，按照邏輯的順序，名譽侵權案件中，法院應該先處理誹謗言論之真實與否的問題。誹謗言論若為真，被告當然免責。誹謗言論若在訴訟上被認定為假，才有接下來的「故意過失」的問題。如果實務上法院皆如此設定爭點，則筆者在公共性案件中所設定的對抗平衡格局——被告負言論真實的舉證責任，原告負故意過失的舉證責任——就可以發揮作用。

然而，在名譽侵害案件的操作實務上，誹謗言論真假不見得總會成為主要的爭點。這是因為，被告可能在訴訟策略上主張排除「言論真假」作為爭點，或者直接認諾言論虛假，而使「故意過失」成為唯一的主要爭點。這時候如果「故意過失」的客觀舉證責任係由原告負擔，被告又不須負擔任何階段性舉證責任的話，被告

應取向者並非法條規範之形式結構，而是在各個法律要件背後所涉及的實體價判斷。黃國昌，民事訴訟理論之新開展，頁161，2005年10月。這也是爲什麼本文主要基於言論自由理論基礎，認爲應把「言論真實」的舉證責任課予被告，而非基於其是「權利障礙要件」——事實上，也可以把「言論虛假」當成「權利發生要件」，二者取捨無法從形式或結構來判斷；同樣地，被告故意過失的舉證責任由原告負擔雖然是侵權法的基本原則，也是法律要件分類說的基本要求，但同樣必須面對可能的憲法價值挑戰，而須以實質政策理由來證立。

51 同前註，頁162。

就可以逸待勞地將負擔完全加給原告，讓原告證明一項對其而言是捉摸不定的事實，也就是行為人「未盡合理查證判斷義務」。這項事實之所以捉摸不定，是因為待證事實完全是行為人在名譽侵害行為（也就是「發言」行為）發生「之前」的行為態樣（事前查證行為）。這個領域的行為，大部分是原告所難以探知的。不僅在「證據所在與證據距離」上，原告居於先天劣勢，就實體政策上也顯失公平，因為被告創造了名譽侵害的風險，也威脅到「任何人在公共領域中應推定其擁有原本良好的聲譽」此一重要原則，理應令其負擔初步的說明義務。因此，筆者主張在公共性案件中雖然由原告負擔客觀舉證責任，但應由被告先負擔階段性舉證責任。換言之，針對被告的故意過失，應由被告先舉證沒有違反合理查證判斷義務，然後才轉由原告負擔接續的階段及客觀舉證責任。當被告未能盡階段性舉證責任，即應受敗訴之不利益。

最後如上文所述，林大法官在低度或缺乏公共性案件中，也就是「**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**」，對於言論無法被證明為真實的行為人課予「嚴格責任」，其立意雖善，但在我國侵權法過失責任的架構下，恐怕不宜貿然採行。不過，此類案件可以推定行為人的過失，被告對於「已盡相當之注意，而仍然無法探知言論之虛假」負擔完全的舉證責任（包括客觀與階段）。事實上，此方案可在現行法中找到堅實的依據。民法第一八四條第二項：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者不在此限。」此處「保護他人的法律」可包括刑法上的規定，[52]自可指涉刑法第三一〇條第一、二項誹謗罪及同條第三項：「對於所誹謗之事，能證明為真實者不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」應注意者，適

52　王澤鑑，同註24，頁369。

用「保護他人之法律」包括刑法規定時，應注意刑法規定以故意為要件時，於適用時也須以故意為必要。[53]雖然刑法誹謗罪處罰故意，民法名譽侵權行為採過失責任，二者容有差異，但是「涉於私德而與公共利益無關」的言論在刑法誹謗罪中，就算言論真實也無法阻卻違法，自然也無涉於關於言論「不實」的故意過失。換言之，一旦行為人「故意」發表涉於私德而與公共利益無關之誹謗言論——此處之故意無關於言論之真假，而是行為人認知到其言論「無涉公益」之屬性——即不能免除刑事責任，此種情況適用到名譽侵權案件時，也可適用民法一八四條第二項，推定其過失。

綜上所述，本文主張未來名譽侵權法未來可行的發展方向如下表：

名譽侵權類型化注意義務及舉證責任配置

<table>
<tr><th colspan="2"></th><th>原告身分／言論性質</th><th>「違反注意義務」之舉證責任</th></tr>
<tr><td rowspan="2">高公共性</td><td rowspan="3">被告負言論真實的舉證責任</td><td>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</td><td>被告負「合理查證或判斷」階段性舉證責任
↓
原告負「重大過失」客觀舉證責任</td></tr>
<tr><td>中公共性</td><td>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／非重要公職人員或政治人物，但言論內容與公共利益有關</td><td>被告負「合理查證或判斷」階段性舉證責任
↓
原告負「抽象輕過失」客觀舉證責任</td></tr>
<tr><td>無公共性</td><td>一般私人，且言論僅涉私德與公共利益無關</td><td>行為人推定過失</td></tr>
</table>

53 同前註，頁369。

伍、結　論

釋字第五〇九號解釋公布經過了十年，「相當理由確信真實」原則的影響早已擴及民事案件。最高法院民事庭經歷了「奠基期」、「震盪期」，逐漸在「重整期」凝聚出比較穩定的共識，在近來的趨勢中，把案件分為兩種。第一種是低公共性的案件，採抽象輕過失責任，行為人應負「善良管理人注意義務」。第二種是原告為「**自願進入公眾領域之公眾人物**」或者依照言論性質「**涉及公眾事務領域之事項**」，此時引進釋字第五〇九號解釋「相當理由確信真實」原則，或配合「合理查證」，藉以「減輕」其注意義務。筆者接續討論重整期的重大議題，並提出筆者認為可行的發展方向。本文認為，行為人關於言論不實的注意義務之違反，應採取最高法院的論理架構，放在「歸責原則」（故意過失）來處理。更進一步，應依照案件公共性之高低進行名譽權案件類型化，配以相應的注意義務程度或舉證責任分配。本文參考並修正林子儀大法官釋字第六五六號解釋部分不同意見書的見解，區分高公共性、中公共性、無公共性三種案件類型，分別對應「重大過失」、「抽象輕過失」、「推定過失」三種注意義務程度以及舉證責任分配。無論本文方案是否能為實務所採納，可以預言的是，隨著實務以及學界論逐漸精緻成熟，相信釋字第五〇九號解釋後的名譽侵權法的第二個十年，將會逐漸脫離混亂，邁向成熟健全的格局。

參考文獻

一、中　文

1. 王澤鑑，人格權保護的課題與展望㈢——人格權的具體化及保護範圍㈣：名譽權（上），台灣本土法學雜誌，89期，頁31-49，2006。
   Wang, Tez-Chien, Issues and Prospects of Right of PersonalityⅢ— Materialization of Right of Personality and Scope of Protection Ⅳ: Right to Reputation (Ⅰ), Taiwan Law Journal, no. 89, pp. 31-49, 2006.
2. 王澤鑑，人格權保護的課題與展望㈢——人格權的具體化及保護範圍㈣：名譽權（下），台灣本土法學雜誌，90期，頁21-43，2007。
   Wang, Tez-Chien, Issues and Prospects of Right of Personality Ⅲ— Materialization of Right of Personality and Scope of Protection Ⅳ: Right to Reputation (Ⅱ), Taiwan Law Journal, no. 90, pp. 21-43, 2007.
3. 王澤鑑，侵權行為法，2009。
   Wang, Tez-Chien, Tort Law, 2009.
4. 石世豪，新聞自由及其界線——最高法院九十三年臺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，頁187-196，2004。
   Shih, Shih-Hao, Freedom and Boundary of the Press—The Supreme Court Decision 93 Taishan No. 851 and Norms of News Report, Taiwan Law Review, no. 112, pp. 187-196, 2004.
5. 呂麗慧，我國民事侵害名譽權「公共性」之考量因素——以個案判斷和類型化為中心，法學新論，5期，頁35-52，2008。
   Lu, Li-Hui, The Consideration of “the Public Factors” in Taiwanese Civil Defamation Law: Focusing on “Ad Hoc” and “Categorization,” Journal of New Perspectives on Law, no. 5, pp. 35-52, 2008.
6. 李仁淼，表現自由與名譽毀損，月旦法學雜誌，113期，頁236-249，2004。
   Lee, Ren-Miau, Freedom of Expression and Damage of Reputation, Taiwan Law Review, no. 113, pp. 236-249, 2004.

7. 林子儀，言論自由與新聞自由，1999。
Lin, Tzu-Yi, Freedom of Speech and Freedom of the Press, 1999.

8. 林鈺雄，新刑法總則，2版，2009。
Lin, Yu-Hsiung, New Criminal Law, 2d ed., 2009.

9. 姜世明，誹謗侵權之阻卻違法事由之舉證責任分配——一攤血事件，法學講座，29期，頁109-123，2004。
Chiang, Shyh-Ming, Allocation of Burden of Proof on Justifications in Tort of Defamation, Law Forum, no. 29, pp. 109-123, 2004.

10. 柯耀程，檢視刑法誹謗罪之正當性——從釋字第509號解釋與新新聞案觀察，月旦法學雜誌，111期，頁173-184，2004。
Ke, Yaw-Cheng, Legitimacy of Defamation Observation from the J.Y. Interpretation No. 509 and the Journalist Case, Taiwan Law Review, no. 111, pp. 173-184, 2004.

11. 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，頁111-141，2008。
Hsu, Jimmy Chia-Shin, Exploring the System of Attribution in the US Tort of Defamation, Taiwan Law Review, no. 154, pp. 111-141, 2008.

12. 許家馨，撥雲見日：名譽侵權歸責體系的困境與契機，載：判解研究彙編㈣，頁19-50，2010。
Hsu, Jimmy, Chia-Shin, The Challenges and Turning Points of Liability of Defamation, in Veracity Foundation of Legal Studies, pp. 19-50, 2010.

13. 許家馨，釋字五零九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，頁102-118，2006。
Hsu, Jimmy Chia-Shin, Is J.Y. Interpretation No. 509 Applied to Civil Cases? A Reassessment of “the Journalist” Case of the Supreme Court, Taiwan Law Review, no. 132, pp. 102-118, 2006.

14. 陳新民，新聞自由與人格保障的糾葛——談「新新聞誹謗案」的法理依據，國家政策論壇，1卷3期，頁173-177，2001。

Chen, Shin-Min, The Entangled Press Freedom and Protection of Personality—The Legal Grounds for Defamation "the Journalist" Cases, National Policy Forum, vol. 1, no. 3, p. 173-177, 2001.

15. 陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，155期，頁155-195，2008。

Chen, Tsung-Fu, On the Concept of Wrongfulness in Tort Law, Taiwan Law Review, no. 155, pp. 155-195, 2008.

16. 黃國昌，民事訴訟理論之新開展，2005。

Huang, Kuo-Chang, New Development of the Theory of Civil Procedures, 2005.

17. 楊敦和，論妨害名譽之民事責任，輔仁法學，3期，頁129-136，1984。

Yang, Tuen-Ho, On Civil Liability in Tort of Offenses against Reputation, Fu Jen Law Review, no. 3, pp. 129-136, 1984.

二、外　文

1. BAR, CHRISTIAN VON, PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW- NON-CONTRACTUAL LIABILITY ARISING OUT OF DAMAGE CAUSED TO ANOTHER (2009).
2. Scalia, Antonin, *The Rule of Law as Law of Rules*, 56 U. CHI. L. REV. 1175 (1989).
3. SMOLLA, RODNEY A., LAW OF DEFAMATION (2008).
4. SUNSTEIN, CASS R., LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT (1996).
5. Ulrich Magnus & Gerhard Seher, *Fault under German Law*, *in* UNIFICATION OF TORT LAW: FAULT 101 (P. Widmer ed., 2005).

How to Balance Free Speech and Reputation?—Reflections on the Interpretation No. 509 after a Decade of Confusion

Jimmy Chia-Shin Hsu*

Abstract

The Interpretation No. 509 of Taiwan's Constitutional Court was a landmark decision that revolutionized Taiwan's criminal libel law in favor of more freedom of speech. It caused huge ripple effects on the tort of defamation, but it also left unresolved the specific fault standards regarding falsehood. This article proposes a blueprint for future development, based on the insights gained from in-depth analysis of decisions rendered by Taiwan's Supreme Court Civil Panels since 2000. It is discovered that the Supreme Court went through twists and turns on the fault standards, Since early 2007 the Supreme Court Civil Panels have gradually reached the consensus that negligence is the rule, while finetuning toward more protection of speech in cases involving public interests. This article argues that the Supreme Court is heading toward the right direction, but the fault standards need specification. In Interpretation No. 656, Justice Lin Tzu-yi issued a dissenting opinion, which

* Assistant Research Fellow, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica; J.S.D., The University of Chicago Law School.

Received: September 29, 2011; accepted: December 15, 2011

contains the most promising system of fault standards regarding falsehoods in years. This article refines Justice Lin's opinion by further instantiating the allocation of burden of proof. Ultimately, this article hopes that the blueprint offered will offer guidance to the future development of this field of law.

Keywords: Interpretation No. 509, Interpretation No. 656, Right to Reputation, Freedom of Speech, Actual Malice, Burden of Proof, Burden of Persuasion, Fault, Polarized Politics, Politics of Rumors