第一場議題

當公衆人物的名譽權遇上言論自由

——以民事責任為中心

司儀：

中華民國法官協會103年度學術研討會，會議開始，請本會高金枝理事長致詞。

高金枝理事長：

楊院長、許大法官、李大律師、許研究員、周法官，非常感謝各位參與這次學術研討會，關於言論自由跟言論責任，不只是法官們所重視的，更是國人所重視的，言論自由跟責任的界限到底在哪？就是我們今天提出想要大家提供意見來討論的。先向各位報告，賴大院長因爲今天有南非大法官的演講，全體大法官們今天都要去聆聽南非大法官的演講，所以賴大院長向大會致歉，他沒辦法過來。其次，非常感謝最高法院借給我們設備這麼良好的討論空間，我們是不是先給這漂亮的空間熱烈掌聲一下。今天的主持人、與談人、報告人，各位手上都有資料，都是在國內非常知名的學者、實務人士，包括法官、檢察官、律師，各方面共同來探討這個問題，我們現在先請楊院長爲我們致詞，謝謝！

楊鼎章院長：

法官協會高理事長、主持人許前大法官、報告人許助研究員、與談人周法官、李律師、各位教授、各位庭長、法官、律師，大家早，如同剛剛高理事長所講的，法官協會向最高法院借會議室召開今年度的學術研討會，我以前也在法官協會服務過，當然沒有問題的。首先要向大家報告的是司法院賴院長原本是要來參加今天的研討會，但是因爲要參加法官學院所辦的南非大法官的演講，賴院長特別打電話，希望我跟大家致意。

我們今天的討論的題目是言論自由跟言論責任，言論自由是人民的基本權利，唯有給予最大限度的保障，人民才得以實現自我、溝通意見、追求真理，監督各種政治，使社會功能得以發揮，不過言論固然應該給予最大限度的自由，但是超越言論自由界限的言論，也應該課以相當的責任。台灣妨礙名譽的司法案件不在少數，除了各國都有的民事責任以外，我們還有刑事責任。刑事責任的存在，也是經過司法院大法官會議釋字519號解釋，認爲刑事誹謗罪是

合憲性的，但是從那號解釋到現在也已經也經過十幾年，而且這中間又經過兩公約施行法的變化，這些在國際人權法領域，他的規範性和拘束性，如何在內國法系被理解與挑戰、辯論，甚或重新詮釋，他的實踐情形怎麼樣，均值得我們關注。

另一方面，妨礙名譽的案件中的認事用法，隨著人民言論自由表現態樣的活潑化，在實務上也頻頻出現不同世代法官的不同判斷，法院在何種的情形下可以用刑法介入相繩，在何種情形下有無限縮解釋適用的可能性？而網路新時代的來臨，科技對於相關法律的適用，也造成了挑戰。在這種挑戰下，社會往往因爲畏懼而動輒期待刑法的介入，造成法院跟人民之間的緊張關係。

一個成熟的法治社會對於言論自由採取的態度，實際上就是法治發展的試金石，法院對於言論自由的尺度，也就反映了法院對人民基本權利的態度，所以言論自由的議題看似老生常談，但是關於言論自由的法治面、事實面的發展，在在顯示我們還是有必要就這個議題在此時此刻齊聚在一堂，研討法官如何從憲法的維護者角度出發，採取合於憲法意旨的法律解釋。在民刑事案件中妥適地適用法律，使相衝突的法益獲得最適當的實踐。

另外一個相當重要的議題，則是特別涉及法官評論個案的言論自由，法官因審判工作，有許多的自由都受到了侷限，但關於評論具體個案的部分，這在法官的群體當中，也引起很多的爭議，我們在法官論壇上可以常常地看到這些PO文，評論對於司法當然有利有弊，這個自由是應該在什麼樣的程度內受到的限制，以求在法官的倫理及法官的言論自由間取得平衡點，也是沒有定論。

針對以上不同的議題，法官協會藉由本年度的學術研討會來討論，第一場的主持人許宗力大法官，對於言論自由問題有非常深入的研究，在擔任大法官期間，參與了司法院釋字656號解釋的做成，針對民法第195條第1項後段所謂的「回復名譽之適當處分」，從不表意自由的角度，設定其合憲的界限，他的部分協同意見書，具有相當份量，堪稱爲經典。

今天主講人中央研究院法律研究所的許家馨助研究員，長期關注言論自由的議題，同時也研究民主化與公共領域的問題，對於實務界相關的判決，也常著有專論來評析，進行實證研究，對於促成實務與學術的對話，非常有貢獻。

而與談人李念祖大律師，除了身爲在野的法曹，具有豐富的實務經驗外，並且在台灣大學、東吳大學作育英才，他也兼任總統府人權諮詢委員會的委員，熟稔兩公約內國化的理論與實踐，也是憲法的專家。高等法院的周舒雁法官，擔任法官年資近20年，承審過許多重大的案件，對於言論自由的案件也常有精闢的見解，兩位的與談對相關的討論一定會增色不少。

今天審、檢、辯、學齊聚一堂，針對言論自由與言論責任的重要議題，貢獻一己的心得，成果必定豐碩且精彩可期，現在就請第一場主持人許大法官來主持我們的討論會，謝謝大家！

9:00-10:45

第一場議題：當公眾人物的名譽權遇上言論自由——以民事責任為中心

許宗力大法官：

在座的各位先進、今天的發表人許助研究員、還有兩位評論人李大律師和周法官，今天很榮幸來參加法官協會所辦的研討會，主持第一場研討會，大會安排主持人有5分鐘時間，其實主持人是最不重要的角色，所以我把5分鐘捐出來，我也有很多話想要講，等到最後的綜合討論，如果還有時間的話，我再發表一些淺見。現在就不要浪費時間，就把寶貴時間留給許家馨助理研究員，他長期以來關注這個議題，已經寫過好幾篇有關言論自由跟名譽權衝突的文章，都是很有分量的重量級論文，我們現在就請許助研究員。

許家馨研究員：

許大法官、兩位與談人李大律師、周舒雁法官，以及在座的許多先進前輩，大家好。今天很榮幸能來談這個我在博士論文寫作過程當中就很關注的課題。

簡單講，回顧這個名譽侵權法或者刑事毀謗法，大抵要回到509號解釋，那是西元2000年，這號解釋是一個驚天動地的改變，現在回頭來看509號，從宏觀的角度的話，509大概是80年代、90年代台灣民主化時代精神凝結起來的一個里程碑，我們對於開放言論市場、政治自由化各方面進展，具體展現在509號解釋，特別在言論自由上面。那這意味什麼呢？509號體現的是當時一個時代精神，就是盡可能開放。當然並不可能只是開放而已，所有的開放、法律管制、人類活動、所有的社會活動，總要有一個界限，但是那個時代強調開放，我們可以看到509號解釋的重要，譬如說他的第一句話：「言論自由為人民基本權利，憲法第11條有明文保障。國家應給予最大限度之維護，並使其實現自我溝通意見、追求真理、監督各種政治與社會活動之功能。」把所有當時林子儀大法官言論自由的理論及文章，當時討論下所有能夠支持言論自由的理論全部都放進去了，這在當時是一個很重要的動作，也因此509號解釋不只是在誹謗法、名譽侵權法，而在各方面都有相當大的影響力，那可是呢我們已經走過14年，我認為台灣的民主發展走到一個地步，現在需要更精細的調整一過去我們儘量開放，但是現在需要更精細的調整，而更精細的調整。不能只是說就是放，放與收之間需要去拿捏，那到底要怎麼拿捏，要去思考到底言論自由是為了什麼。換句話說，509號當年的成就，現在必須要加以超越，我們絕對沒有否定它的重要性。但是，我們要加以超越，超越的意思是說，問題是過去我們往往沒有發覺到這些基礎理論中間會有一些緊張關係，當我們要更精細的操作的時候，我們必須思考什麼叫自我實現，為什麼要健全民主？怎麼健全？唯有在去思考這些問題的時候，才有可能更精細拿捏。

我今天基本上會從509號解釋開始，那我第一句話要跟各位講的是，509號是否適用於民事案件，這個問題不再重要，當然適用，實務上在民事案件裡頭早就適用了，這個問題可以不用問了，該問的問題不是「適不適用」，而是「如何適用」？509號同時放射到刑事誹謗和民事侵權，影響力是無庸置疑的，問題是如何彰顯在兩個基本上是不同的架構底下，如何適用。

我大致上把現在觀察到的輪廓畫在這個圖裡，一個很粗糙的圖，民刑誹謗在我看來是二元體系，本來好像是理所當然的，因為刑事只處罰故意，民事故意過失皆有責，但是在509號解釋的籠罩底下，現在呈現一個很有趣的狀況。509號裡頭最關鍵的那句話，相當理由確信真實，也就是依據行為人所提的行為資料可以看到相當理由確信真實的話，基本上就可以免責。實務上相當理由確信真實在民刑事都有適用，但是在刑事和民事案件兩個裡頭扮演不同的功能——同一句話扮演不同的功能。在刑事裡，目前在我的觀察裡，不只是在310條問題上面，更會牽涉到選舉誹謗，選舉誹謗因為會上訴到最高法院，所以最高法院其實做了不少關於選舉誹謗的裁判，都有用到509，而選舉誹謗案案件的判決影響力其實都已經外散到、我們刑法的310條了，這個趨勢相對地已經慢慢穩定，也就是用「真正惡意」加上「相當理由確信真實」，這兩者加起來就會把我們所要求行為人的歸責程度，提升到故意，民事的部分，大家都知道侵權基本上是過失責任，抽象輕過失是我們的出發點，但是在一些公共性比較高的案件，觀察到的諸多判決裡是他不會否認過失責任的基本架構，但會微調，也就是說法官會在裁判書裡寫上相當理由確信真實，然後把509裡的一些精神再寫一遍，微調出來歸責程度到底是什麼，其實並不清楚，這樣的作法，其實是從93年度台上951號判決，就是呂秀蓮的那個案子開始的。他說碰到這種公共案子的時候需要加以微調，意思就是放鬆，給行為人稍微多一點點的言論自由空間，那多一點點到底是什麼意思，因為沒有一個固定的法律用語，在故意和過失之間，頂多放入重大過失好了，那叫不叫重大過失，我們不確定，只能說，似乎在實務上緊扣著過失然後在個案當中想辦法再去、再去調整一下，那這是目前我在實務上觀察到的作法。還是要強調509號解釋只是在彰顯它的力量，在這兩種案件中，只是在不同的架構，故意的架構和過失的架構下，發揮不同的功能。

現在回頭來思考名譽侵權的問題，基本上出發點就是抽象輕過失，在案件裡，需要看被告負擔什麼程度的階段性的或是說主觀舉證責任。我到法庭上來，總要說我做了那些查證，這是一個很重要的基本動作。作學者的，有時候可以比較奔放一點，比如說在我的政大法評論文章裡就講到，我們何不講明何謂所謂的微調、就是「重大過失」？林子儀大法官在656號解釋部分不同意見書，也有類似的看法，不過，今天不談學說見解。先回到實務，假設實務裡大家還是要持守這個過失責任，抽象輕過失的程度，我們到底還有什麼空間去做一些調整呢？既然這個金鐘罩已經定了，緊箍咒已經定了，我們到底談公眾人物有沒有空間可以給他多一點言論的自由呢？問題是在這裡。

所以，問題往往是當被告在訴訟當中，首度提出他的答辯狀，第一次提出來之後，接下來要看的就是他要做到什

麼樣的程度查證，其實，實務操作上，往往到最後就是要看這個，我們可以號稱說我們都是在過失責任底下運作，但是實際上，在操作上，還是有可能在階段上的不同、提到不同的程度。提一點點就好嗎？不是完全空穴來風，只要他有一點根據就過關？還是說根據要很強，還是強度幾乎要到訴訟上的強度？到底這中間我們的強度要求到什麼地方？過失責任底下，或許還是有相當大的空間可以來操作。

我整理一下，目前實務上可以看到的，比較法上重要的幾個重要的概念，因爲在訴訟上我們還是需要一些概念做操作的根據。被告說我有做查證之後，那要求他到什麼樣的程度？第一個就是所謂的「確實根據」，這其實就是等一下周舒雁法官會報告的日本法上的概念，大致上來講是一個相當嚴格的一個要求，就是必須提出相當確實的資料雖然字面上仍然不清楚，但操作時往往並不是看它字面的意義。比如說我們看到日本法院，他怎麼樣去用這句話、這個概念來要求，查證要做到相當高的程度，否則也很容易被認定爲過失。第二個，王澤鑑教授在他的兩篇重要的論文裡頭都有提到的，就是「合理查證」當作阻卻違法的事由。我個人是一直比較傾向說需要把這些案件類型化，類型化的一個重要根據就是先看原告的身分，那但是我們等一下再談這個部分，我只是說合理查證是實務上一個重要可以操作的概念。

第三個可以操作的概念就是「相當理由確信真實」。不妨可以想想看，「合理查證」和「相當理由確信真實」是不是同一回事，那相當理由確信真實這個神主牌被抬出來的時候，往往就是說法院就是要放寬，那如果不想放寬的話，基本上就會強調這是抽象輕過失責任，講到這裡就夠了。如果把509的東西排出來的時候，通常是要放寬，可是問題到底是放多開？那我自己是希望提醒大家，思考相當理由確信真實可以拆成兩部分：一個是是求比較高的；一種是要求比較低。因爲他包含了「相當理由」以及「確信真實」這兩個要素。比方在談話節目裡，名嘴說得口沫橫飛，好像他相信是真的似的，但他的證據是很少的，這時候如果你不是強調「相當理由」，而是強調「確信」，然後你在把「確」稍微稀釋一點，就是相信，李敖相信怎樣怎樣，或是邱毅就是相信怎樣怎樣，那其實他相信其實不難，相信他自己講的話不難，那所以你如果想要，換句話說相當理由確信真實放在一個光譜上面，看你是要被告「相信」你過關，還是你要強調「相當」才過關，我覺得這是實務上我們最需要考慮的。前者偏向主觀面，後者偏向客觀標準。

最後一個操作概念，最寬鬆的其實是所謂的「合理懷疑」，這個用語通常會放在「適當評論」善意免責條款裡，合理懷疑並不是在談刑事定罪的超越程度合理懷疑，而是說話的人合理的懷疑，經過某一些證據，或是提出某些證據，合理懷疑那件事是真的，就像某人貪污，合理懷疑某人貪污，就像最近羅淑蕾說的懷疑柯文哲洗錢這樣子，那他就可以講出來，在我看來這是最寬鬆的，因爲她甚至不需要確信，各位要記得，509是說要確信真實，這裡說懷疑就好，你甚至不需要確認，所以這是非常寬鬆的一個作法。

所以我們現在看到有二元體系，剛剛提出那麼多的可能性，到底要怎麼樣選擇？剛剛說過，509號解釋做好到現在已經十幾年了，我們需要更精細的去看，當初它提出所謂的言論自由的理論基礎到底可不可以幫助我們？就是林子儀大法官在他當年的經典的論文裡頭，採用「自我實現說」。但是我認爲自我實現說碰到誹謗言論案子的時候是行不通的，因爲沒有一種理論告訴你，爲我自我實現，可以去傷害別人、侵害別人，遑論去傷害別人的身體、健康、自由。所以，自我實現說當年在美國發展出來的時候它最大的功能是在擴展言論自由的範圍，比如說我想要看色情書刊，或是我發表，我畫一幅畫，不見於當世風格的一幅畫，這種自我表現，把這種表現形式拉進來，是自我實現說最大的功能。

可是當你談到基本權之間的衝突的時候，自我實現說往往派不上用場，因爲我們承認名譽是一個人格權很重要的一部分，如果要凌駕這一個權利，必須有相當強公共性的理由。在我看來，「健全民主說」還有「監督功能說」，是比較可以派得上用場的，我覺得這幾個功能都可以集中在中間兩個字，就是「民主」。這當然是反映我的留學國背景，美國的言論自由法非常強的一派，近年來也越來越強的一派就是「健全民主說」，而且他理論不斷的在更新。那理論的細節我今天先不講，這個概念其實不難理解，就是我們公共的生活有一些面向很重要，我們需要監督政府有沒有好好執政，我們需要監督有沒有貪污，有沒有瀆職，然後各種公共領域我們需要共同作決定，我們需要資訊去選擇我們的候選人，我們需要資訊來判斷我們要不要上街頭，這些資訊特別重要，所以是因爲這些重要的理由，我們才要讓人格權退讓。那既然有這些理由，我們就要考慮這些理由可以讓言論自由擴張到什麼程度，不會是沒有限制的。言論自由的理論基礎會設下內在的限制。

過去影響我國法也很深的美國聯邦法院最高法院判決New York Times v. Suilivan，裡頭的一句：要讓公共議題不受拘束，盡可能完全開放討論，爲了這個我們要儘量開放。可是，我想說，同樣聯邦最高法院在後來另一個案子裡頭，又稍微做了一個限縮，就是：錯誤的事實陳述沒有憲法價值，蓄意的謊言或不經意的錯誤都不能促進社會利益，也無助於公共議題之不受拘束充滿活力完全開放的討論。所以在這裡我們看到那個張力出來，就是「開放討論」和「追求真實」的張力。有那個張力是好事，因爲我們知道有一些價值在拉扯，到最後我認爲美國法的精神可以歸結如此：就是最大的程度上盡可能容許、促成公共言論市場開放，同時我們也要避免過多的虛假言論，流入市場，造成言論公共市場的癱瘓，所以，那怎麼辦？我們這裡有兩個方向的拉扯怎麼辦？沒有關係，我們起碼知道有東西在拉扯，然後，接下來我們就要對特定的社會看我們能不能設計兼顧這兩個價值的方案。這在我看來，美國對於這個真正惡意的超高標準可以行得通，是因爲他當時有相當程度的時代背景，當然這個在我的文章裡頭都有提到，簡單講，美國的新聞專業領域，作爲一個專業領域profession，裡頭的記者有一個相當超高

的自主意識、群體意識：不管我屬於哪家報社，我都屬於記者的一份子，而記者它本身有一定的階級性，那個階級性不是不好的意思，而是說如果要成爲一個好記者，你需要什麼樣的表現，我必須一步一步讓你爬上來，所以最高的榮譽可能就是紐約時報的總編輯。當時在1960年代，它這個規模，專業性已經相當相當的穩固，那所以當政府決定撤出的時候，誹謗法撤出的時候，其實民間有自我管理的相當功能。如果放到台灣的話，各位可以想想看我們有沒有這樣的條件。

所以我在理論基礎上就作一個總結，我們現在有一個民刑二元體系，刑法誹謗罪處罰惡性最重大的誹謗者，惡性最重大就是指真正惡意，包括明知不實而直接故意，或是不顧真假，相當於未必故意。換句話說你處罰不到過失、你處罰不到那種隨隨便便但好像很真誠的人，但是隨隨便便的，甚至放到名嘴的脈絡底下的話，其實是有商業動機的那種過失的誹謗者。所以我認爲，當我們這幾年刑法慢慢越來越自我約束自我謙抑的時候，名譽侵權法必須承擔起澄清事實、重建社會公共言說還有界定合理查證這個重要的社會功能，這是我最基本的想法，就是刑法已經開始放，放到真正惡意了，那我們民事的部分，不要放得太快，我們要多想想說在什麼程度上我們可以協助這個社會建立出起碼的公共論述倫理，當新聞專業整個被打趴了，這幾年來新聞業的發展整個江河日下的情況下，可不可以由法院作最後一道防線。

我這裡就很快地稍微講一下，誹謗言論的公共性其實在我們刑法大致上可以區分爲三個程度，一個是毫無公共性，用到刑法第310條第3項但書，涉於私德，完全無關於公益者，那這時事實上509號解釋也不用談，因爲無論真實與否，依法被告均不得爲事實陳述，所以更不用談你到底在講什麼，因爲事情壓根兒就不應該說。但是我們今天主要談的不是這種，今天談的是中度的公共性到高度公共性，那特別是高度公共性，因爲我們今天談的是公眾人物，我們今天談的是放寬抽象輕過失責任到底怎麼辦？

接下來有一些子題，關於公眾人物，我們各方面來思考一下，我不敢說我有很清楚的答案，但是我把我的思考提供給各位，公眾人物的範圍我覺得可能大致上有兩種區分方式，一個就是很寬鬆，就是這個社會，以美國法來講認爲真正適用的地方有政府官員還有公眾人物。公眾人物區分兩種，一種是普遍性的，就是說他的知名度、在社會上的一個地位已經到一個程度，所有人都認識他，而且他在各方面，他的一舉一動，都成爲眾所矚目的焦點，而對這個社會有相當大的影響，all purposes多功能的公眾人物。比如說像歐巴馬，比如說像馬英九，或像是周杰倫，他各方面都動見觀瞻；那還有些是局部性的公眾人物，局部性的公眾人物在特定的議題或職業上面、在特定的專業、或是在特定的議題或是議題的領域，他主動投入，然後發聲，然後成爲大家知道的，知道的一個人物，那在這個領域裡頭，他被算公眾人物，在這個相關的事項上面，他是公眾人物。這樣子的一個定義，其實各行各業都可以有，不會只是侷限於政治人物，實務上也有類似的定義，各位可以參考，除了公務員，還有政府有關的執業人員，言論涉及社會或在一定的生活領域內，因主動投入一定的公共議題成爲公眾人物，就該議題及衍生的社會事項，這些可以算是跟公眾利益有關。

我們可以換個角度來講，如果要嚴格一點，其實可以看到在林子儀大法官釋字第656號解釋部分不同意見書裡，作一個相當實驗性的限縮，他把那個最強大的要給予優惠待遇的範圍限縮在重要公職人員，或者就公共事務具有實質影響的政治人物，所以比如說演藝界，他可能不會包括進去，球星貝克漢可能不會包括進去。所以林子儀大法官，他的這個部分不同意見書，其實我想背後有某種健全民主說在主導著。如果今天我們要容許名譽權受到某種退讓的話，我們要特別嚴格。如果你用最重要的健全民主說來講的話，其實民主最重要的核心領域，要受到保護的公眾領域，尤其是對於政府施政相關領域的公共討論，那個部分才是最需要去保障的，所以林子儀大法官這部分他的見解是做最嚴格的限縮，等一下或許周舒雁法官會跟我們介紹一下日本法，我在這邊猜日本法相對於美國可能比較接近林子儀大法官這種嚴格版，那我們要怎麼選擇，其實我現在沒有答案，但是我就是把這兩種可能性提出來。

我認爲「新聞性」不等於「公共性」，這個要搞清楚。壹週刊會去報，然後就算他報得沸沸揚揚，大家喜歡看，不代表它具有公共性，公共性可以說大家喜歡看他就是公共，也可以說不是喔，沒這麼簡單，高國華到底有沒有跟陳子璇親嘴，這件事雖然大家喜歡看，但是不應該放到公共領域裡頭來。

那接下來我要談公眾人物的誹謗裡頭適當評論的用法，那適當評論就牽涉到我剛剛提到的內容，最寬鬆的說法就是合理懷疑說，我整理出兩種實務上比較重要的見解，一種是，就稱爲合理懷疑說，一種是澄清根據說。合理懷疑說，主要就是這一句：「表意人就該等事務，對於具體事實有合理之懷疑，或者推理，而因其個人主觀的價值判斷，公平提出合理主觀之評價意見。」我就念到這裡就好，意思就很簡單，就是我對一件事情有合理的懷疑，我就把他講出來。

另外一種是澄清根據說，此說認爲適當評論不是在審查評論或意見表達時是否選擇適當的字眼，而是在審查他所根據的事實是否已經爲大眾的跡象，或在評論的同時已經公開陳述，好，這句話的關鍵就是說，如果我是在評論的話，我所根據的事實是不是大家眾所周知了，是不是大家都知道了，而且當然這意味著說基本上幾乎百分之九十九是真的，那我立足在真的事實上面，我加以評論。

我反對合理懷疑說，我的理由是合理懷疑說有造成論理上矛盾的危險。如果行爲人真的要用509號解釋，509是相當理由確信真實。如果你有確信，就不應該只是有懷疑、合理懷疑，如果只是懷疑，就沒有確信，這兩者的定義上根本就是衝突的，如果只是懷疑，就算合理，也不應該說出來，同樣的，509號解釋的相當理由確信真實也要求說出來就必須要有確信，說出來如果有合理懷疑，理論上我們應該要求他繼續查證，而不是就變成確信了。我懷疑一件事情

是否為真，意思就是說我懷疑那件事情如果不真，這樣一個信念可以同時存在我的腦袋，真或不真，他沒有哪一個具決定性或壓倒性的優勢，這個才叫懷疑，否則就不叫懷疑了，所以我認為如果濫用「合理懷疑說」的話，其實會架空509號解釋，為虛假言論開一個大門，所以我贊成澄清根據說，我們可以講得更清楚一點，合理懷疑的條件，我認為是以下，大家稍微看一下本文。

再談下一個子題，適當評論和態度的問題，因為我觀察到有一些實務上的見解把適當評論當成是一個態度上的問題，就是「中肯、不偏激」，位於必要之範圍，這個才叫適當評論。換句話說，就是法院在審查他的用字、用詞，或是發言時的態度。另一種說法是態度無關說，態度沒有關係，縱然是不佳或是尖酸刻薄的評論，也受到憲法之保障，因為只有這樣才能讓真理越辯越明。基本上我贊成「態度無關說」，就是說我們合理評論的條件是這幾個，最重要的是我們要看他的事實有沒有眾所周知、所根據的事實是不是百分百真確的，然後他在評論的時候是不是有很清楚地把眾所周知的事實和他自己的見解作一個清楚的區分。例如說看到一些什麼帳戶，我懷疑他可能怎麼樣，如果比較不負責任的話，就是說我覺得他一定是怎麼樣，因為他的帳戶在這裡，認為他一定有鬼，這樣子的一個說法，其實是做了相當沒有根據的指摘，我認為是絕對不符合合理評論的條件，如果真的要做這樣子的引申，必須要講得很清楚，說事實在這裡，但是我的猜測有很多的可能性，我的猜測的根據和那個事實其實是有差距的，連這個差距、這個中間的距離都要講出來，才有合理評論的條件，我認為合理評論主要就在審查這個，就是事實到底有沒有講清楚，推測有沒有區分開。所以我認為他基本上無關於態度。

話說回來，並不是說態度百分之百完全不會任何的影響。語言使用的方式不是沒有界限的，在我們承認還是有公然侮辱罪，公然侮辱還是可以進入到名譽侵權的情況的話，要審查的是他是不是構成公然侮辱，而不是透過是否適當的評論來做審查。為什麼我要這樣講？我認為如果態度真的需要受到審查，假設我們認為態度還是真的有界限，不管這個界限拉的再怎麼低，那個水平拉的再怎麼低，我們還是會有一個界限的話，那個界限我認為不如用「是否構成侮辱」來審查，而不要用是否構成「適當評論」來審查，為什麼呢？因為我認為「適當」其實在光譜上是一個很容易移來移去的一個想法，我認為你適當、我認為你不適當，那個界限相對來講其實很容易滑動，而且很容易流於恣意。但是相對來講，侮辱是一個比較強的概念，往往牽涉到一個人人格的詆毀，如果我們用侮辱來適當評論，我覺得會是一個比較好的一個操作上的概念，以免法律太容易恣意說他適當與否，甚至加入自己的意識形態，我不喜歡你，就說他不適當，當然侮辱怎麼構成，就是另外一個大問題。

我想許大法官可能也有話想講，新聞自由我就很快地交代過去，我認為新聞自由也不應該漫無限制，尤其是已經有509號解釋了，我們基本上今天講的是公眾人物，公眾人物是原告的身分，可以給多一點空間。但是新聞自由談的是被告的身分，說話的人是新聞媒體，所以我給你多一點的保障。老實講，我覺得這個東西其實要有一點侷限，這裡就請各位自己看我的文章，不多談。

最後就稍微交代一下公然侮辱，若認為公然侮辱還是應該進入名譽侵權的話，那我認為言語性的侮辱，基本上對一般人可能構成侮辱語言，對於公眾人物勢必他容忍度一定要提高很多。剛剛有看到所謂尖酸刻薄，那種言語盡可能都應該容忍，而且儘量參考上下文，不要去挑那個字眼，但是我覺得他有一個界限，或許我期待實務上嘗試去摸索那條界限，比如說去嘲笑陳菊的體態，不過話說回來連勝文被講神豬，也不是一天兩天的事情，講到那種程度好像也都沒事了，所以說我也不敢說體態就一定構成侮辱，這個是我自己也在困惑的，但是我的方向是盡可能的限縮，就是盡可能給予更大的容忍，但是容忍到最後的底線是什麼，現在還說不出來。還有動作性的侮辱，我認為那條線應該劃在碰到身體與否，或者在對於身體造成傷害與否，譬如說撒冥紙，我覺得應該盡可能去容忍，因為那是一種比較激烈的表達方式，但是在民主的社會裡頭可以容許。

最後我稍微提一下我對656號解釋的不贊成。我不認為道歉可以強制。我贊成許宗力大法官的不同意見書，我這裡提出一個想法，我們應該讓被告有一個選擇權，我們不要忘記說澄清還是很重要，因為如果這件事有關公益，真假就很重要。我認為可以由被告選擇，若不願意道歉，就由原告刊登啓事再由被告負擔費用來處理。

一言以蔽之，我覺得名譽侵權體系有很重要的公共功能，塑造我們新聞專業，塑造我們的公共論述倫理。今年經濟學人雜誌才說：「台灣的媒體爛透了！」爛到國際有名。在我們這個社會底下，我認為法院相當程度或許可以透過名譽侵權的法制，來界定什麼是負責任的發言者，這是最基本的社會功能。我就先報告到這裡，謝謝！

許宗力大法官：

謝謝許家馨助理研究員的報告，接下來的時間請周法官來報告。

周舒雁法官：

老師、與談人、各位來賓，不好意思，因為名譽侵權審判實務之判決非常多，這些年來最高法院已作成非常多的判決及實務見解，法官協會舉辦本次研討會，經我上網搜尋有關實務界、學術界之相關資料，幾乎都是美國方面的見解，所以我想從比較不同的角度切入，瞭解一下日本法上如何運作，不過，我必須先向大家說明的是，當我看完日本實務和學說見解之後，發現日本實務及學說見解太過嚴格，我國不見得要走跟日本一樣的路，不見得適合移植至我國，我知道在座有很多先進法學素養比我好，所以高理事長找我來參加本次研討會，我只能做一些瑕疵給付，先請大家先見諒。

請大家參看與談資料第1頁，日本民、刑法跟我國民、刑法，基本上有類似的規定，關日本的刑法第230條之2規定與公共利益相關事項，且其目的係專為公益，而能證明為真實者不罰。此規定跟我國刑法非常類似，但是日本實務運作上日本最高裁判判所早期幾乎都是

採取非常嚴格的態度，亦即被告須證明其所為事實陳述幾乎須達到真實的程度，始得免責。後來日本最高裁判所於昭和41年的判決作成之判決，是最早有開始放寬之判決，此一民事判決認為若被告對於所傳述之事實有相當理由誤認為真實的話，即得以免責，此係日本最高裁判所第一次出現免責判決，亦即最高裁判所認為被告新聞社（即報社）有相當理由誤認其所報導之內容為真實，在民事事件裡面是可以免責的。但是，後來在剛才許教授所提到的，日本最高裁判所在很有名的夕刊和歌山時事事件裡面，奠定了日本法到目前為止，基本上可以說是一個不可動搖的標準，這也是為何這個判決這麼有名的原因。在該案中，日本最高裁所之判決裡認為有所謂相當理由誤認為真實，在日本學者均將之稱作「真實相當性」的判斷，最高裁判所在夕刊和歌山時事案中，提出一個應該說是要求條件或限制，認為被告知誤信必須依據確實之資料及根據而有相當理由者，始得認為沒有犯罪的故意。在此判決之後，其實最高裁判所即積極地按照這個標準來做相當嚴格的判斷，日本最高裁判所並曾有過裁判認為在刑事案件，若報紙報導之內容偏在於刑事案件一方當事人的主張，被告不能主張免責。另我也看到一些學者文章裡面引到了日本最高裁的其他判決，像在民事事件中也曾經發生過報社的記者，基於他對解剖的醫師及有調查過的刑事警官，採訪所得的情報，加以報導，但最高裁最後還是認為他可以再做更謹慎的查證，而不能免責。可以看出日本最高裁基本上都是採取非常非常非常嚴格的一個審查標準。又在刑事案件中曾經有過被最高裁認定得免責之情形，亦即若是對於刑事第一審判決認定的事實，於著作或相關文章中將第一審刑事判決認定之事實作為資料而加以摘示，這樣的一個作者，後來經最高裁做出判決，認為第一審刑事法院所餞行的是一個嚴格的調查程序，所以行為人亦即報導的作者，他是有相當理由誤信這個事實為真實，才可以免責，綜合上述看起來日本最高裁是採取非常高嚴格的判斷標準。

再來我想跟大家提到的就是有關日本法上公眾人物的名譽權，其實基本上日本最高裁，還是延續剛才所講的嚴格的標準，惟日本學者之間一直批判說實務標準太過嚴格，對於公眾人物應開放一些空間，讓報社、新聞媒體去做適度的報導，以最高裁之標準被認為已經嚴格到說，報導機關可能會整個萎縮掉，故招致學界方面甚多的批評。日本東京高等裁判所，曾經在一些相關的案件中，嘗試要去放寬實務上的嚴格標準，於判決中肯定說報導的自由要優先於公眾人物的隱私權，且若報導是以真實之事實為基礎，並從周邊的事實來做相當的推論，雖然無法做一個完整的證明，但其報導所表明的事實是民主法治所必須容許的話，應認為欠缺違法性。這個應該是一個有關地方議會議員收受利益的不正的案件，但高裁最後還是認為被告，也就是媒體要負不法的侵權責任。所以日本實務界基本上仍採取非常嚴格的一個標準，僅有最高裁在一個北方報社事件中，曾經有一位最高裁的法官，在其判決補充意見中主張對公眾人物，有關公領域之言論應不使其負民、刑事責任，而且要試圖引進美國所謂真實惡意的法理，但是最後並沒有被最高裁其他多數法官所接受。再來日本有關於公眾人物的名譽權，在日本實務及學術界討論最多的是所謂的公開權，而非名譽權，所以在日本所涉及的議題是與我國不太一樣的。

至於公眾人物的定義跟範圍，日本最高裁未曾表示公眾人物該如何定義。但有一些學者對公眾人物有嘗試做定義，基本上公務人員、議員一定是公眾人物，沒有問題。但像醫師、律師、評論家、文化人、藝人、運動選手，很多學者都認為說，是必須和其等從事的職務相關聯的範圍內才能認為是公眾人物。我相信在座的各位一定都常常會碰到，在我國實務上非常多的原告來主張於有爭議之報導前他不是公眾人物，但原告因特定的事件報導出來後，被媒體曝光後塑造出來塑造成為公眾人物。這樣的原告到底是否能認為是公眾人物？其實我這陣子也一直在思考這個問題，基本上我覺得我們最高法院目前應該是採取具體個案判斷這樣的一個標準，在註38的最高法院98年度台上字第1129號判決，實務上目前是遵循這個判決，採取一個具體個案判斷說，就是我們不去個別判斷一個案件的原告到底是不是公眾人物，而採取於具體個案中所涉之「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」、「查證時間、費用成本」等因素綜合判斷。

最後一個部分我要跟大家介紹，日本最高裁現在也開始省思過去標準是否太過嚴格而有一些改變。而在所謂轉載的相關責任上嘗試去作放寬，所謂轉載的相關責任，我相信大家也都有機會遇到相關案例，亦即現在新聞媒體報導，都是一個媒體報導之後，後面幾十家跟著報導，如果上網去搜尋同樣的議題，可以看到啪啪啪幾十篇、幾百篇的搜尋結果。原告來提起民事訴訟，通常也不會只告一家媒體，通常會告很多家媒體，那媒體的抗辯事由則是因為某某家媒體報導所以我也報導，我只是轉載，現在越來越多的媒體會做這樣子的抗辯。日本最高裁在平成14年、平成23年的時候，就對於發布新聞的通信社、通訊社之查證義務，是不是得認為係轉載之媒體所做的查證義務，有無加以區別判斷的必要？或應作所謂一體性的判斷，在平成23年的時候，日本最高裁做了一個被很多學者認為是一個變更過去標準的判決。最高裁平成14年的判決，認為其他轉載通信設或通訊社的媒體都抗辯：我是接受中央通社配送的新聞，原文照樣報導，即所謂「配送服務之抗辯」，最高裁過去向來認為說此種配送服務的抗辯通通不能成立，若報導侵害原告名譽權時，所有轉載的報社也都要負侵權行為損害賠償責任。但是最高裁在平成23年4月28號第一次做了一個新見解，要先說明的是在平成14年的判決中認為說若報導是侵權行為，則轉載的媒體所為「配送服務之抗辯」不能成立，但最高裁於平成23年的判決則認為說，若通信設或通訊社原來的報導不構成侵權行為而得以免責時，此時須視該通訊社、通信社與其他接受配送報導之媒體間有沒有所謂的一體性的問題，如果其間可認為具備所謂一體性時，亦即可以認為有相當理由認為原來報導內容

是真實的話，這些轉載的媒體，是可以免責的。關於這個最高裁的見解，日本學者也做了非常多的討論，認爲是最高裁的一個很重要的改變，可能從過去太過嚴格的標準中跨出嶄新的第一步。既然時間到了，我就先報告到這裡，謝謝大家。

許宗力大法官：

時間永遠不夠用，接著請李大律師。

李念祖律師：

報告人、與談人、在座的先進，今天的這個題目也討論了很久，但是顯然留下問題需要解決，在理論、實務上都有很多的問題。我常常拜讀家馨的論文，這絕不是他在這個題目上的第一篇文章，作爲與談人，我想就一些可以討論的題目，提出也許可以讓大家再探討的方向。

第一點我想提出來的問題是，我們今天談的是公眾人物，那我必須要說，公眾人物這個名詞的出現，不只是法律問題可以討論的對象，最主要的原因就是美國的New York Times v. Sullivan，我想在這邊特別提出一點，純就立法的技術而言，我個人認爲，公眾人物這個概念的掌握是有問題的，因爲它是身分，就是在先天上就區別公眾人物和非公眾人物享受什麼保障，這一點就平等保障來講，其實是有問題的，而New York Times v. Sullivan出來之後，美國最高法院曾經有過解釋，在我的文章第2頁所提出來一個1971年的案子，Rosenbloom v. Metromedia的判決，之所以談到，因爲Sullivan案或後來不管Gertz v. Robert Welch, Inc.一案，說他的規則不應該只是針對當事人爲知名人物與否。換句話說，跟當事人是不是知名無關，重點是在有沒有public or general interest，應以有沒有公共利益來決定言論的尺度，作爲言論自由跟名譽權的分野，這跟看他是什麼人而做區分，這是兩種不同的標準，那其實很不幸，後來Gertz v. Robert Welch, Inc.一案說Sullivan是政府官員，這個規則在公眾人物也適用，因爲在Gertz v. Robert Welch, Inc.那個案子裡面是涉及到公共人物，於是理論上就忽略中間這個Rosenbloom的案子的道理，就會往公眾人物的身分去走。那我在這邊提出來，如果就我們刑法的規定並沒有公眾人物，規定中出現的字眼多是「公評」或是「涉及私德而與公益無關者」，「公評」跟「公益」本身都是公共議題，都是public interest，從這個角度出發，我個人比較傾向仍然是按照有沒有公共利益來做衡量思考的焦點，而比較不要去談是不是具有公眾人物的身分，可能在方法論上比較值得思考的方向，其實公眾人物在美國法上會變成他的權利和一般人不一樣，不但公眾人物多與公共利益關係密切，公眾人物涉及公共議題的情形多，不涉公共議題的情況少，因此回到公共利益作爲取捨的著眼點，更符合法律上平等的精神，也可以避免平等保護的「身分」陷阱。

當然這裡講到公共人物的定義，最麻煩的一點，就是公眾人物一般都是自願性的，不管是馬總統，還是周杰倫，歌星、影星、球員，他都是自己從事這個行業，唯恐自己曝光不多，那他是把自己放在公共事務面前，他可能很多事情做代言人等等，他自己把自己放在這個位子，絕大部分的公眾人物都是自願性的公眾人物。不過，比較困擾的是有一群是非自願性的公眾人物，最明顯的非自願性公眾人物，像馬惟中、陳水扁總統的金孫，這些都是非自願性的公眾人物，但是大家會對他有所注意是因爲覺得馬惟中可能會常跟總統講話，或馬惟中會因爲是總統家人而得到什麼利益，因此去考慮公共利益的時候，這個部分的拿捏衡量就比較困難，我個人認爲如果可以選擇的話，會避免公眾人物身分的區別，而要以衡量公共利益爲思考重點。

第二點我想提出來的是，我們今天談的是民事責任，但是民事和刑事思維方法是沒辦法完全隔開的，家馨以前的論文說刑法主要看故意的問題，民法關鍵要考慮過失的問題，不過，故意行爲也會發生民事責任，所以不能完全切斷。而且509號解釋要適用在民事，這是一個完全確定的事情，所以，那我個人覺得509號解釋並沒有完全解決問題，509號解釋幫忙釐清一件事情，我覺得非常好，就是從509號解釋以後，我們現在大概實務主流的觀點都是認爲，一定是不實的言論才可能侵犯名譽。那但是問題是刑法第309條，侮辱的這個條文，也是放在27章妨礙名譽罪，那侮辱是不是以處罰不實言論爲對象？這個問題是到現在爲止還沒有確定的一個答案。因爲侮辱罪如果是以不實言論爲處罰對象，那侮辱跟毀謗怎麼區分？爲什麼分兩條？如果侮辱罪不是以不實言論爲處罰對象，那侮辱罪到底處罰什麼？那爲什麼處罰侮辱？毀謗是爲了保護名譽，那侮辱是不涉及事實的，說一個人是王八蛋，就沒有事實的問題，但是如果放到民法上，民法第195條有名譽權，那民法第195條裡面還有一個人格權，又不一樣。回到我們第309條問到底是要保障什麼？因爲今天聽到楊院長特別講到，雖然我文章裡面沒有談到，我特別提出來講到兩公約，兩公約中間有一件事情，我覺得是我們今天非常值得談的，就是兩公約的人權委員會第34號一般意見，按照兩公約施行法，它是司法是應該要參考的法源，裡面特別強調關於毀謗的立法，如果是刑法的話，它的範圍要特別慎重，那這裡當然也牽涉到毀謗罪除罪化的問題，在509號解釋也有談到這個問題，侮辱罰金300塊，是不是值得、需要法院介入？這真的很值得思考，就是因爲有侮辱罪存在，會讓名譽的定義又回到一個混沌不清的狀況，因此我們今天雖然談民法，但是刑法的規定和民法是有連動性的。我想這邊特別講一下，回去看刑法當初的立法理由，很有趣，民國元年，當時的暫行新刑律第360條講侮辱罪的時候，立法理由說這個行爲有兩種，一種是指摘事實，具體的表彰各式醜行的這種行爲，說妳偷人怎麼樣怎麼樣，接下去就根據一個主張的事實去評論，就是涉及事實的侮辱；第二種是不指摘事實，憑空結構，當眾罵詈嘲弄者的行爲，他說前者涉及事實的這一類是用刑處罰法，這是刑律要規範的範圍，不涉及事實的，用警察法去處理就好，其實是區分重罪跟輕罪，也就是說不涉及事實的不需要用刑法來處理，用行政罰就好，刑律草案第一版是這樣。可是到了今日刑法的立法理由，就說侮辱無所謂事之真僞，毀謗則與事之真僞應有

所分辨，可是這裡面有一個困難，按照這個理由來講的話，我說他偷人，然後繼續罵他，這應該變成誹謗了，就是說不涉事實的才是侮辱，如果是這樣的話，那侮辱到底保護什麼權？為什麼會放在27章裡面？問題還是沒有解決。我個人淺見認為必須考慮到底是為了什麼處罰侮辱，剛剛講到是為了人格尊嚴，例史上我們講人格權，比較明確的部分就出來成為獨立的權利觀念，像名譽權就是從人格權分出來了，隱私權又分出一個，一個個權利分出來，然後還不清楚的，剩下來的都叫人格權。憲法可以保障人性尊嚴毫無疑問，可是如果刑法要保護抽象的人性尊嚴而去處罰言論的時候，那個尺度怎麼拿捏？這是司法上很大的一個難題，應該要思考清楚。我個人認為侮辱應該除罪化，特別在公眾人物這一塊，很可能雙方都涉及公共利益，這個時候用民事賠償來作為釐清權利義務的方向，而不是用刑罰，在我來看是比較可以的，因為刑法跟民法最大的一個差別是，公權力如果動輒用刑罰來追究的話，可能產生民法所不會產生的寒蟬效應，這個部分是要特別避免的。

最後我要講一句話，就是我對於家馨談到的656號解釋，特別是許宗力大法官的協同意見，我覺得是非常精彩的，不是因為許大法官在這裡我才這樣講，許大法官的協同意見其實本質上是不同意見，為了保全三分之二多數而勉強的算是一個協同意見，其內容非常值得贊成，雖然關於憲法上無明文規定的有良心自由，但是不能說是一個無關的題目；家馨所談到的方法，我非常的贊成就是讓被告選擇道歉，如果不願意道歉，則由原告以判決原本刊登啓事。我甚至認為，道歉一定要真心，不是發自被告良心的道歉，對造把它登出來，硬說這是被告的道歉，這跟本是不實的聲明，我認為這是法院該注意避免的事情。法官可以在判決書裡說我認為被告應為如何如何之道歉，但是強制執行的方式，而是在判決書中寫出來，因為判決書的內容本身就是可以刊登的法律事實，當判決書登出來的時候，你可以知道法官認為被告該如何道歉，至於被告是不是真的道歉，一旦看到只有刊登判決書就知道被告是不道歉的，因為被告願意道歉的話，他自己就會主動刊登道歉啓事，這時候可以避免不實的道歉，但同時可以滿足原告希望法官告訴大家被告應該道歉的這個心理，我認為許家馨的這一個方法，是在656號解釋之後，可以再往下進化的一個思考方法。占用太多時間，不到之處請多指教，謝謝。

許宗力大法官：

謝謝李律師，我們現在進入討論時間，討論20分鐘，我們最後留5分鐘給家馨，那就請大家把握時間，提出問題，開始。

台灣高雄少年及家事法院蔡虔霖法官：

剛才幾位先進就從日本法、美國法去談，我試著從其他法去談，其實英美法，除了美國有actual malice以外，它其他的兄弟姊妹都不採actual malice，他們斟酌真實狀況，採取較客觀的立場，像英國1999年，還有加拿大聯邦最高法院在2009年，2009年的12月22號，連續同一天發表的兩篇判決Grant v. Torstar Corp.及Quan v. Cusson，他們還批判美國的actual malice，他們採responsible communcation，就是負責任的報導，這裡有兩個區別，就是actual malice法官必須審查主觀面，就是舉證責任的轉換，所以名譽被侵害的人必須去證明媒體有真實的惡意，那幾乎不可能達成，但是其他像英國、加拿大，或是澳洲，他們後來斟酌的結果，他們不願意，那麼偏向言論自由的保障，而是採折衷的看法，他們希望媒體經過適當的查證，當然查證的過程，他們在判決裡面都有就程序作詳細規定，你要怎麼去查證，達到那些客觀的標準，那以後法官的審查，就不是去審查主觀面，而是審查行為，客觀面，其實只要我們採actual malice，其實已經破壞了我們的民事體系，因為我們第184條是故意、過失都要賠償，actual malice必須要是重大惡意，過失犯幾乎已經被排除掉，我們最高法院93年台上1979，我看我們最高法院也只有這個判決有提到真實惡意，其他97年、98年有4個判決去談查證的問題，這個其實是跟其他非美國英美法系的國家的法律想法是一樣的，謝謝。

許宗力大法官：

好，謝謝，還有沒有問題？

台灣台北地院吳佳樺法官：

各位老師、各位先進大家好，我是台北地院吳佳樺，我有兩個問題要請教許家馨助研究員。第一個問題是在許助研究員的第7頁報告，該頁提到誹謗言論公共性的三種層次，第一個層次是「毫無公共性的言論」，即「牽涉私德且無關公共利益之事項」，許助研究員認為在此無須探究言論是否為真實。因為行為人縱有相當理由認為言論內容為真實，也不應傳述指摘。我很贊同剛剛李念祖教授所述，不實的言論才會侵害名譽權，如果不實的言論才會侵害名譽權，則許助研究員認為「毫無公共性的言論」完全不用審查是否真實，恐有疑問。換言之，如果真實的言論沒有涉及公共利益，這個時候真的會侵害「名譽權」嗎？還是這時候侵害的可能是「隱私權」？第二個問題是在第12頁的地方，許助研究員認為「適當評論」應該以「公然侮辱」來審查，但公然侮辱其實是一個刑法上的概念，在刑法上包含「公然」和「侮辱」兩個構成要件，而民事則無「公然」的要件。因此，在套論民事的侵權行為時，是不是有不同的考量點？換言之，是不是要以「公然」作為判斷？另外，關於「侮辱」的部分，有學者認為刑事公然侮辱罪應予除罪化，但目前刑法既然已經有規定該罪，至少應限縮僅處罰「仇恨性的言論」。我的疑問是，民事上是不是會有相同考量？還是民事與刑事有寬嚴不同的審查標準？

許宗力大法官：

各位還有沒有什麼問題？我現在口頭轉述士林地院黃珮禎法官的問題。

台灣士林地方法院黃佩臻法官：

第一個問題，以行為人確信侵害真實的過失標準，這個標準是指行為人的主觀確信其為真實，或是立於與行為人相同的條件下均會確信其為真實的客觀標準？第二個問題，如果一般侵權行為理論為注意的客觀標準的規範，那是否

應該採客觀說？第三個，如果採客觀說，如何尋求客觀標準？使不至於流於法官個人的標準。

許宗力大法官：

家馨是否來說一下。

許家馨助研究員：

好，謝謝兩位與談人和各位先進的提問。我先針對台北地院的吳法官來做一個回應。沒有公共性這部分，我是設定現在刑法第310條第3項但書，實務上是會用過來民事的部分。我過去也一直想說是不是就代表他侵犯的是隱私權？我一開始關於這個問題最早的文章，我是這樣認爲，我是說，是因爲反正你還可以請求損害賠償，只不過那是隱私權的問題，可是我後來又有點猶豫，不是很肯定是不是就可以這樣劃分出去。意思是說通常我們說隱私權的時候，像一個人的隱私被揭露出來，而那是真的，通常比如說去偷拍，那是真實，關於你的隱私的真實被曝露出來，你的隱私權受到侵害，那今天有一件事情是我們不應該把真實與否，把他放上這個訴訟當中，就是他不應該成爲爭點。那如果我們不確信他到底是不是構成侵犯隱私的情況下，換句話說，如果這件事情根本不存在，那他們的隱私也沒被侵犯。比如說如果我指摘一個人——其實實務上也有——就是我說你這個人你有精神病，你有精神科的病史，然後我甚至知道你吃什麼藥，然後我甚至都把他講出來，可能是街坊鄰居之間，或是那種大廈管理委員會之間有時候會發生這種對話，假設上了法院，這個東西到底是不是侵犯隱私？如果我主張他侵犯我的隱私，會不會就是承認有這個事情，這也是我的困惑，拿出來請教大家。

那第二個就是說公然侮辱的部分，其實李念祖律師提出了一個大哉問，他到底侵犯的是什麼？我現在也沒有一定的答案，就是最大的問題在於，他罵人王八蛋的人，他自己名譽可能受到更大的損害，可是話說回來，我們在公共生活裡頭，很多時候我不認識這個人，但是我看到他被罵王八蛋，我會想說他會不會、是不是做了些值得被罵王八蛋的事情，就是換句話說，他還是或多或少影響你對他的觀感，那所以我覺得也不能完全說不是，但他又不牽涉到事實，所以我覺得對公然侮辱的基礎在哪裡需要更深的探討。我相信仇恨性言論是可以被放入公然侮辱裡頭的，我的問題只是公然侮辱是否只侷限於仇恨性言論。我可以講，就是說今天整場我的想法，希望往客觀的方向推，就是我不希望相當理由確信真實被主觀化，好像在看說我行爲人到底確不確信，說老實話，很多名嘴多都號稱他們確信，但是如果事情變成去判斷他們有沒有確信，從主觀上說他們確信的話，那我們客觀標準就會繼續往上下去，所以我一直想往客觀上去推。那我就先到這裡。

許宗力大法官：

最後我利用主持人的地位，也對這個問題表示一點看法。第一點就是當我在擔任大法官以前，閱讀509號解釋，蘇俊雄大法官、吳庚大法官的協同意見書是採真實惡意，但我個人還是充滿困惑。等到2003年當上大法官，我就去調509號的相關資料，但從相關資料看不出來509號解釋多數意見有任何採真實惡意說的蛛絲馬跡。反而發現509號解釋的用語「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」，與日本最高法院夕刊和歌山事件的用語頗爲相似，似乎是受夕刊和歌山事件所影響，然大家都知道日本的最高法院根本不採真實惡意說，如同剛剛有先進所提的，美國最高法院的actual malice在全球獨一無二（unique），大概是只有紐西蘭是跟它接近的，所以我認爲509號解釋應該不是採真實惡意說，但因爲兩位大法官的協同意見書主張真實惡意說，最後也就真的影響了法院刑事庭的見解。第二點我想要分享一下歐洲人權法院的見解。，歐洲各國有貴族封建的傳統，所以非常重視名譽，刑法因此設有侮辱、誹謗等罪。我們刑法傳襲自歐陸，因此同樣設有、侮辱、毀謗等罪。歐洲人權法院基本上尊重會員國的法制，因此沒有宣告刑事的毀謗罪、侮辱罪是侵害歐洲人權公約所保障的言論自由，可是筆鋒一轉，認爲如果以人身自由的剝奪，或人身自由之剝奪的恫嚇作爲保護名譽的手段，會對言論自由造成寒蟬效應，因此違反比例原則，與歐洲人權公約對言論自由的保障不符。換言之，爲尊重會員國的歷史傳統，他不挑戰會員國的誹謗罪、侮辱罪本身，但會員國法院判決如果對妨礙名譽言論科處有期徒刑或拘役，即使伴隨緩刑宣告，或有期徒刑易科罰金，就以對言論自由帶來寒蟬效應爲由，而宣告該判決違反歐洲人權公約。只有針對仇恨性言論，始允許各個會員國的內國法院可以用人身自由的剝奪作爲處罰的手段。至於怎麼判斷一個言論有沒有構成毀謗？依我的理解，他們不分民事、刑事採相同的標準，要求「負責任」的言論，基本上相當於要求行爲人發表言論需先盡合理查證義務。至於如何判斷是否已盡到合理查證義務？這其實是一個大哉問，這要斟酌個案各個不同的相關因素，作綜合判斷。許家馨助研究員的這篇大著，其實就是要更精緻去處理這個問題，他講的雖然只限於民事，但我個人認爲民事、刑事應該是採相同的標準，我相信從一個外行人觀點來看法院，中華民國的法院只有一個，他一定很難理解，爲什麼在民事案件，發表言論的人，必須要更謹慎一點，盡較高的合理查證義務。反之，在刑事案件裡，發表言論的人好像可以比較不負責任一點，或比較輕率一點，只因爲刑事責任認定標準較嚴。最後是公然侮辱的問題，我認爲罵粗話應該是文明教化的問題，不應該由法育、法院來處理，由法院處理，不管是民事或刑事，不僅浪費司法，也因何種粗話構成侮辱，難有一致標準，徒因見解不一致傷害法院公信力。總之個人認爲人類的聰明才智與司法資源不應該浪費在衡量哪些粗話可以罵，哪些粗話不可以罵。

我們這場就到此結束，謝謝大家。