

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

許家馨（美國芝加哥大學法學博士候選人）

摘要

此文嘗試探討爭議問題：釋字五〇九號解釋應否適用於民法？筆者認為，必須先釐清釋字第五〇九號解釋在刑法誹謗罪犯罪判斷的多層涵義，區分「相當理由確信真實」原則的兩種不同解釋模式：「真正惡意」與「合理查證」，並進而分析何種涵義可以影響民法，才能回答此問題。筆者主張：該號解釋最重要的意涵，在於把誹謗言論的「不實性」拉進不法要件層次。由於刑法誹謗罪僅處罰故意，因此相當於故意的「真正惡意」模式才是該號解釋的正解。但由於民法侵權行為採「過失責任」，且從該號解釋無法導出「過失責任」違憲，因此，「合理查證」模式才是在民法上理解該號解釋的正確選擇。此民刑二元管制體系構成我國名譽保護的完整架構。

目次

- 壹、前言
- 貳、釋字第五〇九號解釋內涵之重構
- 參、釋字第五〇九號解釋對民法的影響
- 肆、結論：二元體系的浮現

壹、前言

最高法院於二〇〇四年四月二十九日，針對備受矚目的新新聞侵害副總統名譽案作出九十三年度台上字第八五一號判決（下稱「新新聞案判決」）。最高法院此判決之所以備受矚目，不只是因為戲劇化的案件事實，更因為該判決必須面對二〇〇〇年大法官會議釋字第五〇九號公布以來，各級法院所面對的爭議，那就是釋字第五〇九號解釋將刑法第三一〇條第三項前段：「對於所誹謗之事，能證明為真實

關鍵詞：釋字第五〇九號解釋、名譽權、真正惡意、合理查證、言論自由

投稿日：2005年8月17日；接受刊登日：2005年12月12日。

者，不罰。」（下稱「證明真實條款」），解釋為「行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」（下稱「相當理由確信真實」原則）後，該原則是否應適用於名譽權侵害之民事案件。最高法院在此判決中，維持高等法院對系爭妨害名譽言論內容虛假不實的認定，駁回被告新新聞的上訴。同時明確指出，釋字第五〇九號解釋的「相當理由確信真實」原則不適用於民事侵權行為。新新聞雜誌社為此提出釋憲聲請。

本文希望釐清這個在實務以及學界都造成相當紛擾的問題，那就是釋字第五〇九號解釋是否適用於民事案件。筆者認為，唯有先釐清釋字第五〇九號解釋在刑法誹謗罪犯罪判斷的多層涵義，區分「相當理由確信真實」原則的兩種不同解釋模式：「真正惡意」與「合理查證」，並進而分析哪些涵義可以影響民法，哪些不行，才能回答此問題。筆者主張：該號解釋最重要的意涵，在於把誹謗言論的「不實性」拉進不法要件層次。由於刑法誹謗罪僅處罰故意，因此相當於故意的「真正惡意」模式才是該號解釋的正解。但由於民法侵權行為採「過失責任」，且從該號解釋無法導出「過失責任」違憲，因此，「合理查證」模式才是在民法上理解該號解釋的正確選

擇。此民刑二元管制體系構成我國名譽保護的完整架構。

貳、釋字第五〇九號解釋內涵之重構

一、「證明真實條款」的性質

關於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」性質的爭議，學界主要有三種看法：「阻卻構成要件事由」說、「阻卻違法事由」說、以及「客觀處罰條件」說：（一）「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」，意味著誹謗言論既為真實，則作為「客觀構成要件」的「不真實性」並不存在，而且行為人在行為當時，並未認知到所言之「不真實性」，因而亦缺乏「構成要件故意」。二者皆可導致構成要件不該當，不成立犯罪。¹（二）「阻卻違法事由」說則認為，雖然誹謗言論之「不真實性」並非客觀構成要件，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。阻卻違法事由的成立必須在行為當時同時具備主觀與客觀要件。²在客觀面，誹謗事項必須具備「真實性」，在主觀面，行為人必須清楚認知到其所指

¹ 蔡墩銘，刑法各論，三民，修訂四版，2001年，132頁。關於日本方面此說之介紹，參見謝庭晃，妨害名譽罪之研究，輔仁大學法律研究所博士論文，2005年1月，202-203頁。

² 林山田，刑法通論（上），增訂七版，2000年，230頁。

摘、傳述事項之「真實」，始能阻卻違法。³ (三)「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。此條件之成就時點，係在訴訟過程中，而非行為當時。因此，就算行為當時行為人無法證明誹謗事項為真，只要後來在訴訟中，該等事項能夠被證明為真（無論由被告、檢察官或法官），該條件亦能成就，而排除可罰性。⁴

「阻卻構成要件事由」說強調表現自由之保障，認為內容真實的誹謗言論連形式上的違法性都不存在，應該排除在誹謗罪構成要件之外。此說立意甚佳，但與釋字第五〇九號解釋作成之前的誹謗罪條文格格不入。其致命傷在於，刑法第三一〇條第三項前段「證明真實條款」（「對於所誹謗之事，能證明為真實者，不罰。」）係以客觀上「誹謗之事能夠被證明為真實」為「不罰」的前提。相對於此，如果「證明真實條款」真是阻卻構成要件事由，如果「不真實性」真是「客觀構成要件」，則就算誹謗事項客觀上「不能」被證明為真實，只要行為人主觀上並未「認知」誹謗事項的「不真實性」，「構成要件故意」即

告缺乏，「故意誹謗罪」即無法成立。這與「證明真實條款」要求客觀上「誹謗事項必須先證明為真實」始能不罰的結構完全不同，無法自圓其說。

「阻卻違法事由」說把誹謗言論的「真實性」當作阻卻違法的客觀要件，把行為人對於「真實性」的認知當成主觀要件，二者皆具備時，阻卻違法事由始成立。此說符合「證明真實條款」對於客觀上「誹謗言論能夠證明為真」的要求，因而避免了「阻卻構成要件事由」說的困難。然而，此說問題主要不在於無法見容於法條文義，而在於比較起「客觀處罰條件」說，對於言論的箝制更為嚴重。「客觀處罰條件」說不管行為人主觀上的認知為何，只要誹謗事項能夠在訴訟上被證明為真，就可以阻卻刑罰。而「阻卻違法事由」說除了誹謗事項必須被證明為真之外，還多了一個主觀要件，亦即行為人必須對言論「真實性」有所認知。缺此主觀要件，不足以排除行為之違法性。二說在以下情況顯出差異：行為人為誹謗行為時，若主觀上未能認知所言之「真實性」，但事後在訴訟上誹謗事項被證明為真，若依照「客觀處罰條件」說，可以阻卻刑罰，若依照「阻卻違法事由」說，卻不能阻卻違法。「阻卻違

³ 甘添貴，體系刑法各論（一），修訂再版，2001年，431-432頁；林山田，刑法各罪論，修訂三版，2002年3月，236-237頁；段重民，媒體之新聞報導與誹謗——報導與評論之界限，全國律師，1卷5期，1997年5月，48頁。雖然以上學者主張「阻卻違法事由」說，然而他們皆未明確指出行為人所必須具備的「主觀阻卻違法要素」為何。

⁴ 參見林鈺雄，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，台大法學論叢，32卷2期，2002年3月，80-82頁；鄭逸哲，法學三段論法下的刑法與刑法基本句型，2002年8月，600-601頁；另外，蘇俊雄大法官在釋字第509號解釋協同意見書中也同此見。

法事由說」除了理論上會不必要地擴大處罰範圍外，其實，在實務操作上，就算採取此說，由於往往有證明上的困難，法院恐怕很少會去追究誹謗事項能夠證明為真時，行為人當初的主觀認知是否與之相符。既然「客觀處罰條件」說更能夠正確地描述實務作法，對於言論自由的保障更周延，且更貼近法條文義（法條僅謂：「能證明為真實者，不罰」沒有說「行為時能證明為真實者，不罰」）則筆者認為，在釋字第五〇九號解釋作成之前，「證明真實條款」應屬於「客觀處罰條件」。

二、「相當理由確信真實原則」：立法基準的調整

釋字第五〇九號解釋「相當理由確信真實」原則係針對刑法第三一〇條第三項前段：「對於所誹謗之事，能證明為真實者，不罰。」（證明真實條款）所為之合憲性解釋。該解釋作成之前刑事實務上對「證明真實條款」的解釋，甘添貴教授作了最好的說明：「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、傳述足以損毀他人名譽之行為事實，以判斷被告之行為是否具備誹謗罪之構成要件該當性；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第三項特別阻卻違法事由時，則舉證責任將由被告負擔，換言之，被告必須證明其所指摘、傳述之事，確為

真實始得有刑法第三一〇條第三項之適用。」⁵

簡單地說，傳統刑事實務上所理解之「證明真實條款」有兩層涵義：（一）唯有誹謗事項被證明為「真實」時，被告才能免受處罰；（二）被告單獨負擔證明真實的義務。此見解首要的錯誤，發生在第二個涵義。其錯誤在於將誹謗事項真實性之訴訟證明義務完全課予被告，忽略了法院有主動調查澄清的義務，檢察官也有就有利於被告之事項一併加以注意之「客觀性義務」。⁶ 儘管被告為了避免不利於己之判決，當然會盡其所能主動提供證據。但這並不代表真實性之訴訟證明僅是被告的義務。釋字第五〇九號解釋清楚地指出：「刑法同條第三項前段（筆者按：第三一〇條）……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。」「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」。

釋字第五〇九號解釋若到此打住，使原本牴觸刑事訴訟原理之傳統解釋回歸正軌，亦可謂已撥亂反正。此時，「證明真實條款」第二層涵義已被推翻，而第一層涵義仍存。這意味著，即便法官已盡澄清之義務，檢察官已盡其客觀性義務，被告也已經盡力提出證據資料證明所言為真，如果誹謗事項仍被證明為「不實」，被告仍然

⁵ 甘添貴，註3書，432頁。

⁶ 關於誹謗罪真實性之訴訟證明的深入分析，參閱林鈺雄，註4文，84-98頁。

必須承擔敗訴風險。⁷然大法官會議不滿足於此，提出「相當理由確信真實」原則，進一步調整了「證明真實條款」的第一層涵義：「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」。如林鈺雄教授所指出，此原則提出後改變了立法的基點。⁸原本「證明真實條款」僅關心「誹謗事項的真實性」在訴訟上是否能夠被證明。唯有誹謗事項被證明為真，被告才能夠免於處罰。然而，「相當理由確信真實」原則，在「誹謗事項是否能在訴訟上被證明真實」這一個基準之外，加入另外一個基準，也就是被告在行為時對於誹謗事項「是否有相當理由確信其為真實」。在這個新基準底下，就算誹謗事項不能被客觀地證明為真，只要行為人主觀上有相當理由確信其為真，就可以免除刑責。⁹

三、釋字第五〇九號解釋在犯罪階層結構上的定位

此新基準有兩層涵義：(一)行為人在行

為當時，主觀上對於所言真實與否的認知，配合一定條件，如今成為主觀不法要件。(二)「誹謗事項真實之證明」，原本僅處於「客觀處罰條件」層次，如今卻被釋字第五〇九號解釋拉進「客觀不法要件」（無論是「構成要件」或「違法性」層次）。這是因為行為人主觀上對所言真實與否的認知，作為主觀不法要件，無法獨立存在，必然牽涉到「認知對象」（即「客觀上言論真實與否」）是否存在問題。此事在以下討論中亦將更為明朗。以下分就「相當理由確信真實」的兩種可能解釋，分析其在犯罪階層上的意涵。

(一)「真正惡意」模式

「相當理由確信真實」原則的意義包含相當大的歧異，目前主要有兩種解釋模式。第一種是「真正惡意」模式。釋字第五〇九號解釋中，提出協同意見書的蘇俊雄大法官認為「只要行為人並非故意捏造虛偽事實，或並非因重大的過失或輕率而致其所陳述與事實不符」行為人即可不罰，而吳庚大法官提出類似的「明知其為不實或因輕率疏忽而不知其真偽」之標

⁷ 林鈺雄，註4文，90頁。

⁸ 林鈺雄，註4文，92頁。

⁹ 批評此號解釋者指出，如果「相當理由確信真實」原則以新基準「替換」了舊基準，反而將使行為時未相信所言為真，但後來在訴訟上證明所言為真的行為人，失去不罰的機會。參見林鈺雄，註4文，93-96頁；甘添貴，註3書，433頁，註6。不過，筆者認為只要把「相當理由確信真實」原則視為「補充」原有作為「客觀處罰條件」的「證明真實條款」，而非加以「替換」，此問題即可解決。換言之，行為人在訴訟上透過證明所言為真的不罰規定並未失效。大法官會議只不過「插入」另一條法律規則而已。若仔細觀察釋字第509號解釋，會發現此一詮釋既不違反解釋文義，亦相當符合該號解釋加強言論自由保障之旨意。而且，比較法上，這樣的解釋也呼應美國普通法憲法化後的狀況——蘇利文案「真正惡意」原則並未取消原本普通法上的「真實抗辯」，二者同時存在。See RODNEY SMOLLA, LAW OF DEFAMATION Ch.5 (Thomson/West, 1999).

準。依照法治斌教授的見解，二位大法官之見解相當於美國聯邦最高法院 *New York Times v. Sullivan* 判決中的「真正惡意」原則，亦即明知所言不實（*knowledge of falsity*）或者出於輕率疏忽不顧真偽（*reckless disregard of truth or falsity*）。¹⁰ 因此，筆者稱之為「真正惡意模式」。此解釋模式有兩個重點：1. 若要成立犯罪，行為人必須明知或因輕率疏忽而不知者，係誹謗言論的「不實」；2. 若行為人缺乏對所言「不實」之明知或輕率疏忽，即可不罰。第一個重點告訴我們，誹謗言論之「不實」係誹謗罪的客觀構成要件。第二個重點告訴我們，行為人對於所言「不實」的明知或輕率疏忽，乃是主觀的構成要件。若缺少此構成要件即不成立犯罪。而所謂「明知」與「輕率疏忽」又是什麼樣的主觀不法要件呢？二位大法官所提標準的前段，包括「故意捏造虛偽事實」與「明知其為不實」，很明顯地，相當於刑法第十三條第一項之「直接故意」：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者為故意。」而後段「輕率疏忽而不知其真偽」，相當於

美國誹謗法制上的「輕率疏忽」（*reckless disregard*）。¹¹ 而所謂「輕率疏忽」在美國法上所指涉者，係比重大過失情節更為嚴重，對於言論不實的高度可能性有清楚意識仍不顧一切加以刊出的心理狀態，約相當於我國刑法第十三條第二項的「未必故意」¹²。

現在我們可以清楚看到「真正惡意」模式在犯罪階層結構上的定位。在此模式解釋下的「相當理由確信真實」原則直接修正了誹謗罪的構成要件，把原本不存在於誹謗罪構成要件中的「不實性」植入客觀構成要件中，以致於行為人主觀上必須加以認知。若缺乏此認知，即缺乏「構成要件故意」，不成立「故意」誹謗罪（沒有「過失」誹謗罪）。此判斷在二階或三階理論上都是一樣的。

（二）「合理查證」模式

第二種模式是所謂「合理查證模式」。有相當數量的學術與實務見解認為「相當理由確信真實」原則相當於「合理查證」。¹³ 然而，「合理查證」是什麼意思？是阻卻構成要件事由，還是阻卻違法事

¹⁰ 見法治斌，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，法治國家與表意自由，正典文化，2003年，299頁。

¹¹ 不過，由於蘇俊雄大法官使用「重大的過失」這樣的字眼，使得蘇大法官之真意顯得模糊。不過，筆者此處重點不在於解釋蘇大法官真意為何，而是提出「真正惡意」模式的觀念。

¹² 美國聯邦最高法院 *St. Amant v. Thompson* 案中，針對「輕率疏忽」做出詳盡解釋。此概念所指主觀不法之程度，超過「重大過失」（*gross negligence*），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言論之真實性持有「嚴重懷疑」。390 U.S. 727, 731 (1968)；我國學者亦贊成輕率疏忽相當於我國法「未必故意」者，見張訓嘉，言論自由與公眾人物之名譽，律師雜誌，221期，1998年2月，18頁。

¹³ 學術見解，參閱林鈺雄，註4文，96頁；許宗力，談言論自由的幾個問題，收錄於台灣憲法之縱剖橫切，2002年，265頁；李燕伶，論釋字五〇九號解釋與民法第一九五條名譽權規定之適用關係，東吳大學法律系碩士論文，2003年12月，94-95頁。實務見解，見台灣高等法院90年度上更（一）字第533號、91年度

由？筆者指出此犯罪階層上的問題，並非又要製造一場茶壺裡的風暴。此問題影響到「合理查證」能不能被接受。而問題關鍵在於：誹謗言論「不實性」是否屬「客觀構成要件」。

1.如果將誹謗言論「不實性」理解為「客觀構成要件」，則「合理查證」意味著行為人在傳述誹謗言論之前，已盡一定努力，防止法益侵害結果的發生。然而，曾為一定之「防果行為」不代表可以阻卻不法。「合理查證」之所以能夠阻卻構成要件該當，是因為「合理查證」給予行為人足夠的理由相信所言為真，因而阻卻「構成要件故意」（包括明知虛偽或者因輕率疏忽不顧其真偽）。而如果「合理查證」這個模式，要能夠與誹謗罪處罰故意的法律規則相符合，意味著「未曾合理查證」，必定只能指涉相當於「故意」的行為。如果「未曾合理查證」所指涉的行為超出「故意」的範圍，就表示「合理查證」作為阻卻構成要件事由，其阻卻範圍過小，處罰範圍過大，違反誹謗罪僅處罰「故意」的規定，此解釋模式應不予採納。

因此，問題在於行為人未為「合理」的查證，因而導致誹謗事項之不實，該當於何種不法事實呢？「明知」所言不實，或者因輕率疏忽，對言論不實之可能性有高度懷疑，仍然加以發表，這些相當於「故意」的行為，當然包括於「未合理查證」之中。問題是「未合理查證」所可能指涉的行為態樣僅止於此嗎？當然，此問題的

關鍵在於「合理查證」是什麼意思？操作這個概念，可以有不同的模式。我們可以完全訴諸個案衡量，在個案中決定什麼是「合理」。但這樣做，導致構成要件高度不確定，對於「罪刑法定主義」與「言論自由」這兩個憲法位階的規範會造成重大威脅。

如果我們一定要給予某種內涵，則就其字面而言，「合理查證」最起碼不能排除「查證」的程度必須符合某種客觀的標準。較妥當的解釋是，設立此標準的用意，應在於促使所有具有理性之人在有預見可能性的前提下，在特定具體情狀中，對於可能侵害他人名譽之誹謗行為，採取注意並為安全措施，以避免「虛偽」事實。若行為人採取的安全措施已經達到其所屬專業社群的標準，或者一般理性之人在同樣情況下所應採取的標準，當其所言仍然為「不實」時，此時社會將認為此行為所造成的法益侵害結果乃是社會所容許的風險。

在此內涵之下，「未合理查證」所指涉的行為態樣（包括不曾「查證」，或者就算「查證」，該查證行為並未達到「合理」的程度），可能包括，比方說，行為人因為錯估其消息來源的可信度，而完全未經查證或僅經極少的查證，即傳述或指摘毀損他人名譽之事；或者由於時效異常緊迫，經驗豐富的記者在衡量現場情況並依據常識判斷後，直接報導某則新聞，然其所言之不實其實只要稍加查證即可避

上訴字第 1083 號、90 年度上易字第 67 號與 90 年度上易字第 2673 號判決。

免；或者，記者錯誤相信編輯的判斷，直接聽從編輯的指示撰寫新聞稿等。這些例子可能都屬於「未合理查證」，但都未達「故意」的程度。

凡此皆告訴我們，缺乏故意，但未為「合理」查證，因而導致誹謗事項之不實，即便其意義可能浮動，但此不法行為很難不包含「過失」誹謗。可是，刑法誹謗罪並不處罰過失。換言之，如果我們把「不實性」當成「客觀構成要件」，則「合理查證」作為阻卻不法事由所對應的不法行為，包含「過失」誹謗。而「過失」誹謗不在刑法處罰的範圍之內。¹⁴「合理查證」模式因而不符合刑法的規定。此時，我們應該捨「合理查證」，採取「真正惡意」模式，因為唯有「真正惡意」所對應的不法行為才符合刑法僅處罰「故意誹謗」的規定。此判斷不因採二階或三階理論而有差別。

2.如果我們不把誹謗事實的「不實性」當成客觀構成要件，則「合理查證」的作

用就不在於阻卻構成要件，而係作為「阻卻違法事由」。那麼「合理查證」作為阻卻違法事由，其主觀及客觀要件為何？

要回答這個問題，我們必須瞭解「合理查證」之「行為」作為「客觀阻卻違法要件」的意義。「合理查證」並不是一個自給自足的概念。沒有一套規則能夠告訴我們，只要做了如此這般的查證動作，就可以算是合理查證，就好像刑事或民事訴訟程序上，沒有一定的規則告訴我們使用多少人證、物證、書證，才能夠證明待證事實。在訴訟程序上，我們用以操控證明程度的概念，不是證明「合不合理」，也不是「證據資料」的多寡，或者是「證據方法」的使用次數，而是所有證據資料透過證據方法的運用，能夠在審判者心中針對待證事實的「真實性」形成什麼程度的確信。是超越合理懷疑 (beyond reasonable doubt)、「證據優勢」(preponderance of evidence) («存在」比「不存在」更為可

誹謗言論不實之主觀不法程度

故意	過失	無過失
----	----	-----

「未合理查證」概念與主觀不法對應之程度

未合理查證		合理查證
-------	--	------



有相當部分之「未合理查證」並非「故意」，而係「過失」。

圖一

¹⁴ 認為釋字第 509 號解釋乃是針對誹謗言論之虛偽採取「過失責任主義」者，見何建志，誹謗罪之體系建構與法理分析：二元化言論市場管制模式，臺北大學法學論叢，54 期，2004 年 6 月，137 頁。

能)，還是「證據明確」(clear and convincing evidence)(待證事實的真實性在審判者心中需達到「高度可能」(highly probable)或者「合理地確定」(reasonably certain)?¹⁵如果無法在審判者心中達到待證事實所需要的確信程度，提出再多的證據資料也是枉然。同樣地，誹謗行為人不論作多少「查證」，其合理與否並不在「查證」本身，而在於「查證」是否能夠在一定程度上「證明」誹謗事項的「真實」。

因此，「合理查證」作為「阻卻違法事由」，必然意味其「主觀要件」乃是行為人在一定條件下相信所言「真實」。接下來，客觀要件為何？釋字第五〇九號解釋指出，行為人「有相當理由確信其為真實者」即可免除刑罰。如果我們僅僅著重在「確信真實」這四個字，則大法官會議的意思似乎是查證行為只要足以讓行為人「自己」確信其為真實即可。可是，行為人為了免除刑罰，當然會主張自己基於查證（無論查證如何不足），已「確信」所言真實。然如此一來，對於名譽權的保障防線將幾近崩潰。因此，對於「相當理由確信真實」原則的解釋，不可能忽略前面的「相當理由」四個字。而「相當理由」與「確信真實」一樣，不可能完全由行為人主觀上的認定來決定，否則對於名譽權的保障將嚴重不足。「相當理由」最本地必須反映社會所認可的，一般理性良知之人處在類似情境中對於名譽權保護所應該採取

的相當注意義務。因此，「合理查證」作為「阻卻違法事由」，其主觀要件乃是行為人相信所言真實。客觀的「阻卻違法要件」，乃是查證行為最少符合一般理性良知之人對於名譽權保護所應具備的注意義務。

此時，採取二階或三階理論就會產生不同結果。二階理論要求若要成立不法，除了客觀上無阻卻違法事由外，行為人主觀上的認知須包含「無阻卻違法事由」這個負面事實。行為人誤認客觀上不存在的阻卻違法事由為存在時，將導致「欠缺故意」，不成立犯罪。在「合理查證」作為「阻卻違法事由」時，客觀不法上，必須「欠缺合理查證」的行為；主觀上，行為人對因欠缺合理查證而「陳述不實」的可能性必須有所認知。然而，如同上圖一所表示，「欠缺合理查證」不代表行為人必然捏造虛偽事實或因輕率疏忽不顧虛偽，亦有可能僅因「過失」而輕信事實為真。換言之，在二階理論下，「合理查證」作為阻卻違法事由，其所制裁的範圍，仍然過廣，違反刑法誹謗罪只處罰故意的規定。相對而言，三階理論下，主觀不法要件毋須涵蓋「阻卻違法事由之欠缺」，因此，就算事實上行為人因過失輕信所言為真，由於「不實性」並非構成要件，注意義務之違反不被當成「構成要件過失」，僅導致「阻卻違法事由」不成立而已。

綜上所述，若採二階理論，則「真正惡意」模式是必然的選擇。若採三階理論，

¹⁵ 參閱王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照，2004年，527-528頁。

誹謗事項的「不實性」是否被當作客觀構成要件，就影響對於「相當理由確信真實」原則的解釋。如果「不實性」是客觀構成要件，則行為人主觀上對之必須明知（直接故意）或輕率疏忽（未必故意），始具備「構成要件故意」。因此，只有「真正惡意」模式，才符合刑法誹謗罪僅處罰「故意」的規定。「合理查證」模式必須被排除，因為它包含「過失」，而刑法誹謗罪不處罰過失。相反地，如果「不實性」不是「客觀構成要件」，則「合理查證」作為「阻卻違法事由」，乃是可採的解釋。

雖然在四種可能的理論選擇架構中「真正惡意」，已經是其中三種的必然選擇，然而我們仍須進一步探討，剩下的唯一情況是否能夠成立，而就此而言，「不實性」的定位乃是關鍵。

表一 二階或三階理論下，對「相當理由確信真實」原則解釋模式的選擇

	二階層理論	三階層理論
不實性 =>構成要件	真正惡意模式	真正惡意模式
不實性 ≠>構成要件	真正惡意模式	合理查證模式

四、「不實性」應屬「客觀構成要件」

傳統上，多數刑法學者認為誹謗事項的「不實性」並非誹謗罪構成要件的一部

分。釋字第五〇九號解釋公布後，此一見解並未改變。¹⁶ 筆者可以同意，誹謗事項的「不實性」在釋字第五〇九號之前不是「客觀構成要件」，因為「證明真實條款」原來的性質本屬於「客觀處罰條件」。但是，該號解釋公布後，有越來越多的學者對此傳統見解提出質疑。¹⁷ 筆者亦主張，釋字第五〇九號解釋不僅創造了一項新的阻卻不法事由（無論在構成要件或違法性層次），更進一步，改變了整體誹謗罪不法要件結構。在此新結構之下，把言論「不實性」理解為客觀構成要件，才是最適切的作法。同時，就刑法誹謗罪而言，言論「不實性」的定位直接牽涉到「真正惡意」與「合理查證」在三階層理論下之選擇。筆者主張，「不實性」應納入誹謗罪客觀構成要件，「真正惡意」模式是對釋字五〇九號解釋「相當理由確信真實」原則的唯一正解。以下說明理由。

（一）名譽權觀念的變遷

犯罪結構三階層理論的精神乃是透過「構成要件」將侵害法益，因而很可能具有「應刑罰性」的行為納入不法行為的判斷領域當中。然後在「違法性」的判斷層次，將侵害法益但例外有合法事由的行為，視其是否符合「阻卻違法事由」要件，決定其是否不法。這兩個層次之間的關係乃是「原則」與「例外」

¹⁶ 林山田，刑法各罪論（上），修訂八版，2002年，234-237頁；甘添貴，註3書，428頁；謝庭晃，註1文，182頁。

¹⁷ 何建志，註14文，107-113頁；謝庭晃，註1文，147-148頁；李念祖，從釋字五〇九號解釋論「陳述不實」是否為「誹謗罪」之構成要件，收錄於憲法解釋之理論與實務——第四輯，台北中央研究院法律所籌備處，2005年5月，233-290頁。

的關係。¹⁸作為「原則」的「構成要件」這個概念的目的，在於將對法益造成侵害，因而至少在初步判斷上極可能「不法」的行為，從眾多根本不具備不法性質的社會生活行動中區別出來。因此，「構成要件」該當行為，必須侵害了值得保護的法益，否則，如果連並未侵害值得保護之法益的行為都一併納入，該「構成要件」的設計便是失敗的。

「誹謗罪」所保護的主要法益是名譽權。一個人的「名譽」乃是其所處群體或社會眾人對其言行、人格所為的評價。為何要保護名譽，不同的時代有不同的規範目的。十八世紀以前英美法上所謂「愈近真實，誹謗愈大」(the greater the truth, the greater the libel)的規範，其目的在於維護社會治安，避免當時盛行之「私人決鬥」，因此不論所言是否真實，一概令其負誹謗責任。而英國當時所謂「叛亂誹謗」(seditious libel)，係指針對公務員而為之誹謗，其規範目的在於維護王室名譽以及政府威信。因此，亦不論誹謗真假與否，概令負民事甚至刑事責任。¹⁹

時至二十世紀我國現行刑法制定之初，我國立法者已經清楚體認到言論自由

的重要性，同時也明白意識到「誹謗事實真偽」係處罰與否的關鍵。刑法第三一〇條立法理由有謂：「至於不問事實有無，概行處罰，其箝制言論之自由，及妨害社會，可謂極矣……故本案於次條規定事實有無，與應否免刑之情節，以免趨於極端。」第三一一條立法理由亦謂：「蓋保護名譽應有相當限制，否則箝制言論，足為社會之害。」²⁰然而，當初立法者之所以未能將誹謗言論之「不實」納入刑法第三一〇條第一項作為「構成要件」，是因為刑法誹謗罪同時保護了兩種法益。主要法益當然是「名譽權」，但另一法益則是「隱私權」。雖然侵害二種權利的行為同樣都是散布關於被害人之資訊，但侵害名譽權者係「不實」資訊，而侵害隱私權者係關乎個人隱私之「真實」資訊。「隱私權」觀念於刑法制定之初尚未由「名譽權」的概念分化出來，其所保護法益仍被籠統的「名譽權」所概括。因此，為將侵害他人隱私而「真實」之言論納入不法的範圍，立法者並未將「不實性」納入第三一〇條第一項之構成要件。²¹

今日我國法律體系以及社會觀念已經進化到能夠區分名譽權及隱私權。²²因此，保護名譽以及保護隱私之刑法規範，

¹⁸ 林山田，註2書，164頁。

¹⁹ 法治斌，論美國妨害名譽法制之憲法意義，人權保障與司法審查——憲法專論(二)，月旦，1994年，12-13頁。

²⁰ 刑法第二次修正立法理由，見黃宗樂監修，六法全書(刑法)，保成，1991年，835頁。

²¹ 同此見解者，參見法治斌，誹謗罪除罪化勢在必行，律師雜誌，221期，1998年2月，2頁；何建志，註14文，109-110頁；謝庭晃，註1文，202-203頁；李念祖，註17文，247-249頁。

²² 民法第195條在1999年修法後，已將「名譽」與「隱私」區分並列。

應加以區分（如何區分筆者將在以下詳述）。如此一來，保護名譽的規範目的可以回歸到維護「名譽」最基本的社會功能。亦即透過關乎個人之資訊的流通，讓共營社會生活者得以取得關於相互之資訊，以決定是否與他人進行社會、商業或其他交往。個人透過長期努力，以其良好行止建立聲譽，可以得到社會認可，甚可贏得物質報酬。反之，不良的行為亦將招致社會輿論的制裁。因此，「名譽」乃是勸善罰惡，維護社會秩序，同時促進社會、經濟、政治生活的重要機制。其運作良好與否，端視資訊是否正確。這意味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。因此，誹謗罪構成要件若不論事實真偽，將所有減損他人名譽之行為皆納入，將納入許多並未侵害他人值得保護之法益之行為，成爲一項失敗的法例。

（二）罪刑不相當

是否將「不實性」納入誹謗罪構成要件，直接牽涉到行為人就「不實性」的認知程度而言，是否僅處罰「故意」，或者連相當於「過失」的誹謗行為也要處罰。以「刑罰」制裁誹謗罪是否合適、合憲，一直引起極大的爭論。釋字第五〇九號解釋的解釋標的，正是誹謗行為應否除罪化。雖然大法官會議透過「合憲性解釋」轉換「證明真實條款」的意義，暫時舒緩誹謗除罪化的壓力，但是壓力並未真正解除。

目前，大多數誹謗犯罪行為，並非基於故意而捏造虛偽事實，而是因查證不足之過失導致誹謗事實不實。現代社會對於

公共資訊需求強烈。言論市場上的主要資訊提供者，也就是媒體工作者，多半都有一定的時間壓力，因此，能夠做到極端徹底與詳盡之研究者，恐怕不多。再加上取得資訊與研究資訊都有相當成本，尤其有時候越有價值的資訊，取得與研究成本可能越高，而任何媒體機構都必須有成本的考量，不可能無限制地查證下去。同時，制度障礙阻礙著資訊流通。我國「政府資訊公開法」才剛剛通過。是否能有效扭轉行政機關習慣隱匿資訊的文化，仍有待觀察。除了本已公開的政府資訊外，有價值的資訊主要是透過記者與政府官員職務上或私底下的關係而取得。而政府官員作爲消息來源，多半會將相當的資訊進行過濾。記者就過濾後的資訊進行拼湊或推論，就算經過再嚴謹的查證程序，都很難保證一定真確。

筆者並非主張資訊提供者應完全免於合理查證的壓力。最起碼，他們不能免於民事損害賠償責任的壓力。但問題是，「刑罰」對於許多非因故意，僅因過失而查證不足的誹謗行為人，是不是妥當的管制方式？相對於民事賠償責任僅以金錢制裁構成壓力，「刑罰」威脅剝奪資訊提供者的人身自由。儘管經濟制裁的壓力不可謂不大，但是若有可能透過責任保險制度，或者新聞機構本身對於員工的保護制度，其壓力雖不能解除，但仍可由類似社會機制或者行為人本身財力加以緩和。相對而言，「自由刑」威脅意味著走在鋼索上的新聞提供者，若一不小心失去平衡，就要鋸鐮入獄。換言之，以「刑罰」制裁因過失

而未能確證真實的誹謗者，其後果乃是民事侵權損害賠償制度所無的，最直接的「寒蟬效應」——完全剝奪其發言能力。造成誹謗事項不實的「過失」，在現代社會的新聞媒體領域中，有許多成因。除了行為人本身的疏忽，還有許多結構上的原因，比如新聞本身所要求的時效性，新聞業的過度競爭導致查證成本與時間難以負擔，新聞媒體編輯室管理不當，政府資訊不易取得等。很明顯地，這些結構性問題，不可能透過把執筆的記者囚禁起來，就可以解決。因此，以「刑罰」制裁因過失查證不足的誹謗行為，乃是罪刑不相當的拙劣法例。

這項結論不只是筆者個人的理論推演。事實上，誹謗罪的刑事實務普遍反應與筆者相同的判斷。由於刑法第三一〇條第一、二項之普通與加重誹謗罪最重本刑皆未超過五年以下有期徒刑（普通誹謗罪係一年以下，加重誹謗罪係二年以下有期徒刑），因此有罪判決科處六個月以下有期徒刑者，得易科罰金。而我國刑事實務上，對有罪之誹謗罪被告科處超過六個月有期徒刑者幾如鳳毛麟角，難得一見。筆者瀏覽絕大多數二〇〇〇年以後之刑事誹謗判決，僅發現徐群瑛誹謗涂醒哲一案，一、二審判決（台北地院九二易六八一號、台灣高等法院九二上易一五一五號）對被告科處九個月有期徒刑。此案被告係毫無根據地捏造虛偽事實，透過電視新聞傳布，且對被害人所造成之重大傷害毫無悔意。除此案之外，沒有發現科處超過六個月有

期徒刑之誹謗判決。筆者固然可能有所疏漏，而且完整的實務現況也應該進一步透過實證調查加以確認，但是刑事誹謗判決絕少科處超過六個月之有期徒刑，使得以易科罰金，應是相當符合當前審判實務的觀察。

將「不實性」納入構成要件而採用「真正惡意」模式，不只符合刑法條文僅處罰故意的要求，而且也提供誹謗罪被告以及言論市場更堅強的保障。同時，此一模式也有蘇俊雄、吳庚二位大法官協同意見書的支持。何況，如上文指出，就實務現況來看，法院普遍認為，對於一般惡性不大，僅未盡合理查證義務（亦即「過失」）即被判有罪的誹謗被告來說，最適當的處罰，不是將其與社會隔絕，以致於讓他失去發表言論的能力，而是保留其發言之能力，同時加以制裁，督促其遵守發言的規範。既然對於絕大部分誹謗被告的處罰，都可以易科罰金，不如讓民事損害賠償制度擔負督促「合理查證」的主要功能。只要把惡性最為重大，具備「真正惡意」的行為人交由刑事制裁即可。如此不但可大大節省司法資源，同時也透過嚴格限縮誹謗罪在刑法上的處罰範圍，回應目前社會上對於誹謗罪除罪化的呼聲。

（三）刑法誹謗罪條文之解釋

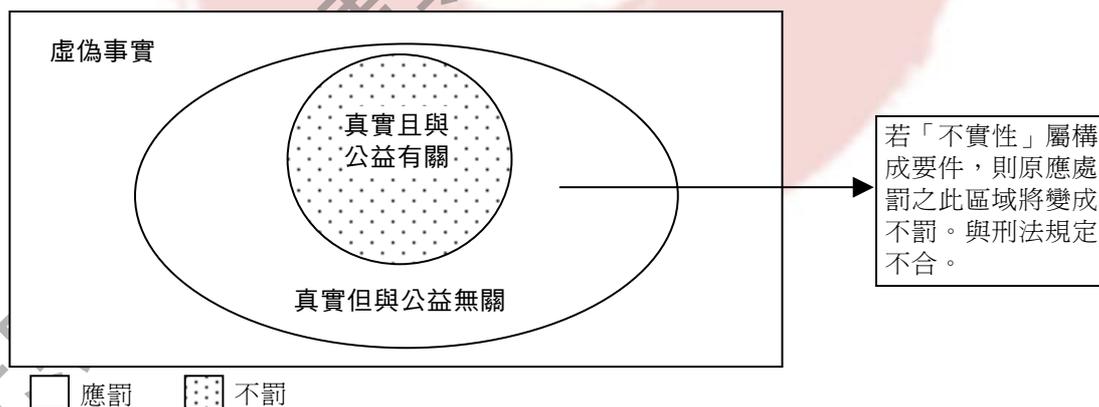
將「陳述不實」納入誹謗罪客觀構成要件最大的阻礙在於刑法條文本身。就此，刑法第三一〇、三一一條就事實真偽應否處罰的體系，必須加以釐清。首先，第三一一條的「善意發表言論」事由，係

「不問事實之真偽，概不處罰。」如果把「不實性」當作「客觀構成要件要素」，該等「善意發表言論」事由作為「阻卻違法事由」，本來就可以阻卻誹謗言論不實時的違法性。因此，在犯罪判斷上，第三一一條的「善意發表言論」事由，並不會造成混淆。真正的問題在於第三一〇條第三項後段的「但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限」。因為，如下圖所示，如果把「不實性」當成「客觀構成要件」，則應罰者，只有「不實事實」的部分，內容真實的言論因為無法符合客觀構成要件，不可能受到處罰。但此情況與刑法處罰「內容真實但涉於私德與公共利益無關」之言論，產生扞格。

此衝突的產生，是因為事實上刑法誹謗罪所保護者，如前所述，其實包含了「名譽」與「隱私」兩種法益。保護「隱私權」的條文就是刑法第三一〇條第三項後段但書。而這兩種法益受侵害的方式剛好相

反，因此保護的方向也相反。就名譽權而言，唯有傳播不真實資訊才能加以侵害。傳播真實資訊無法侵害名譽。相反地，傳播不真實的資訊沒有侵害隱私可言。唯有傳播真實資訊才足以侵害隱私。²³ 因此，保護名譽權的方法，是處罰「不實」言論。保護隱私權的方法，乃是處罰與公益無關的「真實」言論。這也是為什麼刑法第三一〇條未將「言論不實」納入構成要件的理由，因為如果納入，就沒有辦法處罰「真實」但侵害隱私的言論。而刑法立法者之所以沒有區分這兩種法益，是因當時「隱私權」的概念尚未形成，隱私權與名譽權同樣都是透過傳播資訊的方式遭受侵害，因此立法者於同一法條中加以保護。但這並不妨礙我們以我國現代法律體系中已有的權利概念，釐清上個世紀初立法者未能明辨的不同法益。

既然辨明刑法第三一〇條所保護的兩種法益，我們便可以針對侵害不同法益的



圖二

²³ 何建志，註 14 文，109-110 頁。

行爲，釐清並重構刑法誹謗罪所隱含的二項法律規範：

【規則一】

意圖散布於眾，而傳播足以毀損他人名譽之不實事項者，應負刑事責任，但以善意發表言論者（刑法第三一一條事由）不在此限。

【規則二】

意圖散布於眾，而傳播涉及他人而與公益無關之真實（隱私）資訊者，應負刑事責任，但以善意發表言論者（刑法第三一一條事由）不在此限。²⁴

透過在觀念上將刑法誹謗罪區分爲以上二規則，進而將誹謗罪的內涵釐清爲【規則一】，在刑法理論上，我們不但可以釐清刑法所要保護的法益，使誹謗罪構成要件不至於涵蓋未侵害值得保護法益的行爲；在規範目的上，更使「名譽權」的概念適應立法近百年後的社會變遷，符合現代社會的需求。

論者或會質疑，在罪刑法定主義的大原則下，刑法解釋方法仍以文義解釋爲重。筆者所主張的解釋太過扭曲刑法文義，因而無法接受。刑法的解釋方法牽涉甚廣，筆者無法在此全面回應。但是筆者主張，罪刑法定主義不代表刑法解釋只能獨尊「文義」。一項解釋的效果，如果會將原本不屬處罰範圍內的行爲納入處罰範圍，那麼這種解釋確實必須嚴格遵守法條文義，以免「罪刑法定主義」名存實亡。但是，如果一項解釋的效果，是將原本在

處罰範圍內的行爲，排除於該條文處罰範圍之外，並不會有「罪刑法定主義」上的疑慮，此時文義解釋必須與其他解釋方法綜合考量。事實上，刑法理論中，所謂「超法規阻卻違法事由」的存在，就是一個明證。如果刑法解釋完全獨尊文義，哪裡有「超法規」阻卻違法的空間？將陳述不實納入構成要件，剛好縮小了刑罰的範圍，因此單純基於文義的反對意見不足以構成挑戰。

相反地，將「言論不實性」排除於構成要件之外，而採納「合理查證」作爲阻卻違法事由，才會引起嚴重的「罪刑法定原則」的問題。何以故？相較於一般承認的「阻卻違法事由」，如正當防衛、緊急避難、依法令之行爲等等，「合理查證」的不確定性非常高。是否應該按照原告身分爲政府官員或公眾人物而異其標準？全國性媒體與地方性媒體標準應否不同？平面媒體與電子媒體之標準應否不同？同爲平面媒體，基於時效性差別，雜誌與報紙的標準應否不同？媒體被告與一般被告的「合理」程度有無差別？當原告爲私人，但誹謗言論具有公益性質時，是否應放寬合理查證標準？這些複雜的問題都尚難產生定論。

就算能夠訂出標準，所謂「合理」與否仍然要訴諸各該適用情況中「理性之人」的虛擬判斷。當然，所有刑法「過失犯」的犯罪判斷，都是這種判斷。可是，「虛偽言論」對名譽權的侵害，比較起其他法益

²⁴ 此處得益自何建志教授的精闢見解，唯表述方式稍有不同。何建志，註14文，107頁。

的侵害，更為模稜兩可。一般個人法益（如身體、生命、財產等）推定應受完整保障，侵害行為可以原則上先被推定為不法。相較之下，侵害名譽法益的行為在現代社會不止是許多合法活動（如新聞報導、評論、私人資訊販賣流通）必然隱含的風險，更因為在合法與不法之間，牽涉到複雜的憲法與社會價值衡量。比方說，是否駕車肇事過失致人於死，適合作為一般性的「過失」犯罪判斷，是因為我們所求於駕駛人的，就是不管其私人理由為何（精神不佳、趕時間、心情不好……），他必須開車小心，不造成他人法益的損害，基礎法律判斷所牽涉因素並不複雜。相對地，比如說，新新聞雜誌社記者在聽取其認為值得信賴的同仁楊照之證言，並進行一定查證後，是否應該刊出呂副總統傳播謠言的新聞，這個問題就沒有那麼簡單。基於新聞工作的專業要求，基於公益的考量，該雜誌有很強烈關乎公益（非僅私人事由）的理由，要求其刊出該文。但同時，考量事件複雜性以及查證困難，無法百分之百確定真實時，為保護當事人的名譽，也有強烈正當理由不予刊出（此案是民事訴訟，此處僅以之為例說明問題性質）。這其間衡量，能夠清楚地用「一般理性之人」之過失標準來判斷嗎？即便民事案件可以容許使用此種較不明確的標準，但在道德非難意涵強烈，刑罰程度嚴重的刑事案件中適合嗎？其中不法判斷所蘊含的標準符合「罪刑法定」的要求嗎？筆者認為答案是否定的。

論者必須體認，釋字第五〇九號解釋已經將「言論真實與否」插入不法要件層

次，這是憲法規範的要求，也是我們討論的出發點。在三階層理論的架構下，將其定位在「構成要件」或「阻卻違法事由」之間的選擇，相當於在「真正惡意」與「合理查證」之間做選擇。將「言論不實」排除於構成要件之外，不僅違反現代社會對「名譽權」的理解，內涵不確定的「合理查證」更將嚴重威脅「罪刑法定主義」。反對者不能僅停留在對刑法條文作「文義解釋」（所謂：「刑法條文沒有明定『言論虛偽』為構成要件」）的層次。刑法誹謗罪條文現在所面臨的情勢，就像處於板塊交界處的島嶼，受到憲法層次之「言論自由」與「罪刑法定主義」，這兩塊「歐亞板塊」與「太平洋板塊」的擠壓。此巨大壓力要把「言論不實」與「真正惡意」推擠進誹謗罪的構成要件中。筆者認為，抗拒此壓力，既無必要，也無法證立。

五、釋字第五〇九號解釋內涵的重構

綜上所述，釋字第五〇九號解釋的內涵，有如下幾點：

（一）該解釋的「相當理由確信真實」原則把行為人主觀上對於所言「不實」的認知程度，拉進誹謗罪主觀不法要件中，相應地，誹謗事項的真偽，也納入誹謗罪客觀不法要件。

（二）誹謗言論「不實性」應納入「客觀構成要件」，理由在於：1.名譽權概念的變遷：人有保護名譽免於不實事實抹黑的權利，卻沒有「欺世盜名」的權利。維護名譽法益應僅處罰不實言論。2.避免「罪刑不相當」，處罰「過失誹謗」，對於言論自

由保障較為周全。3.法律解釋上並非窒礙難行，同時可釐清誹謗罪保護法益。

(三)「相當理由確信真實」原則就行為人對所言「不實」之認知程度，容有不同解釋。主要有兩種解釋：第一種是「真正惡意」模式，要求誹謗行為人必須明知所言不實或因輕率疏忽不知不實，相當於故意（包括直接與未必故意），始成立犯罪；第二種是「合理查證」模式，乃是作為阻卻違法事由。相對而言，「未合理查證」即應成罪，而此概念將包含「過失」誹謗。

(四)鑑於「不實性」應屬客觀構成要件，則相當於僅處罰故意的「真正惡意」模式就是在刑法上解釋「相當理由確信真實」原則唯一的選擇。

應注意的是，在本節論述中，「言論不實性屬於客觀構成要件」必然導出「真正惡意」，不是因為這兩個概念有邏輯上的必然連結，而是因為刑法誹謗罪僅處罰「故意」，行為人對於客觀構成要件之存在必須有相當認知。如果放到民法「過失責任」的架構下，若「言論不實性屬於客觀構成

要件」，當然可以導出「真正惡意」之外的歸責條件，比如「過失」。

參、釋字第五〇九號解釋對民法的影響

一、傳統名譽權侵權行為歸責原則：無過失責任

名譽權侵害損害賠償在民法上的請求權基礎主要乃是民法第一八四條第一項前段：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」以及第一九五條第一項：「不法侵害他人之……名譽……被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償適當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」第一九五條並非獨立的侵權行為類型，而係同法第十八條第二項：「前項情形（人格權受侵害時），以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金」之特別規定，其規範作用在於允許請求一定金額作為非財產上損害賠償。因此，名譽權侵害損害賠償的請求權基礎，主要是第一八四條第一項前段。²⁵

²⁵ 至於以民法第184條第1項後段以及同條第2項作為請求權基礎，因實益不大，本文不予討論。理由如下：(一)第184條第1項後段：「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」其規範目的主要在擴大保護範圍至權利以外之「利益」。名譽權既然係民法上（第195條）明文保障之「權利」，受侵害時，以第184條第1項前段作為請求權基礎已足。再者，後段以「侵害之故意」作為構成要件，限縮了名譽權保障的範圍，因此，適用的機會更低。當然，理論上，如果有人故意以背於善良風俗但不具違法性之方法侵害名譽權，因而無法以前段請求損害賠償時，則後段仍有實益。然而，由於名譽權侵害行為「不法性」之界定，民法無明文，有相當廣闊的解釋空間。如果法院認為某名譽權侵害行為具有可責性，多半會認其「違法」，而適用同項前段，鮮少有法院會認定其「無違法性」但「背於善良風俗」，而以後段作為請求權基礎。(二)至於第184條第2項：「違法保護他人之法律，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。」學者認為，刑法誹謗罪條文應屬「保護他人之法律」，因此第184條第2項亦可作為請求權基礎（王澤鑑，侵權行為法第一冊，1998年9月，128頁）。不過，此條文對名譽權侵害來說亦缺乏實益。因為，此一侵權行為類型之規範作用主要在於藉由「違反法律」推定行為人之「過失」，以轉換舉證責任。可是刑法誹謗罪以「故意」作為誹謗行為之「主觀構成要件」，並不處罰過失。「過失」

民法第一八四條第一項前段侵權行為的一般構成要件，包括客觀上侵害他人權利，造成損害，行為與損害間有相當因果關係，行為係「不法」，以及主觀上行為人應具故意過失與責任能力。所謂「侵害他人名譽權」，其特別構成要件至少包含以下三點。對符合該等特別構成要件之客觀情狀，行為人主觀上必須有認知及意欲（故意），或者應注意，能注意而未注意（過失）：（一）被告所傳布之言論具有「誹謗性」，足以毀損他人名譽（過失者，比如行為人報導被害人生子，但沒有注意到身為名門閨女之被害人尚未出嫁）；（二）被告所傳布之誹謗性言論所指涉者，可以特定為原告（過失者，比如被告指稱所誹謗之人的姓名係屬虛構，然竟真有同名同姓之人）；（三）被告須有傳布之行為，亦即傳布給被害人以外之第三人（過失者，比如被告將誹謗之事項置於信件中，但未密封，交由第三者傳遞與被害人本人，而信件遭第三者竊閱）。²⁶

此三項客觀要件一如其他客觀侵權行為要件，被告主觀上對之必須有故意過

失，且原告對要件事實之存在負有舉證責任。但除了此三項要件之外，如果我們進一步把「誹謗言論之不實」當成構成「侵害名譽權」的第四個特別構成要件，我們就會發現，傳統民事實務看待此要件的方式十分特別，有別於其他其他要件。傳統民事實務多採取與釋字第五〇九號解釋前刑事實務相同的解釋：依照刑法第三一〇條第三項：「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。」被告須證明所言確為「真實」且非「涉於私德而與公共利益無關」，始可免責。²⁷

按此傳統見解，被告只有在訴訟上能夠證明所言為真，始能免責。²⁸換言之，只要誹謗事項為被證明為「不實」（包括虛偽及無法證明）（無論是由原告或由法院依職權調查），無論被告是否有相當理由相信其為真，敗訴風險全由被告負擔。這意味著證明誹謗言論為「真實」的「客觀舉證責任」，以及隨之而來的「主觀舉證責任」，並非如一般的侵權行為構成要件係歸於原告，而是歸於被告。同時，不管被告

既不處罰，則「推定過失」自然不具實益。

²⁶ 參閱楊敦和，論妨害名譽之民事責任，輔仁法學，3期，73年1月，129-136頁。美國相應的制度，參照Restatement (Second) of Tort § 508B comment b (1977)。

²⁷ 最高法院對此議題清楚表達見解者甚寡，最高法院82年台上字第200號判決是一著例：「李雅樵（筆者按：被告）就足以毀損李宗藩名譽之事散布於眾，對於發生侵害李宗藩名譽之結果，不能謂非具有故意，復不能證明其所誹謗之事實為真實，即難認有免責之事由存在。」（最高法院民事裁判書彙編，11期，1993年1至3月，94頁）另外尚有最高法院58年台上字第2383號判決，載於「中華民國裁判類編」第11冊，372頁。唯除本文所探討之新新聞案判決外，筆者未發現與此見解衝突的最高法院判決。至於其他各級法院早期實務，礙於時間與資源，筆者無法全面查詢。同樣的觀察結論，參閱李燕伶，註13文，84頁。

²⁸ 筆者反對將刑法第310條第3項但書「涉於私德而與公共利益無關者」納入民法名譽權侵權行為的判斷中，所以在此不予討論。參見筆者於註36之說明。

對於誹謗事項之「真實」是否做過查證的努力，無論被告是否有「過失」，只要誹謗事項被證明為「不實」，則被告依舊不能免除損害賠償責任。也就是說，傳統民事實務針對誹謗事項之「不實」並非採取「過失責任」，而是採取「無過失責任」。

傳統見解之所以容許針對「誹謗事項之不實」，違反民法第一八四條所規定之「過失責任」而採取「無過失責任」，唯一合理的解釋，就是「誹謗事項之不實」並不被視為「侵害名譽權」侵權行為之「客觀構成要件」，因而行為人主觀面的「故意或過失」無須加以對應。在侵權行為是否成立的判斷過程中，當侵害名譽權的行為被認為確實足以貶損原告名譽，行為人傳布該言論予第三人，誹謗對象可以特定為原告，且無其他阻卻不法或免責（比如被告無責任能力）的事由時，原則上侵害名譽權之侵權行為即推定成立。由於被告後來若能在訴訟上證明所言為真實，即可免責，因而被告在行為當時主觀上的「故意或過失」，變得並不相干。因此，我們可以說，在傳統見解中，「證明所言為真」被視為一種特殊的抗辯事由，類似傳統英美普通法誹謗侵權行為中的「真實抗辯原

則」。²⁹ 誹謗事項的「不實」並未被視為客觀構成要件的一部分，行為人無須有對應的「故意或過失」。也正因如此，才形成針對「誹謗事項之不實」，被告所負責任「相當於」無過失責任的局面。³⁰

二、民法規定之傳統解釋的合憲性審查

民法第一八四條第一項前段以及第一九五條第一項都沒有清楚說明名譽權侵害行為的構成要件以及不法性衡量標準。傳統民事實務援引刑法誹謗罪不罰事由，作為名譽權侵害行為的阻卻違法事由，事實上是基於「法理」（民法第一條：「民事，法律所謂規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」）所做的「解釋」。此處合憲性檢驗的對象正是此一解釋。應注意者，由於民法條文明顯容有不同解釋，因此特定解釋違憲不代表民法條文本身必然違憲。傳統刑事實務見解乃是受到刑法條文的拘束，因此，必須透過大法官會議作出「轉換」現行條文的意義，才能突破既有框架。相較之下，針對民法相關條文，各級法院可以在憲法原則的指導下，逕行對民法侵權行為條文作出修正或揚棄傳統見解的解釋，無須透過大法官會議為之。

²⁹ 所謂「真實抗辯原則」，意指被告在名譽權侵害之侵權訴訟中，得以在訴訟上證明所言為真實而免責。在聯邦最高法院開始憲法化普通法上的名譽權侵權行為訴訟前，絕大部分的美國各州普通法皆承認「真實抗辯原則」，僅少數州，如羅德島（Rhode Island）要求除了在訴訟上證明所言真實之外，尚要求被告所言並非出於「不良動機」（bad motives）。See T BARTON CARTER, JULIET LUSHBOUGH DEE & HARVEY L. ZUCKMAN, MASS COMMUNICATION LAW 67 (St. Paul, Minn: West Group 2000).

³⁰ 權威的美國侵權行為法著作 Prosser and Keeton on Torts 也將採用「真實抗辯原則」的普通法誹謗侵權行為的部分，理解為對誹謗言論之真實與否採「嚴格責任」（亦即無過失責任）。See DAN B. DOBBS, ROBERT KEETON, DAVID OWEN & W. PAGE KEETON, PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORT, POCKET PART 804-805 (West 1988).

言論自由的重要性一再為大法官會議所強調。釋字第四四五號解釋文開宗明義，指出表現自由「為實施民主政治最重要的基本人權。」釋字第五〇九號亦指明：「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。」這表示，在名譽權侵權行為案件中，法院對於民法的解釋，應盡力求取言論自由的最大實現。然而，當國家在名譽權侵害案件中，對作為言論自由的基本權利負有「保護義務」，也就是保護私人權利使免於遭受其他私人侵害的義務時，國家同時對於作為重要人格權的「名譽權」也同樣負有保護義務。因此，真正的議題在於：如何透過對名譽權內涵以及侵害名譽權行為不法性的解釋，對於兩相衝突的基本權利作相互調整與讓步，讓兩者同時獲得盡可能最佳程度的關照與實踐？³¹

在思考如何進行對衝突之基本權進行衡量之前，我們仍不能不注意到系爭法律對言論自由的管制模式。不同管制模式對言論自由的不同衝擊，將影響我們如何評估對言論自由所造成的侵害。釋字第四四五號解釋針對集會遊行法諸條文曾區別管制方式，若屬「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」，而「集會遊行法第十一條第一款規定違反同法第四條規定者，為不予許可之要件，乃對『主張共產

主義或分裂國土』之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違。」很明顯地，從大法官會議區分「有關時間、地點及方式等未設集會、遊行之目的或內容」，以及「就人民政治上之言論而為審查」之不同管制方式，可看出大法官已繼受美國憲法關於言論自由之「雙軌理論」。

「雙軌理論」區分「針對言論內容之管制」，以及「非針對言論內容之管制」而異其處理方法。非針對言論內容之管制需視不同類型，選擇從寬至嚴的審查標準。針對內容的管制則進一步視其管制的言論為「低價值言論」或「非低價值言論」。「低價值言論」採用「類型化的利益衡量」(categorical balancing)，「非低價值言論」原則上採取「嚴格審查標準」。³²民法侵權行為條文使發表言論侵害他人名譽權者負損害賠償責任，係針對言論內容所為管制。傳統實務見解認為，侵害他人名譽之言論只要在訴訟上無法證明其為真，即應負損害賠償責任。或許我們可以認為，其所要處罰的言論乃是「不實言論」，而不實言論對於澄清事實，追求真理，健全民主發展並無積極作用，因此，侵權行為係對「低價值言論」所為之管制。然應負賠償責任者，是在訴訟上無法證明為真的言論，而此類言論不一定必然為假。其中包含已經過誠實而合理查證，不幸仍然為假

³¹ 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，9期，2003年7月，70頁。

³² 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於言論自由與新聞自由，元照，1999年，157-169頁。

之言論。況且在言論內容上，所處罰之言論可以包含位居言論自由保障核心的政治性言論。因此，不宜採取最寬鬆的審查標準。至少應採取中度，甚至嚴格審查標準。而「雙軌理論」在審查標準的選擇上所告訴我們的是，名譽權侵權行為法制作為一種言論自由的管制方式，觸及到言論自由保障之敏感核心，需要我們極端審慎以對。因而，在基本權衝突的衡量上，我們有強烈理由在天平上面賦予言論自由相當比重。

在衡量上，我們必須檢驗言論自由保障所欲達成的目的，是否因為系爭管制措施而遭到嚴重挫折。大法官會議在釋字第五〇九號解釋對於言論自由之基礎做出最為完整的闡釋：「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。」名譽權侵權行為制度若針對「言論之不實」採取相當於「無過失責任」的解釋，表示發表言論者必須百分之百確認言論的真實性，始能免責。而且，所制裁之言論，沒有範疇上的限制，比如「猥褻性言論」或「商業性言論」。一切言論，只要涉及侵害他人名譽之事實，皆在制裁之列。蘇俊雄大法官在釋字第五〇九號解釋協同意見書中，說明同樣要求言論絕對真實之傳統刑事事實務見解，為何有違憲疑慮。蘇大法官指出：「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）。」這段話道出解釋文及理由書所未能說明，但極為重要的論證，那就是為什麼必須「轉換」刑法第三一〇條第三項「證明真實條款」之意義。

不過，蘇大法官之論理稍嫌簡略。事實上，放棄無過失責任管制，有著更廣泛的意涵。隨著我國近年來由威權國家轉型為民主國家，隨之而來的社會、政治與經濟結構的變遷使得社會對於關乎公共利益之資訊的需求更為強烈。就政治上而言，民主化使得政府的施政與各種作為必須接受不同國家機關間的制衡，以及民眾的監督。而監督的功能必須要靠資訊的自由流通才能夠發揮。為了使關於政府的資訊能夠有效流通，對於政府官員名譽的保護必須在一定程度上與言論自由保障妥協，以使資訊提供者不必害怕因無法在訴訟上證明所言真實即受到制裁。同時，民主化造成政治權力的分散。社會的重大決策不再是由一個威權政府及其附屬機構所壟斷，而是分散到社會各部門，而且決策的時候，必須對外公開，參考社會各部門，以及相關大眾的意見。政治權力由集中轉為分散，使得社會對於資訊流通的需求更為強大，因為重大政治社會決定不再只是由少數人決定，多數人因此必須取得足夠資訊才能參與決策的過程。而經濟上的資訊流通，則本來就是市場經濟妥當運作的重要條件。當我國經濟發展日益蓬勃，對於市場經濟活動的公開透明，以及對於市場活動的監督就更為需要。

在這些重大變遷底下，言論自由與名譽權保護之間的均衡也產生重大變化。本來僅以「證明真實條款」保障「真實言論」的傳統法制，由於要求言論絕對真實始能免責，已經不敷社會的需要，因而必須與社會對於資訊的強大需求以及言論自由的保護妥協。而妥協的方案，就是容許「提供資訊的行為」對於名譽權造成一定的「風險」。而法律制度上，要調控此風險的最佳機制，在刑法上就是誹謗罪的主觀不法要件，在民法上，就是名譽權侵權行為的歸責條件。透過控制行為人主觀上對於所提供資訊真實性的認知程度，我們可以決定應要求行為人針對何種事項，事前要做到何種程度的查證。從社會、政治、經濟變遷的角度來看，釋字第五〇九號解釋所造成的立法基點轉換，有著深刻的意涵。而傳統上把行為人主觀上對於所言真實與否的認知程度排除在「主觀不法要件」或「歸責條件」以外的看法，也就必然遭到淘汰。

蘇大法官以及筆者的補充理由，所認違憲者，乃是要求言論絕對真實，並課予相當制裁的管制措施。由於名譽權侵害所賠償之損害，不只包括實際經濟上的損失，尚包括精神上之損失，也就是慰撫金。

而名譽權侵害損害賠償中慰撫金之金額，動輒數十萬元，³³甚至有到達兩百萬元以上者。³⁴從經濟上的損失來看，民事損害賠償對於誹謗被告所造成的威脅，不可謂不重。這還不包括民事訴訟過程中所造成的其他嚴重威脅，比如針對發表言論者之財產進行假扣押，造成經濟情況拮据之被告工作與生活之困頓等。³⁵從「避免過度寒蟬效果」的角度來看，釋字第五〇九號解釋固然認為傳統刑事實務對「證明真實條款」之解釋違憲，在該解釋的精神下，傳統民事事實務對侵權行為之解釋亦不能免於違憲之判斷。

對此一判斷，論者或許會質疑，刑罰不比民事損害賠償，係以剝奪人身自由為手段。釋字第五〇九號解釋之所以認為扭轉刑法規定意義係屬必要，必然是考量到刑罰之嚴重性。如果面對制裁效果較弱的管制措施，大法官會議未必認為需要判定違憲。此一質疑固然有相當道理，然卻忽略一事。釋字第五〇九號解釋提出「相當理由確信真實」原則，之所以需要非常堅強的理由，是因為該原則違反刑法第三一〇條第三項「證明真實條款」的文義。如今，我們面對的是民法第一八四條、一九

³³ 如台灣高等法院 89 年上字第 684 號判決（60 萬元）、台灣高等法院 89 年訴易字第 129 號判決（二原告各 20 萬元）、台灣高等法院 89 年上易字第 95 號判決（二原告各 30 及 20 萬元）等。

³⁴ 台北地院 89 年重訴字第 1009 號判決（500 萬元，包括名譽及隱私權之侵害）、台北地院 89 年重訴字第 2085 號判決（200 萬元）、台灣高等法院 90 年重上字第 569 號判決（200 萬元）。關於釋字第 509 號解釋後，名譽權侵害慰撫金數額之資料蒐集，可參閱李燕伶，註 13 文，103 頁。

³⁵ 2004 年 4 月 29 日，工商時報記者鄭文琪針對鴻海精密科技公司作了一則關於其產品之報導。鴻海公司董事長郭台銘認為該則報導造成其經濟上之損失，因此對法院聲請假扣押鄭文琪之薪資與房產獲准。唯聲請假扣押後，鴻海事經半年未提起訴訟。由於種種顧慮，鄭文琪未聲請限期起訴，且向報社辭職，唯獲慰留，留職停薪。參閱馮建三，大鯨魚對小蝦米，中國時報時論廣場，2004 年 12 月 4 日，A15 版。

五條。該等條文並無相當於「證明真實條款」之法條。我們所要挑戰的，僅僅是實務上面對完全空白的法律條文，基於「法理」而為之解釋。因此，我們並不需要主張，民事損害賠償的制裁效果必然相當於刑法的制裁效果。二者，因為制裁手段有「質」的不同，事實上也無法相提並論。基於對於此類威脅言論自由核心價值之管制措施有嚴予審查之必要，我們只需判斷民事損害賠償足以對發表言論者造成相當威脅，因而有嚴重違憲疑慮，即應逕行放棄有高度違憲疑慮之解釋。

綜上所述，在釋字第五〇九號解釋及其他相關大法官解釋對於憲法原則的指導下，傳統民事見解參考傳統刑法「證明真實條款」之解釋，對「誹謗事項之不實」採取相當於「無過失責任」之作法，引起相當違憲疑慮，應由各級法院透過「憲法取向之法律解釋」，在解釋民法第一八四及一九五條時，逕行揚棄之。³⁶

三、釋字第五〇九號解釋之有所「為」與有所「不為」

揚棄傳統見解後，最符合民法體系的作法，就是使誹謗事項之「不實」回歸民法固有之「過失責任」。這意味著，在民法第一八四條的解釋上，我們應把「誹謗事項之不實」當作名譽權侵害行為的客觀構成要件，也就是客觀上系爭言論必須為不實始能侵害名譽。此一轉變亦將要求原告在提起訴訟時，必須證明誹謗事項之「不實」。其證明程度無須「超越合理懷疑」，只要與誹謗言論相較，能夠達到「證據優勢」，亦即其「不實」之存在比不存在更為可能即可。

這個新解釋呼應釋字第五〇九號解釋「相當理由確信真實」原則四項內涵的前兩項。亦即：(一)「相當理由確信真實」原則把行為人主觀上對於所言「不實」的認知程度，拉回誹謗罪主觀不法要件中；(二)誹謗言論「不實」應納入「客觀構成要件」。同時，新解釋對於行為人的歸責條件也相當於「相當理由確信真實」原則的第二個解釋模式，也就是「合理查證」模式。

但接下來的問題是：釋字第五〇九號解釋「相當理由確信真實」原則在刑法誹

³⁶ 需補充者，筆者不認為民事法院在名譽權侵害之解釋上，參考刑法誹謗罪不罰事由的作法本身是錯誤的。由於民法並無相關條文，而名譽權與言論自由之分界又牽涉到相當複雜的利益衡量與制度選擇。若立法者在法體系中已經做出相關的立法政策判斷，則在「合理」範圍內，法院的最佳法解釋策略乃是盡量加以遵循。在民法條文對相關問題完全付諸闕如的情況下，民事法庭採納立法者在刑法中的類似政策決定作為「法理」，乃是合理的作法，以避免各級民事法庭做出歧異過甚的判決。然而，重點是，既係作為「法理」而採納，則刑法規定有違憲疑慮、不合民法體系、明顯不合理、或事實上難以遵循之處，民事法庭毋須一併接受。除了傳統的「證明真實條款」之外，所不應一併接收者，比如，刑法第310條第3項「證明真實條款」但書將「涉於私德而與公共利益無關者」排除在不罰的範圍之外。筆者認為，此一刑法上之但書於1999年民法修正，將「隱私權」正式納入第195條人格權清單後，在名譽權侵害行為不法性的判斷上已明顯不必要。涉於私德但真實之言論，應藉由「隱私權」侵害之損害賠償加以處理，以免加重原本已經非常複雜的名譽權侵害行為違法性判斷之負擔。

謗罪的解釋上，既然應採取「真正惡意」模式，也就是僅處罰對於言論之不實有「故意」者。此號解釋是否也要求名譽權侵害損害賠償的歸責原則，就誹謗事項之不實而言，由原本民法第一八四條所規定之「過失責任」，提升至「故意責任」？對此，筆者認為答案是否定的。理由如下：

(一)由於解釋主文及理由書論理過於簡略，蘇俊雄大法官的協同意見書成為我們理解釋字第五〇九號解釋的重要參照點。從該協同意見書看來，確定違憲者，係「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」的管制措施，也就是相當於「無過失責任」的管制體系。蘇大法官主要的理由是該類措施造成寒蟬效應。雖然「過度」之「寒蟬效應」必須加以避免，但是「寒蟬效應」本身卻非違憲之理由。因為除非我們容忍一切誹謗言論，否則，就算採取對言論保障最強的「故意責任」，還是會有「寒蟬效應」。因此，問題在於寒蟬效應如何才是「過度」。釋字第五〇九號解釋及蘇大法官的協同意見書認定相當於「無過失責任」之管制違憲，但並未言明「過失責任」亦違憲。由於釋字第五〇九號解釋的標的並非民法，而且此時違憲判斷的檢討對象，並非單純的司法解釋，而是立法者所通過的民法第一八四條，因此，在違憲判斷上必須較為審慎。大法官既未表達誹謗言論管制「過失責任」違憲的意旨，則吾人不應過度引伸，逾越違憲判斷的界限。

(二)「相當理由確信真實」原則本身相當模糊，其文義可解讀出相當於「故意」

之真正惡意，也可以解讀出包含「過失」的「合理查證」。因此，就算「相當理由確信真實」原則能夠強加於民法，該原則模糊的文義亦未提供足以明確挑戰民法第一八四條過失責任體系的憲法規範。

簡言之，釋字第五〇九號解釋有所「為」亦有所「不為」。其所「為」者，係宣告就誹謗事項之「不實」，相當於「無過失責任」之管制措施確定違憲。就此而言，傳統民事實務對民法相關條文之解釋亦應被判定違憲，由各級法院逕行揚棄。其所「不為」或「不能為」者，係宣告民法第一八四條之「過失責任」規定，適用在名譽權侵害損害賠償時違憲。因此，依照現行法律以及現有大法官會議解釋，名譽權侵害損害賠償案件就誹謗事項之不實應回歸民法第一八四條之過失責任。

四、最高法院新新聞案判決新詮

以上述分析為基礎，回頭檢視新新聞案判決。令人驚訝的是，儘管最高法院在該判決中明言：「釋字第五〇九號解釋……乃係針對刑法第三一〇條誹謗罪之規定有無牴觸憲法保障言論自由基本權之疑義所為解釋。名譽權之侵害非即與刑法之誹謗罪相同，依民法第一八四條第一項、第一九五條第一項規定，不法侵害他人名譽，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。」因而不適用「相當理由確信真實」原則，但事實上，在該判決中，最高法院已經做了關鍵的突破。

此判決明顯揚棄了傳統民事實務見

解，放棄「無過失責任」，將誹謗事項之「不實」納入名譽權侵害行為之構成要件，回歸民法第一八四條，對行為人課予「過失責任」該判決：「新聞媒體工作者所負善良管理人之注意義務，應從輕酌定之。倘其在報導前業經合理查證，而依查證所得資料，有相當理由確信其為真實者，應認其已盡善良管理人之注意義務而無過失，縱事後證明其報導與事實不符，亦不能令負侵權行為之損害賠償責任。」甚至，最高法院採納釋字第五〇九號解釋對於言論自由基礎的說明：「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。」進一步將關乎公眾人物之媒體報導責任減輕：「公眾人物之言行事關公益，其固應以最大之容忍；接受新聞媒體之監督，然新聞媒體就其言之報導，仍負查證之注意義務，僅其所負注意程度較為減輕而已。」

由此觀之，批評最高法院完全置釋字第五〇九號解釋於不顧，並非公允之論。最高法院在該判決中，已經清楚接納大法官會議對於言論自由之基礎以及重要性之闡釋，並且也已經達成釋字第五〇九號解釋所能對民法做的要求，也就是「回歸過失責任」。至於進一步就民法第一八四條第一項前段，宣告其對名譽權侵害行為採取「過失責任」違憲，筆者認為，已經超出該解釋所定憲法規範之範圍。最高法院拒

絕將民法名譽權侵權行為之歸責原則從「過失責任」提升為「故意責任」，是正確的作法。

肆、結論：二元體系的浮現

新新聞案判決是一個新的起點。名譽權侵害損害賠償案件中，關於誹謗事項「不實」，從原來的「無過失責任」回歸到符合民法第一八四條第一條前段之「過失責任」。同時，依照筆者見解，釋字第五〇九號解釋「相當理由確信真實」原則，對於刑法第三一〇條第三項「證明真實條款」之解釋，應採「真正惡意」模式，始能符合刑法僅處罰「故意」的要求。準此，若能正確理解釋字第五〇九號解釋之多層內涵，則我國現行法制上，對於名譽權法益保護之兩大法律領域，民法及刑法，就構成一個二元體系。就誹謗事項之不實，民法採過失責任，刑法僅處罰故意。

名譽權保護二元體系之好處如下：
一、刑法以「刑罰」制裁侵害他人名譽權者，透過自由刑及罰鍰制裁行為人並預防犯罪。自由刑在一定時期內完全剝奪該人發表言論的能力。現代社會中，發表言論之能力很多時候繫於特定職位的賦予。比如，新聞記者必須被新聞媒體事業雇用，始有發表言論的能力。被科處自由刑而不得易科罰金者，在相當時間內無法工作。在現代社會的運作機制下，幾乎可以確定工作不保。這麼嚴厲的制裁機制，以及其所構成之威脅與風險，實在不宜針對僅因「過失」而導致言論不實者加以科處。因此，將刑罰施加於因「故意」（具「真正惡

意)捏造虛偽事實或因高度輕率疏忽而不顧虛偽之行爲人，才是罪刑相當的刑事立法。

二、由刑法來制裁惡性最爲重大之誹謗故意犯，而由民法透過金錢的制裁，來協助對誹謗言論之發表者，尤其是新聞媒體，施加壓力，促使其發展符合「理性及良知之人」，甚至其專業社群能夠接受的「合理查證」標準。由於金錢制裁亦足以構成相當壓力，但不至於必然導致行爲人失去其工作職務，因此，其發言能力得以維持。行爲人若能因此修正發言模式，言論市場得以重獲一負責任的發言者。

三、刑法只能制裁自然人，因此適合制裁個別行爲人之反社會行爲。以之制裁故意，較爲妥當。相對而言，新聞工作上的疏忽大多並非記者故意捏造事實，而是整體新聞機構之環境，造成「過失」發生。透過民法第一八四條「僱用人責任」的規定，我們可以透過過失責任的要求，令新聞媒體事業負連帶責任，督促其改善影響新聞正確性的因素，諸如新聞蒐集機制，新聞編採政策，以及市場競爭策略等等。

儘管正確解釋現行法制以及釋字第五〇九號解釋後，民法上就誹謗事項之不實，應回歸第一八四條第一項前段之「過失責任」，但這只是我們思考的新起點。首先，所謂「合理查證」的意義不明。其中是否應針對誹謗事項之性質（比如是否有關公益），原告之身分是否係政府官員或公眾人物或其他，被告之身分是否係新聞記者，而調整其所應應負之「善良管理人」注意義務，仍然相當值得探究。正如新新

聞案判決，就表示「公眾人物」必須容忍較大的名譽權侵害，而新聞媒體之善良管理人注意義務應「酌予減輕」。因此，所謂「合理查證」、「過失」、「善良管理人注意義務」之意義都需要進一步討論。進一步言之，儘管回歸「過失責任」乃是大原則，其實我們不應排除在名譽權侵害損害賠償之歸責原則上，基於憲法規範的考量，「部分」調整「過失責任」至其他歸責程度，比如原告爲公眾人物者，採「故意」或「重大過失」，以加強言論自由保障。這些課題必須留待來者之研究。♣