

民刑誹謗二元體系之形成與分析： 以「故意過失」為中心的實證研究

許家馨

壹、導論

中華民國刑法第 310 條誹謗罪，以及民法第 184 條侵權行為與第 195 條對於「名譽權」侵害行為之損害賠償責任，一向是言論自由與名譽權衝突的重要戰場。由於民法對於名譽權侵害沒有具體特定的條文，因此，民事實務多援引刑法第 310 條之構成要件作為名譽權侵害行為之構成要件。而刑法第 310 條第 1 項誹謗罪之構成要件為：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪。」此構成要件對於言論自由產生最大威脅之處在於，誹謗言論之「虛假」不屬「客觀構成要件」之一部，因此「毀損他人名譽之事」可包含虛假言論，也可包含真實言論。既非「客觀構成要件要素」，行為人主觀上是否認知到「言論為假」，自然不相干。因為，「故意」作為「主觀不法要件」乃是對於客觀構成要件事實的認知與意欲。「言論虛假」既不屬於「客觀構成要件」的一部分，主觀上是否加以認知與意欲自不在構成要件是否該當的考量範圍之內。

當然，刑法之立法者並非沒有考慮到言論真假的問題。因此才有刑法第 310 條第 3 項前段：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。」（簡稱「真實抗辯條款」）之規定。不過，2000 年以前，且不論學說對於該條款在犯罪階層上定位的爭議，實務上操作該條文的方式，是把「言論真實」的舉證責任完全課予被告。如果被告無法證明言論為真，且無其他阻卻違法或免責事由，即應受到處罰。此條款的操作方式，是由被告負提出證據之責任，同時亦令其負擔針對「言論不實」終極的說服責任，而把言論無法證明為真的敗訴風險完全加諸被告。至於妨害名譽行為的相關客觀構成要件事實，包括「傳述指摘」、「毀損他人名譽之事」等，行為人必須有所認知及意欲，也就是有「故意」，始在刑法誹謗罪處罰範圍之內。然因「言論不實」並非客觀構成要件要素，因此行為人主觀上對於「言論不實」的「知與欲」的程度（故意過失），完全不在犯罪行為階層檢驗項目之中。一旦真實抗辯失敗，誹謗罪即告成立。行為人單單就「言論不實」此一非屬客觀構成要件之事項而言，事實上負擔著「相當於無過失責任」¹的處境。

¹ 許家馨，釋字第 509 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 120（2006 年）。筆者強調「相當於」，是因為「言論不實」並不屬於客觀構成要件之一部分。因此，在我國民刑事責任的行為判斷上，並不以「故意過失」的概念架構看待之。

司法院大法官在 2000 年 7 月 7 日公布釋字第 509 號解釋後，徹底改變此法律架構。該解釋指出：依行為人「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。」學界提出有力的主張，認為此號解釋把原本不在不法要件當中的「言論不實」，帶進了誹謗罪的客觀不法要件當中，²也因此，行為人主觀上如何認知此客觀構成要件就成為判斷是否構成「故意」或「過失」的重要議題。換言之，「相當理由確信真實」原則，把判斷焦點從過去單純的「言論是否為真？」改變為「就算言論不真，行為人是否有相當的理由『相信』其為真？」從此以後，「相當於無過失責任」的法制架構被排除，行為人主觀上「知與欲」的程度，以及是否違背對他人名譽權之注意義務（相應的事前查證工作），正式進入誹謗訴訟的舞台，成為鎂光燈聚焦所在。

然而，什麼叫做「相當理由確信其為真」？到底行為人應對「所言不實」具備何種程度的故意過失？是抽象輕過失、重大過失，還是故意，甚至直接故意？此問題不只存在於誹謗罪訴訟，名譽侵權行為受到司法院釋字第 509 號解釋（以下簡稱「釋字第 509 號解釋」）影響，也面臨同樣的問題。名譽侵權行為在釋字第 509 號解釋之後，最高法院在 90 年度台上字第 646 號判例也從善如流，拋棄了「相當於無過失責任」的架構。接下來的問題是，到底應採取何種程度的「故意過失」？³ 更進一步，就算回歸侵權行為的一般架構「過失責任」，法院仍然要考

然而，事實上這個現象確實存在，那就是行為人無論對於「言論不實」抱持何種「知與欲」的程度或者違反注意義務，此等議題皆被排除於行為判斷之外。而這種現象跟「無過失責任」相當，亦即當某種侵權狀態發生，毋須考量被告「知與欲」的程度，即應令其負責。事實上，此一制度安排正好呼應普通法傳統上將名譽侵權(tort of defamation)，就「言論不實」而言，課予行為人「嚴格責任」(strict liability)狀況。參閱 RICHARD EPSTEIN, CASES AND MATERIALS ON TORTS 964-66 (8th ed. 2004). 筆者之所以刻意穿透既有概念語言而做此類比，進而指出我國法律及實務在 2000 年前所課予行為人者「相當於無過失責任」，是因為本文希望凸顯從 2000 年前後，一直到 2010 年，這段時間內，我國民刑誹謗法就行為人對於「言論不實」之「知與欲」之課責程度的法制演變。為了凸顯此演變的歷程，我必須跳脫既有概念架構的束縛，嘗試把相關法制現象擺在同一個平面和尺度之上。而這個尺度，就是所謂的「故意過失」。之所以不逕稱「歸責原則」，是因當前我國犯罪與侵權行為理論的差異，在侵權行為領域把「故意過失」歸於「有責性」的範疇而稱為「歸責原則」，但在刑法領域卻多已將「故意過失」歸為「構成要件或違法性」（不法性）之範疇，而稱為「主觀不法」要件。有鑑於民刑階層理論定位上的差異，本文談論行為人對於「言論不實」之知與欲之程度而稱「故意過失」，其實是有意跳脫不同行為理論的框架，而直指現象本身，那就是行為人到底對於「言論不實」要認知與意欲到何種程度，才課予責任。筆者曾經考慮過使用普通法系中的「過錯/過咎」(fault)的概念，來跳脫我國行為階層理論定位上的爭論。但是，幾經考慮，又因為引入普通法系的觀念恐會引起其他的誤解（比如法系間的差異是否容許這樣的引用）而作罷。無論如何，筆者的用意在於跳脫行為階層理論框架的束縛，直接探討行為人就「言論不實」何種知與欲之程度始課予責任，而「故意過失」似乎是目前筆者所能找到最妥當的概念工具。² 李念祖，從釋字第 509 號解釋論「陳述不實」是否為「誹謗罪」之構成要件—兼論社會變遷中言論自由憲法解釋對刑法及其解釋之影響，收於：憲法解釋之理論與實務第四輯，頁 233-290（2005 年）；許家馨（註 1），頁 111。

³ 許家馨（註 1），頁 118-120。

慮「過失責任」是否能夠符合憲法言論自由的要求？應否基於言論自由將特定類型的案件提高言論保障到「故意」或「重大過失」責任？因此，不論基於法律本身或者是憲法考量，名譽侵權行為的故意過失程度在釋字第 509 號解釋之後，都處於有待釐清的狀態。

在此，筆者要再次對題旨稍做釐清。本文探討的對象是民事名譽權侵權與刑法誹謗罪實務（二者合併敘述時，簡稱「民刑誹謗法制」），法院對於行為人「主觀不法」（刑法）以及「歸責原則」（民事侵權）所要求的程度。二者其實指涉同一件事情，那就是行為人主觀上「故意過失」程度。民刑誹謗法制之所以在概念用語上有差別，牽涉到犯罪判斷以及民事侵權判斷的行為理論之別。簡單地說，犯罪行為理論從古典學派的「因果行為論」，在此理論中行為人主觀心理因素一律被歸屬於「有責性」的範疇，朝向「社會行為論」及「目的行為學派」演進，亦即對犯罪客觀元素之認知或意圖的主觀要素，逐漸從「有責性」移轉到「構成要件」或「違法性」的範疇，而成為「不法要件」的成分。當代犯罪行為理論已經普遍承認「故意」乃是構成要件主觀要素（或者用二階層理論的說法「主觀不法要素」）。⁴相對之下，民事侵權行為理論，仍使用古典學派的理論框架，把故意過失等主觀要素仍放在「有責性」的階段處理，稱之為「歸責原則」。⁵ 筆者無意議論不同行為理論之得失，在此僅要指出，本文所探討的刑法「主觀不法」及民法「歸責原則」，其實指涉同一件事情，那就是行為人對於所言「不實」這項客觀不法要件（無論此要件放在「構成要件」或者是「阻卻違法事由」），行為人主觀上「故意過失」程度，也就是主觀上對其「知」與「欲」之程度。比方說，行為人是否「明知不實」（直接故意）；或者明知很有可能不實，仍不顧一切加以指摘傳述（間接故意）；或者對於「不實」雖無「知」與「欲」，但因高度不負責任，行為嚴重偏離對他人名譽權有關切之人所會為之查證工作（重大過失）；或者並無「知」與「欲」但因未能善盡對他人名譽權之注意義務，而導致所言不實（抽象輕過失）；或者其他「知與欲」之型態。

「故意過失」標準浮動，會擴大法官恣意的空間，導致言論自由的憲法價值受到威脅，新聞媒體無所適從，況且，此類型案件動輒牽涉高階政府官員與公眾人物之間的政治紛爭，法院若無清楚的法律標準作為依據，不管怎麼判都容易惹人非議。因此，民刑誹謗法制的「故意過失」判準，牽涉到名譽權與言論自由的發展，更牽涉到言論市場的秩序。面對這個挑戰，我們可以純粹透過思辯來進行法釋義

⁴ 林鈺雄，新刑法總則，2 版，頁 130（2009 年）。

⁵ 王澤鑑，侵權行為法，頁 105-107（2010 年）。

學的推導，也可以廣泛參考外國法制，更可評估法制的社會影響，來決定未來的走向。這些工作都值得做。但不論何種方法，最終的目的都是希望影響實務朝向合理的方向發展。既要影響實務走向，就不應忽視各級法院民刑庭在釋字第 509 號解釋所遺留的廣闊空間中進行法律續造的經驗。如果實務確實有朝向某種趨勢去發展，則我們在構思各種法律發展的方向時，應該考慮這些已經存在的趨勢及其意義。

有鑑於此，本文的問題是：從釋字第 509 號解釋在 2000 年 7 月 7 日公布以後，刑法第 310 條誹謗罪以及民事名譽侵權在針對「言論不實」的「故意過失」程度在實務上是否有某種趨勢發生？是什麼樣的趨勢？本文希望透過實證研究調查法院判決，能夠辨認法律發展趨勢⁶。筆者調查臺灣高等法院所有的刑事誹謗判決以及民事名譽侵權判決，進行量化的實證分析。之所以需要耗費如此功夫，而不單單針對最高法院判決進行分析，有以下原因。就刑事誹謗判決而言，由於刑法第 310 條第一項普通誹謗罪及第二項加重誹謗罪皆屬於刑事訴訟法第 376 條第一款（最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專可罰金之罪）不得上訴第三審案件，因此我們無法透過分析最高法院判決得知實務發展走向。就民事名譽侵權案件而言，確實有最高法院判決可供分析，然而，最高法院民事各庭在過去十年來曾發表相當不一致的見解。比方說，90 年度台上字第 646 號民事判例，隻字未提釋字第 509 號解釋，且固守民法第 184 條侵權行為的過失責任架構。但 93 年度台上字第 1797 號民事判決卻明確採用釋字第 509 號解釋，甚至採取解釋文所未言明的「真正惡意」原則。如果最高法院本身見解無法統一，若要測知實務的整體發展趨向，就無法只觀察最高法院。當然，如果能夠調查各地方法院，當可取得實務最完整的圖像。然而，由於案件數量太多，且因刑事案件中臺灣高等法院即為終審法院，而民事案件中在最高法院無法統一見解的情況下，高等法院的發展也居關鍵的角色，在權衡研究資源限制以及審級重要性後，筆者僅針對臺灣高等法院作全面性的調查。

本文發現，民刑事誹謗案件實務，2000 年後經過一些曲折，大約 2007 年前後明顯地朝向不同的方向發展。刑事誹謗罪實務朝向對行為人比較寬鬆的方向（接近「故意」或「重大過失」責任），而民事名譽侵權實務朝向對行為人比較嚴格的

⁶ 本研究是筆者所知國內第一個針對誹謗法所做的大範圍實證研究。就此而言，此研究未來可以嘗試與國外的誹謗法實證研究接軌。不過，本研究的核心課題，也就是誹謗法中關於言論不實的故意過失程度，產生於釋字第 509 號解釋之後我國法制的特殊發展，與其他國家的誹謗法實證研究有一定的差異。目前筆者所知的重要誹謗法實證研究，大多著重在原被告身分案件之勝敗率分析，以及誹謗法是否造成「寒蟬效應」。對於美國、英國、澳洲誹謗法實證研究的簡明介紹，參閱 ANDREW T. KENYON, DEFAMATION: COMPARATIVE LAW AND PRACTICE 9-20 (2007).

方向（接近「抽象輕過失」）發展。這些發展中大致上沒有按照原被告的身分而有太大的差異。這個趨勢，筆者稱為「民刑誹謗二元體系」。所謂「二元」指的是針對「言論不實」，行為人之「故意過失」標準上的二元。在此大趨勢底下，筆者也在民事實務中發現細部的特殊發展，那就是法院逐漸發展出類似普通法上的阻卻違法事由，給予某些特殊言論情境（比如說，在機構組織內部的人事評估報告、親屬家族之間的談話、訴訟程序中的言論等等）中言論較大空間。

本文第一部份是導論。第二部分是實證研究方法，第三部分是實證研究發現的討論。第四部分，本文針對最高法院的發展，進行較為細緻的觀察，嘗試辨識最高法院是否有相應於臺灣高等法院的發展趨勢。此部分的研究是針對最高法院相關判決內容的分析，並非量化的研究。最高法院的觀察讓本文所發現的二元體系圖像更為完整。第五部分，本文提出針對「民刑誹謗二元體系」的初步影響評估。在此部分，本文主張，二元體系在法釋義學上乃是合理的發展，且會影響到政治性誹謗案件中的訴訟策略，且整體而言，對臺灣的政治言論市場有其正面價值，是否有負面效應，仍須觀察。

貳、實證研究方法

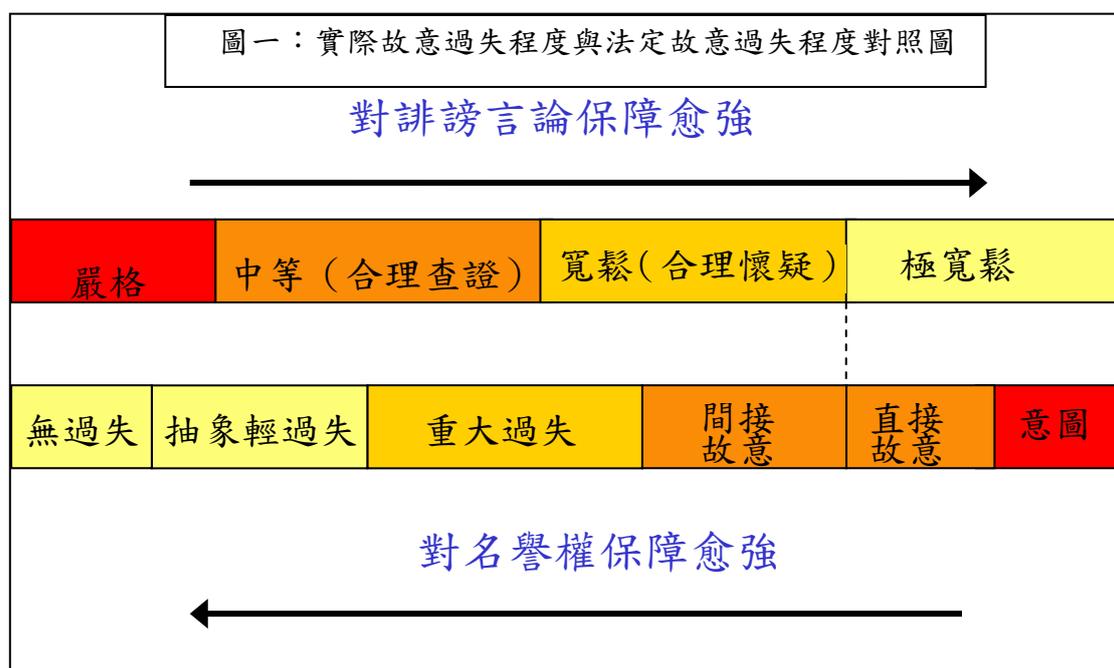
一、資料檢索範圍及考察重點

本文宗旨是希望辨識刑事誹謗罪及民事名譽權侵害案件中，臺灣高等法院在釋字第 509 號解釋所遺留的解釋空間下，是否有足供辨識的法制發展趨勢，並希望對此趨勢做出描述以及初步討論。考察的焦點在於針對行為人「言論不實」，法院在刑事誹謗罪所採用的「主觀不法」程度，以及在民事名譽侵權案件中所採用的「歸責程度」。負擔刑事及民事責任，是「故意」、「抽象輕過失」、「重大過失」還是其他。

理想上，如果法院能夠在釋字第 509 號解釋「相當理由確信真實」原則的基礎上，在個案判決中明白說明「故意過失」程度的法律判準，則我們可以很輕易地調查判決中法院的法律論理，就可以知道法律發展的趨勢。然而，本研究最大的困難在於，大部分判決中，法院未能明白表述其法律判準。甚至，法院的判決論理，往往與其實際判決內涵有相當差異。或許因為案件數量眾多，法官工作繁重，司法社群內部普遍認知到，法官普遍利用「例稿」來節省判決說理的複雜工作。所謂的「例稿」指的許多法官會援用一段針對某議題的現成的法律見解，這段話可

能來自上級法院或同級法院判決，或者來自其他法官所提供的現成文字。例稿呈現出作為判決大前提的法律見解。然而，接下來的涵攝過程，不見得完全符合例稿，例稿也不見得能夠提供完整的論述前提。其結果是，真正的判決論理過程，常常與例稿有相當落差。這種情況，在筆者所調查的判決中十分常見。

為了克服測量失真的困難，筆者設計了一套量度，來測量判決實際上的歸責程度。這套量度從「嚴格」、「中等」、「寬鬆」到「極寬鬆」，以測量對「誹謗言論的寬鬆程度」。其與法律或理論上的歸責程度，對應情況如下「圖一」：⁷



這四個量度並非憑空想像，而是大量閱讀判決之後，整理出來的典型。這四個量

⁷ 或有質疑本研究的量度設計未能精確對應法定的故意過失程度，而認為此量度不具合理性。筆者在此提出說明。筆者設計的量度的用意，本來就不是要去精確對應法定故意過失程度。此量度本是針對實務混沌狀況而設計的測量方法。如果法官自己都不寫清楚，表示他對於誹謗案件中故意過失程度判準缺乏精確的掌握。這是研究所面對的現實。面對此現實而採取此測量方法，以便測量實務的走向，筆者認為是合理的。筆者的另一個選擇，是根本放棄說明本研究的量度所對應的法定故意過失程度。但這又有違本文的宗旨。本文的宗旨，是希望實務好好思考誹謗案件中，應予課責的「知與欲」程度到底是什麼。要掌握「知與欲」及「違反注意義務」的程度，雖不完美但仍最妥當的概念架構，就是「故意過失」。脫離了這套概念架構，去談「知與欲」及「違反注意義務」的程度，就會陷入混亂。本文之所以要在圖一中將二者對應，正是要呈現出，當法院在說「合理懷疑」或「合理查證」時，可能正在不同的故意過失程度之間打迷糊仗。除非有更清楚的判準，否則，希望法院好好參考故意過失的概念架構，發展出較為精確可操作的判準。如果不去談對應，本文就沒有辦法達到這樣的論證宗旨。本文所使用的量度，本來就不是要去精確對應法定故意過失架構。因為實務本來就模糊，此量度正是要映照出實務的模糊，進而協助實務改善。合理不合理，要看達成什麼目標，且工具是否能夠達成目標。筆者認為，這套工具可以合理的達成目標。目標不是要發展精確獨立的故意過失判準，而是要呈現實務的混沌。而這套不精確的量度，剛剛好足以達成此目標。

度分別對應四種典型的判決與觀念。測量時，以被測量的判決來與這四種典型判決與觀念作比較，視其與哪一種典型較為親近。

一、「寬鬆」這個量度，其典型的內涵，乃是「合理懷疑」⁸—意指法院認為只要當事人有一些證據（不見得構成「相當理由」），足夠供其推論誹謗陳述之事實，並非憑空捏造，即可免責。典型的判決，則是臺灣高等法院 90 年上字 938 號民事判決（李敖訴張俊宏案）。以一假設性案件來說明，A 高級政府官員為被害人，被告 B 是媒體名嘴。B 在電視節目中，指出基於手上所持有之深喉嚨所提供之線索，雖然不足以「斷定」A 有貪污之事實，但其可以「合理懷疑」A 有貪污事實。而法院認為，B 所握證據雖然不足以論斷 A 之貪污，但確實有疑點存在，B 並非憑空捏造事實，而是提出其「合理懷疑」，因此不應課予責任。在圖一中，此「寬鬆」量度對應到「間接故意」與「重大過失」⁹責任。之所以如此對應，是因為

⁸ 「合理懷疑」一詞，乃是從諸多判決中發現的，並非筆者發明的用語。此概念非常容易與刑事訴訟上法院為有罪判決時，對於有罪之心證應「超越合理懷疑」一詞相混淆，其精神也剛好相反。課予刑事責任之有罪判決，將對被告之權益產生重大負面影響，因此必須極端審慎，其證明度必須超越「合理懷疑」，懷疑什麼？對於被告「無罪」之懷疑。有罪判決必須「超越」所有對於其「無罪」之合理懷疑。相反地，誹謗案件中，毀損他人名譽之言論一旦被散布，將對被害人的名譽造成重大威脅或影響。因此，任何人發表毀損他人名譽之言論都應該謹慎而為。這正是為何要課予誹謗行為民事責任的緣故。不過，有許多判決論述，應用「合理懷疑」概念時，論道：因為行為人對於毀損名譽之事有「合理懷疑」其存在，儘管其散布會對被害人名譽造成重大負面影響，但因相關事項有一定的公益性質，所以可以免責。比如臺灣高等法院 95 年度上易字第 1384 號刑事判決、臺灣高等法院 95 年度上易字第 1452 號刑事判決、臺灣高等法院 95 年度上易字第 223 號刑事判決、臺灣高等法院 94 年度上易字第 803 號刑事判決、臺灣高等法院 94 年度上易字第 1214 號刑事判決等等。

⁹ 我國侵權法採「過失責任」，更精確地說，採「抽象輕過失」責任，意味著對他人之權利應負善良管理人注意義務，並無「重大過失」。至於我國刑法，也沒有「重大過失」的概念。本文在圖一中所謂的「法定故意過失」程度中仍然加入「重大過失」，有特殊的用意。此對照程度表不是為了反映目前我國法制的制度設計，而是為了跳脫目前的制度以及相關理論爭議，直指知與欲的現象本身，嘗試去呈現目前實務上的混沌狀態在「故意過失」程度上可能呼應之處。因此，所謂「法定故意過失」，並不是指現行我國法制，而是把「故意過失」作為一組抽象的「法律概念」，作為對照之用。這意味著，「重大過失」在現行我國名譽侵權法上，雖然沒有被採用，但只要仍是一種理論上可能的選項，因而可以被用來對照行為人的行為性質，就可以被放到本文的對照量度上。相對於「具體輕過失」確實僅存在於契約法的脈絡下，在侵權行為法欠缺立足點，「重大過失」在侵權行為法上並非不能想像。比方在 Christian von Bar 教授所主導的歐洲法律原則 (Principles of European Law) 系列叢書中，就指出透過特殊的法律規定，在「非契約法責任」(non-contractual liability; 主要指侵權責任) 中，有可能針對具有特殊關係之人（比如家庭成員之間）或特定情境之下所發生之侵權責任，對行為人課予較輕的注意義務，僅論以「重大過失」責任。參閱 CHRISTIAN VON BAR, PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW: NON-CONTRACTUAL LIABILITY ARISING OUT OF DAMAGE CAUSED TO ANOTHER 582-83 (2009)。在名譽侵權的例子，尚有美國紐約州最高法院在 Chapadeu v. Utica Observer-Dispatch, Inc. 案中，針對牽涉公益之言論的名譽侵權案件，提出「重大不負責任」(gross irresponsibility) 判準。此判準可視為「重大過失」在名譽侵權領域的更精確的體現。關於此案，請參閱 RODNEY SMOLLA., LAW OF DEFAMATION §3:34 (2008)。由於「過失」的內涵，是行為人違反某種行為義務，因此，違反行為義務的程度，在必要時確實可以區分為「重大的違反」以及單純地「違反」。「重大違反」意味著行為人偏離行為義務的情況非常地明顯且嚴重。這樣的概念，即使應用到刑法中，也不是不能想像。比方近來衛生署及立法委員相繼

根據此種判準，「憑空捏造事實」，也就是「直接故意」，是必須負責的。但是如果被告B「懷疑」A貪污就可以說出來，儘管不是憑空捏造，卻仍有可能相當於「間接故意」。因為「懷疑」的意思就是其容有對立信念存在的空間。換言之，懷疑貪污，也就可以懷疑不貪污。在容有懷疑的情況下就指摘該事實之存在，意味著行為人預見相反的事實（亦即沒有貪污）也有可能是真實的，而行為人在這種情況下仍不顧一切加以指摘，很可能具備「間接故意」。如果不是「間接故意」，也可能是「重大過失」，端視個案而定。而法院認為只要行為人並非憑空捏造，有合理懷疑即可不用課責，這意味著法院採取的可能「相當於間接故意」或者「相當於重大過失」責任。

二、「中等」這個量度的典型概念，乃是「合理查證」，大概對應於「過失」或「重大過失」。這種判決並未特別採取對原告或被告有利的預設，而是在個案中，綜合各種因素，對被告是否有經「合理查證」做出判斷。它與「寬鬆」的差別在於，在典型的「寬鬆」案件中，法院給被告一個較低的門檻，也就是看其發言是不是「憑空捏造」。如果不是，過了這個門檻，基本上被告即通過檢驗。法院不需要考慮其他諸多因素。然而，在「中度」案件中，透過「合理查證」或其他類似的概念或操作模式，法院並非僅僅觀察被告是否通過一個低度門檻，而會審視被告發言及查證的合理性，而此合理性並不是任何單一因素所能決定的。必須衡量諸多因素，比如原被告身分、言論內容的公益性、查證成本、言論的時效性等等。典型的判決是最高法院 93 年度台上字第 851 號判決（呂秀蓮訴新新聞案）。這個判決中，法院認為被告應該要合理查證。甚至也明白指出適用抽象輕過失責任。接下來法院考量了許多因素，包括被告是媒體、新聞自由、被告對於新聞的處理流程等等。最後，法院認為對於媒體被告，其善良管理人注意義務要酌予減輕。如果本來是抽象輕過失，現在注意義務要減輕，結果是什麼呢？到底是抽象輕過失還是重大過失？作為研究者，我們毋須代替法院論斷。可以確定的是，這不是一種間接故意責任，好像只要不是憑空捏造就可以。它一定比典型的「寬鬆」稍微嚴格一點。但是到底是抽象輕過失還是重大過失，可能隨著個案差異而有異。但大致上，「中度」這個量度，是有可能對應到抽象輕過失和重大過失的。

在此必須特別說明為什麼「中等」（以及「嚴格」）這兩個偏向「過失」的量度可

提出醫療法修正案，將醫療人員因醫療致人死傷之刑事責任，限縮於故意或重大過失的情況。參閱李仲一、蘇嘉瑞，醫療刑事責任合理化 此其時矣，工商時報，2012 年 11 月 20 日 A6 版。另外，英國刑法針對特定醫療過失採用某種「重大過失」(gross negligence)也是「重大過失」可能存在於刑法中的例子。詳細的論述，請參閱 CHARLES A. ERIN & SUZANNE OST, THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM AND HEALTH CARE 19 (2007).

以應用到誹謗罪。刑法誹謗罪不是只處罰「故意誹謗」嗎？的確，乍看之下刑法並未處罰過失誹謗，以致於某種意義上的「過失」似乎不應該在誹謗罪中出現。然而，如導論所分析，誹謗罪構成要件中並未包含「言論不實」。儘管司法院釋字第 509 號解釋帶入「相當理由確信真實」原則，然該原則實務上主要是作為「阻卻違法事由」來操作，檢驗的重點是行為人有無「合理查證」或有無「真正惡意」。如果行為人未為合理查證而誤信所言為真，其後果是「阻卻違法事由」不成立，因而構成不法，而非「欠缺故意」而阻卻構成要件該當。因此，儘管形式上刑法好像不處罰「過失誹謗」，但是由於「言論不實」不屬客觀構成要件，且「相當理由確信真實」（或「合理查證」）主要是作為「阻卻違法事由」，因此，當行為人因為未盡注意義務而不小心（過失）指摘傳述誹謗事實，在當前的主流實務操作架構下，是有可能構成誹謗罪的。

三、「嚴格」比「中等」對於被告加上更重的負擔。這個量度可能對應到「無過失」、「推定過失」或者「減輕原告舉證責任」的型態。一個問題是，為什麼仍然有對應「無過失」的可能性呢？釋字第 509 號解釋之後不是已經把「無過失」排除了嗎？本文之所以在測量上不能排除無過失，是因為釋字第 509 號解釋是否應用到民事案件，有相當長的一段時間仍然處於爭論之中。在民事案件中，起碼在理論上我們不能排除少數下級法院仍然延續傳統見解的可能性。接下來，即便排除「無過失」，「嚴格」仍然可能對應到某種抽象輕過失責任。而此種責任型態可能比起「中等」量度所能掌握的案件，對於被告課予的負擔更重，無法透過「合理查證」這樣的量度來掌握，而需要透過「嚴格」這樣的量度加以掌握。更清楚地說，「過失」的行為人，對於權利之侵害在一般情況下並沒有「知與欲」，反而是違反對他人權利的注意義務。就「是否違反注意義務」而言，我國侵權行為法的基本原則是故意過失必須由原告舉證。而在刑事案件中，儘管「相當理由確信真實」（或者「合理查證」）主要是作為「阻卻違法要件」來操作，因而被告要負一定程度的證據提出責任，然而，檢察官或自訴人仍應負最終的說服責任，證明被告「沒有相當理由確信真實」（或「未為合理查證」）。既然「未為合理查證」不論在民刑案件中都可能被課予民刑事責任，那麼「合理查證」的舉證責任配置，就有相當的重要性。理論上，「中等」和「嚴格」量度的典型案件，似乎都是偏向「過失」。但是，「嚴格」比起「中等」可能更傾向於減輕原告的舉證責任，甚至轉換舉證責任到被告。這包括「過失推定」或者「原告舉證責任之減輕」。所謂「原告舉證責任之減輕」類似於英美法上的「事實說明自己」法則(*Res ipsa loquitur*)，或者德國法上的「表面證據」(*Anscheinbeweis*)，或者我國民事訴訟法

第 282 條：「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽。」¹⁰ 在其他類型的侵權案件中，此種減輕原告舉證責任的作法通常應用於，事實本身相當程度可以說明過失存在的情況（比如手術紗布留於病人腹內）。而在名譽侵害案件中，此種作法出現在公益性極低的私人民刑誹謗案件中。綜合言之，不論「無過失」或「過失推定」或「原告舉證責任減輕」，這些可能對應的量度都是本文在理論上的可能設想。判決多半沒有詳細說明。因此，在進行測量時，主要的指標是，當判決中法院幾乎不討論誹謗言論是否真實，也幾乎不討論行為人對該言論之不實的「知與欲」或「違反注意義務」的程度，在敘述誹謗行為之後，即逕行課予民刑事責任時，此類案件即歸屬於「嚴格」。¹¹

四、「極寬鬆」是一個殘餘的範疇。不同於「寬鬆」及「中等」有比較紮實的內涵，「極寬鬆」這個量度是想要去掌握一些對於被告誹謗言論容忍到連「寬鬆」的「合理懷疑」這樣的範疇都不太能夠說明的案件。這種典型，在理論上似乎難以想像，但是實務上確有發現這種判決。典型的是臺灣高等法院 93 年度上字第 865 號判決（尤清訴王建煊案）。此案判決「極寬鬆」地方如下：第一，加上問號就可以誹謗。法院如此論述道：「系爭競選文宣廣告中於『圖利財團』四字後面仍然保留『？』字樣，顯然仍屬疑問句，而不致使客觀第三人誤認為上訴人圖利財團之肯定語氣」；第二，引用既有報導不算誹謗。法院如此論述：「蓋該項報導，是上開報紙於八十六年十二月間，業經報導而存在之事實，若其足以貶損上訴人在社會上之評價，亦已早有定論，不因被上訴人之引用，或未加『否認』二字，致上訴人在社會上之評價，再度發生貶損之效果」；第三，動機混淆查證義務。法院論述為：「上訴人既非當時台北縣長之候選人，並非被上訴人競選之對象，是系爭廣告之用意非在貶損上訴人之社會評價，已至明顯」；第四、如果報導有訪問被誹謗者，就是平衡報導，不問相對篇幅或內容。法院論述為：「且該新聞報導之內容，業經同時報導上訴人澄清之談話內容，為上訴人所自認，並不生貶損上訴人社會評價」。¹²另外一種可能的情况，是透過動機的判斷進一步給

¹⁰ 王澤鑑（註 5），頁 326。

¹¹ 典型判決是臺灣高等法院 98 年度訴字第 39 號民事判決。此案中牽涉住戶於社區管理委員會中之言語爭端。被告向多人指摘原告「盜賣土地」，而該言論係屬虛假。法院於判決中幾乎沒有討論被告對於此虛假事實是否有過失。

¹² 值得注意的是，這個判決也是「例稿」與「判決論理」產生極端落差的典型例證。乍看之下，此判決援引最高法院 90 年度台上字第 646 號判例：「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於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，其行為不以廣佈於社會為必要，僅使第三人知悉其事，亦足當之。」若就此斷言，此判決應是採取典型的「過失責任」，就會被其真正的判決內涵所蒙蔽。細查其內容，可以發現，其所採取的，竟然是比「直接故意責任」還要極端的一種故意過失型態。

予行為人更大的空間。比方說，行為人A傳述空穴來風毫無根據之言論毀損B之名譽，但是，法院認為其傳述誹謗言論時並非出於「惡意」，僅因為無知而輕率，在街頭巷尾聊天時說出，且聊天之主題並非關於B，僅僅順便提到B。此類案件中，行為人確實基於「直接故意」指摘傳述誹謗言論，然法院可能因其缺乏言論之「惡意」（動機）而加以免責。¹³

在此要特別說明，儘管筆者在進行測量時，區分了四個量度，但是在接下來的迴歸分析中，「嚴格」與「中等」被合併，「寬鬆」與「極寬鬆」被合併，被簡化成兩個量度，簡稱為「嚴格」與「寬鬆」。這樣做在方法上有極大的好處。一方面，兩個極端量度的數量確實極少（刑事部分二者合併僅佔 5.5%，民事部分二者合併僅佔 7.3%；參照表一、表二），再者，邏輯迴歸要求「依變項」只能有兩個觀察值，本文不需要為了數量極少的極端案件而堅持使用四個觀察值而導致無法操作邏輯迴歸分析。另一方面，筆者承認，作為極端觀察值的「極寬鬆」與「嚴格」，其內涵不若「寬鬆」與「中等」較為紮實。因此，其測量的準確度和意義容易遭受批評。然而，鑑於本文的分析建立在合併之後的兩個量度，因此，即便合併前的「極寬鬆」與「嚴格」有值得批評的地方，但這些批評仍然不會影響本文的分析。只要「極寬鬆」與「嚴格」所捕捉到的案件，確實是落在合併之後的「寬鬆」與「嚴格」範疇之中，本文的分析就不會被影響。

另外要說明的是，行為人對言論不實之「知與欲」程度，在犯罪判斷或侵權判斷上，不論被法院當成主觀不法（刑事）或有責性（民事）之「故意過失」或者當成「阻卻違法事由」，並不會造成測量上的差別。筆者觀察的判決，絕大部分沒有對此判斷階層上做明確的界定。此判斷階層上的選擇，如果有意義，主要是在舉證責任的分配上。然而，關乎言論是否屬實的舉證責任，無論民刑，實務大體上皆按照釋字第 509 號解釋：「惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，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。」解釋文雖然將舉證責任的負擔分配給法院及檢察官或自訴人，但是並未免除行為人「提出證據資料」的義務。不論民刑實務普遍的作法，乃是要求行為人負擔初步的主觀或階段舉證責任，以說明其事前做到何等查證工作。而法院如何評價行為人所為之事前查證工作，牽涉到法院採用何種「故意過失」的判準，正是本文測量的對象。¹⁴

¹³ 比如臺灣高等法院 95 年度上易字第 1068 號刑事判決。

¹⁴ 本文宗旨不在於釐清法釋義學上關於舉證責任分配之課題，儘管此課題很值得關注。名譽侵權法上的舉證責任問題，比較完整的討論，參見許家馨，言論自由與名譽權的探戈：我國名譽侵

筆者陸續從 2008 年 9 月到 2009 年 1 月間，以及 2010 年 7 月到 8 月間，透過司法院的法學資料檢索系統，檢索從 2000 年 7 月 7 日（釋字第 509 號解釋公布之日）到 2010 年 7 月 6 日十年間，臺灣高等法院（包括高本院、台中分院、台南分院、高雄分院、花蓮分院）判決。刑法第 310 條誹謗罪共檢索得到 1163 則判決，以及民事名譽侵權 471 則判決。¹⁵ 檢索完成後，即針對所有的判決進行編碼的工作。（刑事及民事問卷，見附錄一、二）必須說明的是，並非所有的判決都會呈現出法院對於言論不實「故意過失程度」的判準的選擇。有些案件的爭點在於誹謗法其他構成要件，比方說，言論是否減損被害人社會評價、言論是否散佈於眾、言論是否針對被害人等。即便誹謗言論內容真實性成為爭點，也可能因言論被證明為真實，法院毋須進一步判斷行為人的故意過失程度；或者言論明顯虛構，不論採取哪一種故意過失判準，行為人都必定有責，因此看不出法院採取何種程度的故意過失判準。排除了這些案件之後，刑事誹謗案件中有 324 個判決，而民事名譽侵權判決中有 233 個判決可以取得故意過失程度的觀察值。¹⁶ 本文的分析即針對這些判決為之。¹⁷

權法實務與理論之回顧與前瞻，政大法學評論，128 期，頁 248-254（2012 年）；另參閱姜世明，誹謗侵權之阻卻違法事由之舉證責任分配——攤血事件，法學講座，29 期，頁 109-123（2004 年）；王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）——人格權的具體化及保護範圍（四）：名譽權（下），臺灣本土法學，90 期，頁 41-42（2007 年）。

¹⁵ 民事判決的檢索方式，是運用「侵害」與「名譽權」兩關鍵詞作為檢索詞彙，針對侵害名譽權之相關民事裁判進行統整分析。在刑事判決之收集上，中華民國刑法第 310 條誹謗罪是研究對象。但有鑑於現行司法判決中適用中華民國刑法第 310 條誹謗罪所使用的字詞並不一致，例如，有詳細引述本條條號與條文內容者、有僅以「誹謗罪」稱之者，亦不乏採用「構成刑法第三百一十條之罪」的論述方式，更有繕為「毀謗罪」等。不僅如此，各法官引述本條文所用的文字亦不盡相同，有記載為「刑法第三百一十條」、「刑法第三百一〇條」、「刑法第三百一〇條」或「刑法第三百十條」者，也有使用阿拉伯數字記為「第 310 條」的情形，因此檢索條件的設定相當不易。本研究為避免掛一漏萬，故採用最廣泛的檢索條件：利用關鍵字「刑法」與「謗」（而不用「誹謗」或「誹謗罪」）交集搜尋後，再逐一剔除非相關刑法第 310 條誹謗罪之案件。

¹⁶ 本文的資料集，係以 SPSS 軟體建立，交由「中央研究院法律學研究所出版委員會」存檔。判決字號列表可由資料集中看出。

¹⁷ 本文的編碼在 2008 到 2009 間針對 2000-2008 年之間的判決，是由三位助理協助編碼，2010 年所進行的編碼是針對 2008-2010 年，由二位助理協助編碼。筆者當時的作法是，要求不同助理互換案件重複編碼，而其中有差異者，由筆者親自編碼。最後筆者也抽驗大約百分之二十的案件。

表一：刑事實際故意過失程度次數分配表

	次數	百分比
極寬鬆	14	4.3
寬鬆（合理懷疑）	231	71.3
中等（合理查證）	75	23.1
嚴格	4	1.2
總和	324	100.0

表二：民事實際故意過失程度次數分配表

	次數	百分比
極寬鬆	8	3.4
寬鬆（合理懷疑）	109	46.8
中等（合理查證）	107	45.9
嚴格	9	3.9
總和	233	100.0

二、實證研究方法

本文嘗試描述臺灣高等法院過去十年在民刑誹謗案件中的法制發展。既然觀察對象是法院判決的趨勢，則時間是重要因素。然而，單純地透過交叉列表呈現這十年中法院使用寬鬆或嚴格的故意過失程度判準數量變化，並不能夠幫助我們準確掌握趨勢。這有兩個原因。第一，單純地描述法院所使用各種故意過失程度的次數恐怕不夠精確。我們必須嘗試瞭解什麼樣的案件中，法院傾向採用什麼樣的「故意過失程度」。因此，我們最好能夠把在學理上可能影響法院採取「故意過失程度」判準的不同案件性質，納入所觀察的範圍中。比如說，原被告的身分就是一個重要的因素。掌握原被告身分可能讓我們更精確地描繪趨勢的圖像，使我們測知法院是否在特定原被告身分中更有可能採取特定故意過失程度判準。第二，如果有多種因素同時在影響法院時，我們很難透過單純地列表，確定到底哪些因素在發揮影響。比方說，假如我們透過交叉列表，發現這十年來刑事或民事案件中寬鬆或嚴格的「故意過失程度」被使用的次數有增加。但是，我們卻不知道，這種次數的增加是因為案件性質改變(比如公共性案件變多，或者變少)所造成的，或者法院即便面對同一種性質的案件，其態度也發生改變。

基於上述原因，筆者採用邏輯迴歸模型(logistic regression model)來測量法制發展趨勢。一般線性迴歸模型(linear regression)，目的在於測量「自變項」(independent variable)，對於作為連續性變項（比如身高、體重等可以比較大小的數值）的「依變項」(dependent variable)的影響程度。當有多個自變項時，我們可以同時控制多個自變項對於依變項的影響，看看當其他變項都被控制的時候，特定自變項到底對依變項是否有影響，因而能夠糾正單純透過觀察交叉列表所造成的錯覺。而「邏輯迴歸」適用於當依變項不是連續性，而是 0 或 1 兩種值的情況。本文的依變項是「故意過失程度」。在原始的資料集中，筆者給予數值為：極寬鬆(1)、寬鬆(2)、中等(3)、嚴格(4)。如表一、表二所示，「極寬鬆」及「嚴格」這兩個選項相對於「寬鬆」與「中等」相當稀少，因此筆者把「極寬鬆」與「寬鬆」合併為「寬鬆」，「嚴格」與「中等」合併為「嚴格」，分別標誌並賦予數值為「寬鬆」(0)、「嚴格」(1)，作為邏輯迴歸的依變項。邏輯迴歸模型之方程式如下：

$$\text{FAULT} = \alpha + \beta (\text{YEAR}) + \delta (\text{COURT}) + \theta (\text{PLAINTIFF}) + \omega (\text{DEFENDANT}) + \rho (\text{PLAINTIFF X DEFENDANT}) + \mu (\text{PARTY AFFILIATION}) + \lambda (\text{MEDIA}) + \kappa (\text{CIRCUMSTANCE}) + \varepsilon$$

FAULT是依變項。自變項YEAR是年度，從 2000 年 7 月 7 日到 2010 年 7 月 6 日共十年期間，以兩年為期，共有 5 個雙年份。進一步將 5 個雙年份，以第一個雙年份(2000/7-2002/7)為參考組轉換為 4 個虛擬變項分以 0(非該組)與 1(是該組)呈現。¹⁸COURT是臺灣高等法院及各分院，包括高本院、台中分院、台南分院、高雄分院、花蓮分院。以花蓮分院為參考組，轉換為 4 個虛擬變項，分以 0 (非該組)與 1(是該組)呈現。PLAINTIFF及DEFENDANT分別為原告與被告身分，包括官員與政治性公眾人物、非政治性公眾人物、媒體、私人四種範疇。以「私人」為參考組，轉換為 3 個虛擬變項，分以 0 (非該組)與 1 (是該組)呈現。PLAINTIFF × DEFENDANT則是原告與被告四種身分交叉共 16 種組合。設計此變項用意在於測量不同的原被告身分組合是否會影響故意過失程度的選擇。以「私人×私人」為參考組，轉換為 15 個虛擬變項，分以 0 (非該組)與 1 (是該組)呈現。PARTY AFFILIATION是原被告的政黨屬性，係嚴格以在判決中有註明黨籍或者眾所周知其所屬政黨者。在原始的資料集中，分別測量原被告政黨屬性為「泛藍」(包括國民黨、親民黨、新黨)、「泛綠」(包括民進黨、台聯、建國

¹⁸ 虛擬變項的參考組可以選擇任何一組為之，並不會影響統計的結果。差別僅僅在於解釋的方便性。解釋虛擬變項時，相關性與係數係表示與參考組比較後所得結果。

黨)或「不可辨」等三種可能性。由於政黨屬性有特殊意義者，為原被告係不同政黨時(因此可看出法院是否有政黨偏見)，因此，必須把原被告政黨屬性交叉轉換為新變項，共9種組合。爰以「不可辨×不可辨」為參考組，製作8虛擬變項，分以0(非該組)與1(是該組)呈現。MEDIA用意在於測量行為人為誹謗言論所使用的媒介，大致依照其所及閱聽眾範圍為「全國性大眾媒體」(1)、「地區性大眾媒體」(2)、「網站、部落格、論壇」(3)、「書籍」(4)、「公用資料庫」(5)、「文字圖畫小範圍傳播」(6)、「非文字圖畫小範圍傳播」(7)、「信函或email(非大宗郵件)」(8)、「口語」(9)。雖然九種值之範圍大概有從大到小的關係，但在其連續性質不明顯的情況下，為慎重起見，亦製作虛擬變項，以9(口語)為參考組，轉換為8個虛擬變項。CIRCUMSTANCE是有無特殊的發言脈絡。此變項牽涉到一些特殊的發言脈絡，不見得被刑法第311條善意發表言論所涵蓋，但仍可能使法院放寬言論空間，包括「特殊親誼關係(家族內、配偶間等)」、「假扣押/強制執行/訴訟過程」、「議會議事」、「公司機關組織內部評估報告」、「向政府單位陳情」、「政府官員行使職務之發言」。這些特殊脈絡與普通法上名譽侵權特權(common law privileges)有呼應之處¹⁹。有任何上述情況則歸為「有特殊脈絡」(1)，沒有上述任何一種情況則歸「無特殊脈絡」(0)。

關於相關變項的選擇，以及其背後的問題意識，在此加以說明。

(一) 案件的公共或公益性

針對學理上應考量的案件性質而言，首先是關於案件的公共性。²⁰我國誹謗法制領域，受到美國法很深的影響。美國聯邦最高法院的New York Times v. Sullivan²¹案是很重要的比較法上的參考點。New York Times v. Sullivan以及後續相關案件，所建構起的名譽侵權法架構，最重要之處在於言論保障程度最高的「真正惡意」(actual malice)原則僅適用在原告為政府官員以及公眾人物的案件。從比較法的觀點來看，釋字第509號解釋很特別的地方是，大法官沒有跟隨美國聯邦最高法院，區分政府官員、公眾人物或私人，而一體適用「相當理由確信真實」原則。此點遭到許多議論。²²單就比較法上的差異，未必表示該解釋有值得批評之處。不

¹⁹ 名譽侵權的美國普通法上特權“common-law privileges”，請參閱 SMOLLA, *supra* note 9, at Ch.8.

²⁰ 近年針對名譽侵權法「公共性」提出精闢見解者，請參見呂麗慧，我國民事侵害名譽權「公共性」因素之考量—以「個案判斷」與「類型化」為中心，法學新論，5期，頁35-49(2008年)；呂麗慧，民事侵害名譽權之類型化研究，臺灣法學雜誌，145期，頁165-171(2010年)。

²¹ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

²² 比如法治斌教授曾言：「本號解釋並未區分公務員與私人，而一體適用。故其射程範圍自較為寬廣，反倒有對私人名譽產生保護不足之可能前面大張旗鼓誇談名譽之保護一節，似有前後矛盾

過，任何嘗試平衡名譽權與言論自由二者衝突的方案，確實都必須對案件的「公益性質」有相當的敏感度。其基本思維是，當言論的公益程度較高，所應給予的保障較大，名譽權也需作較大的退讓。反之，當言論的公益程度低，名譽權的保障就應該較高。此價值判斷不只反映在比較法上，也反映在刑法誹謗罪條文中。刑法第 310 條第 3 項後段：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」第 311 條第 3 款：「對於可受公評之事，而為適當之評論者。」都反映出類似的思維。因此，如果法院有意進一步發展誹謗法制，清楚地訂出「故意過失」程度，很有可能會呈現在原告或被告的身分差異之上。因此，本文選擇原被告身分作為分辨案件公共性的指標。此處問題意識即為：釋字第 509 號解釋公布後，法院是否在民刑誹謗案件中，有進一步補充該解釋所未進行的，透過原被告身分來區別案件公共性質，以決定是否適用特定故意過失判準？

原被告身分不見得是「公共性」唯一的指標。言論本身也可能表達出公共性。然而，本研究沒有針對言論本身的公共或公益性質進行測量。這是因為言論公共性的測量極為困難，很難找出相對而言比較客觀測量標準。這當然也構成本研究的侷限。最大的影響在於當原告（被害人）是私人的時候，被告所為言論很有可能也具有公益性質。因為「公共性」或「公益性」不見得侷限於全國性政治或公部門的活動，私人領域或小範圍的社群生活對於當事人來講也是「公益」。相當常見的案件類型，比如說社區或公寓大廈管理委員會內的言語紛爭，關於小型商店的消費糾紛等等。換言之，原被告身分並不是公益性的唯一指標，更不是完美的指標，卻是本研究能夠採用的指標。

（二）其他牽涉合理查證義務之因素

關於哪些因素應該影響法院所定合理查證義務的高低，最高法院曾在 98 年度台上字第 1129 號民事判決列出一份相當值得參考的清單：「上開攸關侵害他人名譽『阻卻違法性』之合理查證義務，自應由行為人依個別事實所涉之『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』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。」該

之譏。」法治斌，保障言論自由的遲來正義—評司法院大法官釋字第 509 號解釋，收於：法治國家與表意自由，頁 299（2003 年）。

判決所羅列出的因素確實都值得考慮。²³其中提到原被告身分及「與公共利益之關係」，上文已經說明。「名譽侵害之程度」這個複雜的概念，可能牽涉到言論內容減損他人社會評價的程度，偏離事實的程度，也可能牽涉到言論傳播的範圍廣狹。本文僅透過MEDIA變項處理「言論傳播範圍廣狹」的問題，是因為言論內容減損社會評價的程度，以及偏離事實的程度，都很容易客觀地測量。而且，這些判斷其實比較屬於確定故意過失程度法律判準之後，進行個案判斷的過程中，所應考量的因素。換言之，這些因素所影響的對象，比較是個案合理查證程度的「微調」，而不是大原則的選擇。其他幾項因素，包括「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」，也都屬於類似的狀況。不僅難以客觀測量，也比較屬於個案微調的因素。所以，本文並未加以調查。

（三）外在因素

上述因素都屬於在憲法與法律本身所論理應考量者。然而，有些非內在於法律的因素也可能干擾著我們對於趨勢的判讀。比如說，不同地區法院是否有不同的傾向，法院是否有政治偏見，會因為原被告的政黨屬性而影響其所採判準等等。這些因素雖然與法律本身的發展方向無關，但卻是在現實世界中有可能影響法院行為的因素。我們既然無法排除其影響，最好能夠加以控制，以免這些因素扭曲我們對於法制發展的判斷。

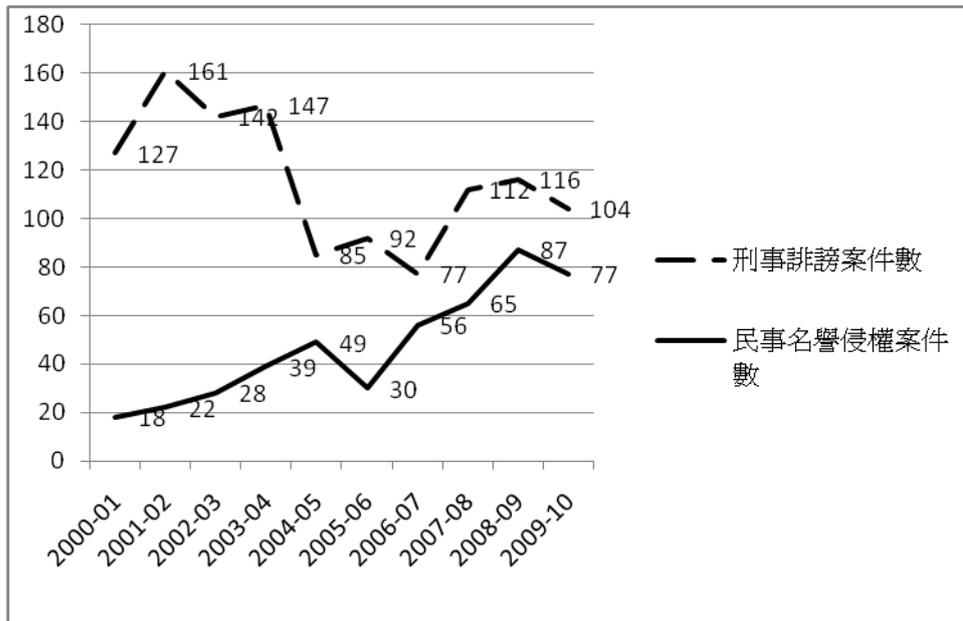
參、實證研究結果與討論

在報告邏輯迴歸結果之前，有二個背景事實值得注意。第一是民刑誹謗案件數量變化。在釋字第 509 號解釋公布後的十年間，刑事誹謗案件在臺灣高等法院的數量，儘管曾經歷一些劇烈震盪，但整體來講，如圖二所示，是呈現下滑的趨勢。相對而言，民事名譽侵權案件卻是大幅上升。2000 年時二者在數量上有大幅落差。刑事誹謗案件判決有 127 則，民事名譽侵權案件只有 18 則。到 2010 年為止已經相當接近：刑事誹謗案件判決有 104 則，民事名譽侵權案件有 77 則。由此可看出民事名譽侵權案件的重要性逐漸升高，儘管刑事誹謗案件在數量上仍然高於民事案件。當然，如果要精確地比較民刑誹謗案件數量，以瞭解被害人或原告的訴訟策略，調查第一審的民刑案件數量是重要的。畢竟上訴第二審的案件數量已經過上訴程序的篩選，不能夠反映原告最初的訴訟策略。不過，即便如此，我

²³王澤鑑教授也提出類似的清單，有高度參考價值。王澤鑑（註 14），頁 41。

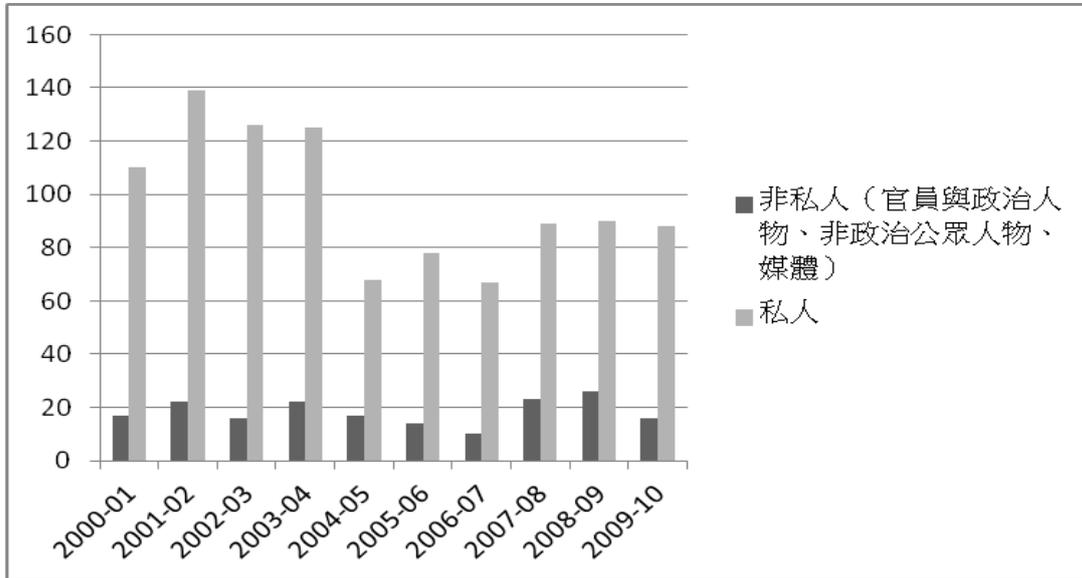
們仍然可以思考，如果被害人志在尋求名譽受侵害的補償，為什麼在 2000 年左右願意鏝而不捨在民事名譽侵權訴訟中上訴第二審的原告比例比起刑事案件低呢？一個可能的假設是，大部分誹謗受害人在意的不是金錢賠償，而是名譽的恢復。在釋字第 509 號解釋前的刑事案件中，關於言論不實課予行為人「相當於無過失責任」，且令其承擔舉證責任，被告被判有罪的機會很高。一旦取得有罪判決，被害人即已獲得所需的正義。比較不願意再付出時間精神提起民事訴訟。然而，釋字第 509 號解釋之後法制不穩定的情況，有可能相當程度改變了被害人的訴訟策略。使得民事名譽侵權訴訟越來越成為恢復名譽的重要策略。至於是什麼樣的法制架構變遷，造成當事人訴訟策略改變，正是下文要探討的。

圖二：臺灣高等法院民刑事誹謗案件數量圖

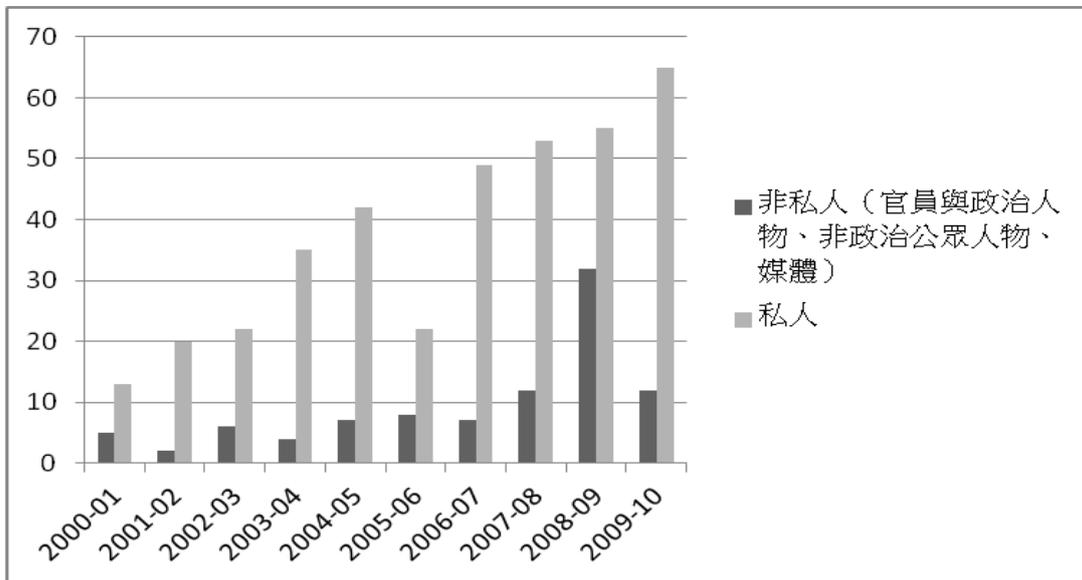


第二個背景事實是，在案件的組成上，被害人或原告為私人的案件佔了民刑誹謗案件的大多數。而且，私人案件為大宗的現象相當穩定，過去十年中並沒有明顯的變動。儘管政治人物或公眾人物的訴訟透過大眾傳播媒體乃是最為人熟知的訴訟類型，但是法院所接觸的案件實際上是以私人誹謗為大宗。這當然不意味著眾所矚目的政治性或公共誹謗案件比較不重要。畢竟，政治性或公共性誹謗案件中言論自由與名譽權的拉扯最為激烈，因此最有可能測試言論自由的邊界，進而塑造言論自由與名譽權的內涵。不過，大部分較少被注意到的私人誹謗案件，卻也可能會影響著法院，彰顯名譽權在社會生活中的重要性以及脆弱性。此背景事實，是接下來我們在觀察法制發展中必須記得的。

圖三：刑事誹謗被害人身分年度數量



圖四：民事名譽侵權被害人身分年度數量



表三：刑事誹謗案件故意過失判準程度分析

	Coef.	Std.Err.
雙年份--2002-2004	.189	.490
雙年份--2004-2006	.046	.524
雙年份--2006-2008	-2.015	.587 ***
雙年份--2008-2010	-3.656	.929 ***
法院--高本院	.245	1.041
法院--台中分院	-1.542	1.134
法院--台南分院	-1.639	1.186
法院--高雄分院	-2.085	1.150 *
原告—官員與政治人物	.635	1.678
原告—非政治性公眾人物	-13.528	6165.186
原告—媒體	.369	1.115
被告—官員與政治人物	-49.267	11405.090
被告—非政治性公眾人物	36.985	40663.059
被告—媒體	2.126	.769 ***
言論情境	.440	.586
泛藍v.泛藍	28.391	28998.338
泛藍v.泛綠	51.422	11405.090
泛藍v.不可辨	31.062	8717.253
泛綠v.泛藍	-14.142	10709.487
泛綠v.泛綠	30.495	18161.822
泛綠v.不可辨	2.223	1.012 **
不可辨v.泛藍	48.799	11405.090
不可辨v.泛綠	49.633	11405.090
官員政治人物v.官員政治人物	-58.524	57174.813
官員政治人物v.非政治公眾人物	-1.838	1.992
官員政治人物v.媒體	-1.126	1.995
官員政治人物v.私人	41.719	160649.537
非政治公眾人物v.非政治公眾人物	12.944	6165.186

全國性大眾媒體	.190	.723
地區性大眾媒體	-.930	1.399
網站、部落格、網路論壇	-.078	1.024
書籍	-1.275	1.333
文字圖畫小範圍傳播	.159	.624
非文字圖畫小範圍傳播	.582	1.247
信函（包括非大宗電郵）	.714	.744

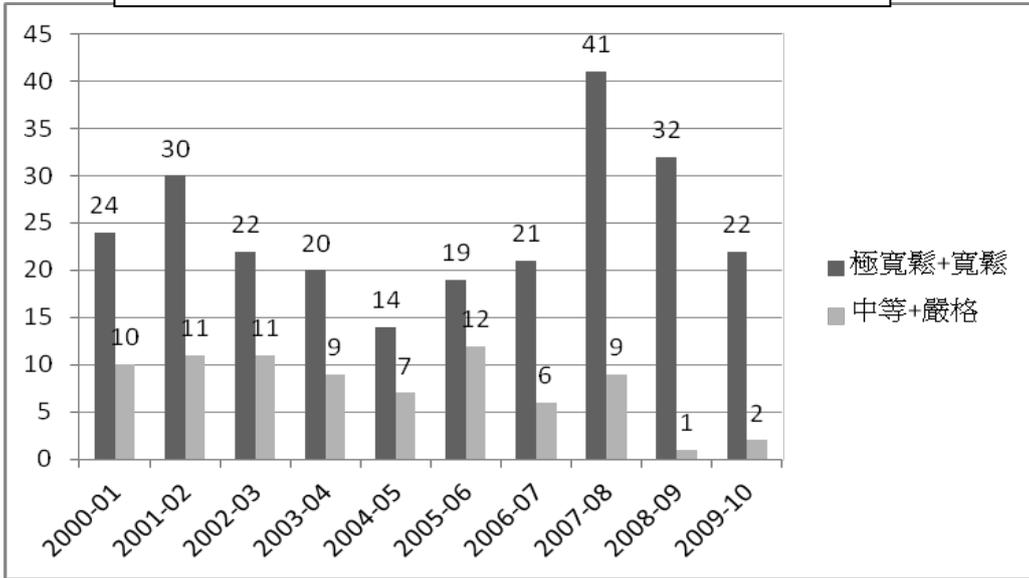
Note：1. *、**、***分別代表在10%、5%、1%之顯著水準下具統計上顯著性

2. N=323, -2 Log likelihood=227.897

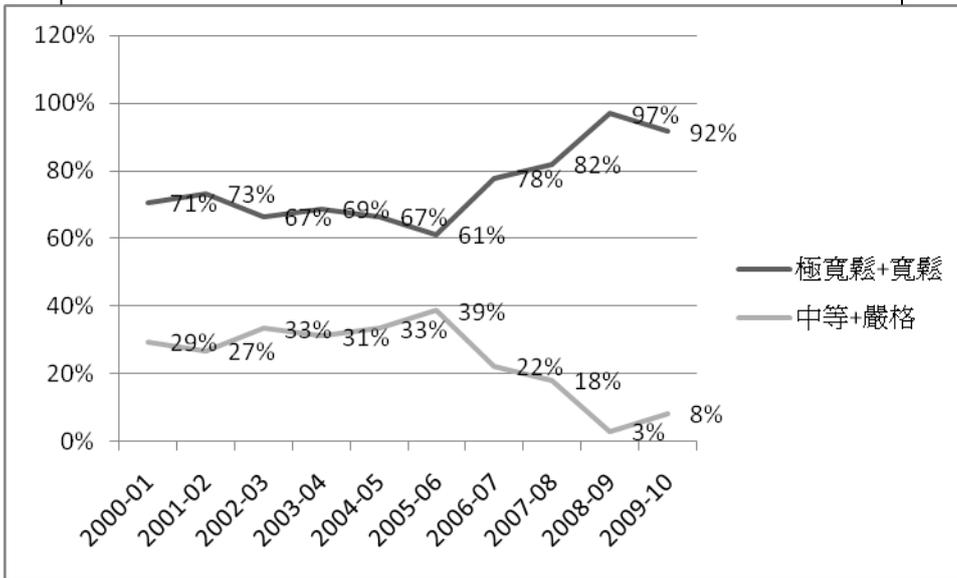
一、刑事誹謗案件故意過失程度判準對言論日趨寬鬆

在表三中，有兩個雙年份與法院所使用故意過失程度判準「高度相關」，這兩個雙年份分別是 2006-2008 年以及 2008-2010 年（迴歸係數分別為-2.015, -3.656）。其迴歸係數皆為負數，意味比較起參考年份 2000-2002 年，在這兩個雙年份中，依變項「故意過失程度」（0=寬鬆，1=嚴格）為 1 機率較低（且 2008-2010 比起 2006-2008 出現「嚴格」的機率明顯更低）。簡言之，起碼從 2006 年起，法院越有可能使用寬鬆的故意過失程度判準，而且 2008 年後法院使用「寬鬆」的機率更高。在迴歸分析的基礎上，我們可以從圖五、圖六中看到這樣的趨勢。圖五顯示「寬鬆」與「嚴格」在十年間的次數變化。圖六顯示「寬鬆」與「嚴格」的相對百分比在十年間的演進。特別從圖五中，我們可以看出，2006 年之後，「寬鬆」所佔比例持續升高，到了 2008-2010 兩年間，已經超過百分之九十。相對於圖三顯示誹謗案件被害人身分構成比例並沒有明顯的波動，可以看出，刑事案件在 2006 年後朝寬鬆的方向發展，是一個全面性的趨勢，並非案件組成的改變造成。這點當然必須透過迴歸分析才得到確認。但從圖六中，可以把這個趨勢具象化地表達出來。

圖五 2000-2010 刑事案件實際故意過失程度次數



圖六 2000-2010 刑事案件實際故意過失相對比例



在寬鬆的趨勢裡面，比較特別的是，被害人與被告的身分沒有顯著的影響。這似乎意味著法院在朝向寬鬆方向發展的同時，並沒有特別按照兩造身分去適用不同程度的故意過失判準。不僅被害人與被告身分個別沒有顯著影響，就算把被害人

與被告身分交叉，也沒有顯著影響。唯一的例外是被告為媒體的案件。當被告是媒體的時候，相關性相當顯著，且迴歸係數為正值，也就是說，法院越有可能採取嚴格的判準。這似乎與法院整體的潮流相反。不過，當筆者把媒體被告案件中故意過失判準與雙年度交叉列表後（表四），卻呈現出有趣的轉折。從 2000-2006 年間，媒體為被告之案件，法院採取較嚴格判準之比例大於採寬鬆判準的比例。然而，在 2006-2010 年似乎受到整體趨勢的影響，寬鬆判準的比例反大於嚴格比例，到了 2008-2010 年，其比例（90%）已經與整體案件中的寬嚴比例（92%）相當一致。換言之，媒體同樣受惠於 2006 年後對言論寬鬆的趨勢。

表四：刑事媒體被告法院採實際故意過失判準與雙年度

	寬鬆	嚴格	
2000-02	5	6	11
	45.5%	54.5%	100.0%
2002-04	3	4	7
	42.9%	57.1%	100.0%
2004-06	2	9	11
	18.2%	81.8%	100.0%
2006-08	11	9	20
	55.0%	45.0%	100.0%
2008-10	9	1	10
	90.0%	10.0%	100.0%
總和	30	29	59
	50.8%	49.2%	100%

接下來的發現是，外在因素對於故意過失程度的影響也相當有限。在各地法院的部分，只有臺灣高等法院高雄分院，比較起參考組花蓮分院，有不太顯著的傾向，更可能採用寬鬆的判準。在政黨屬性方面，只有「泛綠v.不可辨」這個因素，發現顯著的影響，法院更有可能採取較嚴格的故意過失判準。不過，這到底意味著什麼，卻不容易解釋。如果法院真有政黨偏見，這些偏見最應該顯現出來的案件類型應該是「泛藍v.泛綠」和「泛綠v. 泛藍」。當這兩個變項沒有顯著相關，「泛

綠v. 不可辨」很難有獨立解釋的意義。不過，為了慎重起見，筆者把這種類型的案件挑出來直接觀察其內容。此類型判決共有 23 則，其中 14 則的被告（被判斷為政黨屬性「不可辨」者）屬於媒體（而且這些判決都做成在 2008 年以前）。²⁴ 因此，很有可能這些案件是因其被告為媒體，因此法院傾向採用較嚴格判準。

²⁴ 包括如下媒體：蘋果日報、聯合報、中國時報（2）、寶島客家廣播電台、民視、胡忠信（新聞夜總會）、陳文茜（文茜小妹大）（2）、時報週刊、壹週刊（2）、世界論壇報、TVBS 週刊。

表五：民事名譽侵權案件故意過失判準程度分析

	Coef.	Std.Err.
雙年份--2002-2004	2.138	.952 **
雙年份--2004-2006	1.684	.910 *
雙年份--2006-2008	1.350	.876
雙年份--2008-2010	2.085	.883 **
法院--高本院	.396	1.284
法院--台中分院	.002	1.344
法院--台南分院	2.185	1.463
法院--高雄分院	.099	1.322
原告—官員與政治人物	.255	1.333
原告—非政治性公眾人物	.142	1.511
原告—媒體	20.694	40192.970
被告—官員與政治人物	-.615	1.211
被告—非政治性公眾人物	.200	2.065
被告—媒體	.101	.586
言論情境	-1.541	.530 ***
泛藍v.泛藍	-20.554	40192.970
泛藍v.泛綠	1.369	1.109
泛藍v.不可辨	-.376	1.033
泛綠v.泛藍	1.227	1.139
泛綠v.泛綠	.921	1.583
泛綠v.不可辨	1.793	1.167
不可辨v.泛藍	22.145	40192.970
不可辨v.泛綠	21.410	40192.970
官員政治人物v.官員政治人物	19.830	25614.000
官員政治人物v.非政治公眾人物	-.551	1.572
官員政治人物v.媒體	-2.148	1.770
官員政治人物v.私人	.258	1.696
非政治公眾人物v.非政治公眾人物	-43.058	56841.444

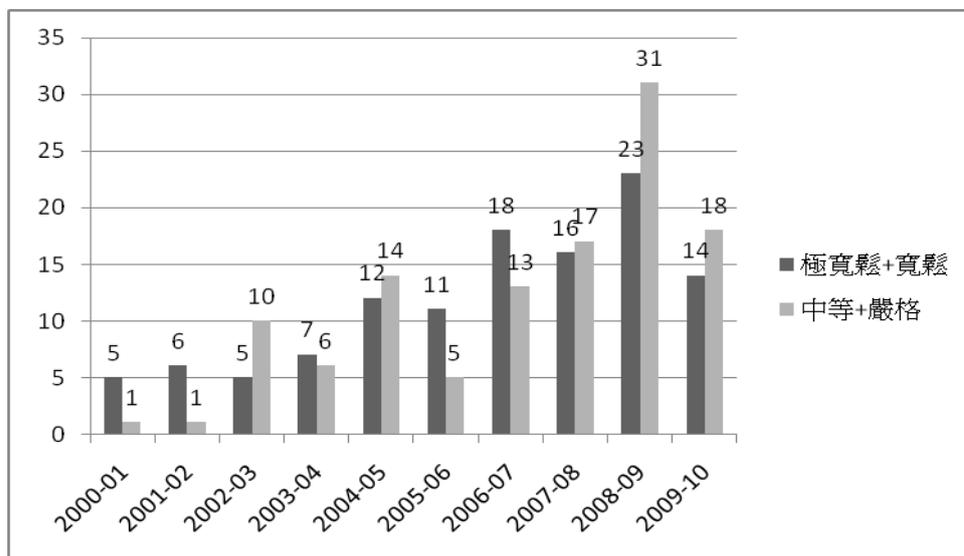
全國性大眾媒體	.595	1.392
地區性大眾媒體	22.024	40192.970
網站、部落格、網路論壇	1.038	1.402
公用資料庫	1.557	1.696
文字圖畫小範圍傳播	.382	1.403
非文字圖畫小範圍傳播	.565	1.511
信函（包括非大宗電郵）	.959	1.421

Note：1. *、**、***分別代表在10%、5%、1%之顯著水準下具統計上顯著性

2. N=232, -2 Log likelihood = 271.093

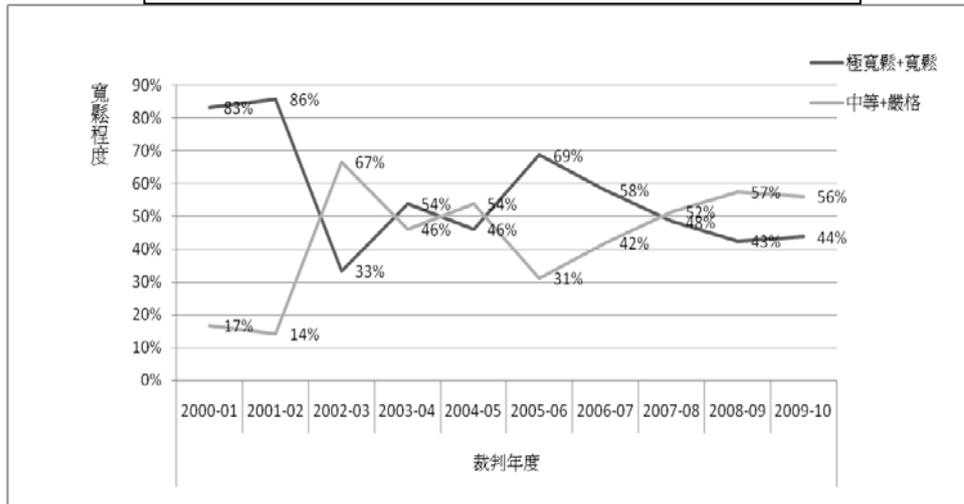
二、民事名譽侵權案件判準對言論較為嚴格

民事案件中，從表五的邏輯迴歸分析中，可以看出時間確實是顯著相關的因素。比較起參考年度（2000-2002），有三個雙年度，包括 2002-2004 年（係數 2.138）、2004-2006 年（係數 1.684）、2008-2010 年（係數 2.085），法院採取較嚴格的故意過失判準。然而，從迴歸係數看來，這十年來的演進可能並不像刑事案件一樣是一貫逐漸升高的過程。最後一個雙年份 2008-2010 年與第二個雙年份 2002-2004 年法院採取嚴格判準的機會是差不多的（2.022 v. 2.092）。在迴歸分析的基礎上，我們進一步從圖六與圖七來嘗試觀察寬鬆與嚴格數量以及比例上的變化。



圖六：名譽侵權案件

圖七：名譽侵權案件故意過失程度比例 2000-2010



整體來說民事

案件量是在成長的，所以寬鬆或嚴格的數量都有增長。就二者的比例而言，從「圖七」的「趨勢線」來看，「嚴格」的比例是緩慢的上升，「寬鬆」是平緩地下降。不過，這其中有需要小心的地方。開頭兩年的案件數量相當地少，2000-2001年只有六宗，2001-2002年只有七宗案件。這兩年的案件寬鬆比例因而比較缺乏統計學上意義，因此不妨排除這兩年來進行觀察。排除以後，「寬鬆」與「嚴格」的趨勢勢必更為平緩。接下來，如果直接觀察圖七中「寬鬆」與「嚴格」的折線，會發現 2005-2006 是很特別的一年。「寬鬆」的比例從 2002-2003 年的 33% 逐步上升，2005-2006 年到達高峰，之後則逐漸滑落，2007-2008 年開始比例上低於「嚴格」。相對而言，「嚴格」從 2005-2006 年開始逐漸上升，2008-2010 年兩年間皆以大約五成五的比例高於「寬鬆」的大約四成五。二者的差距並不算太大。總而言之，相對於刑事案件的發展趨勢在十年間「寬鬆」相當一致地上升而「嚴格」一路下降，民事案件的發展比較曲折，而沒有十年間一貫的趨勢。「寬鬆」在 2005-2006 年之前逐步上升，之後逐步下降；相對而言，「嚴格」一開始逐步下降，2005-2006 年之後逐步上升。另外一個看待圖七的方式是，把 2005-2006 年(或者加上 2006-2007 年)當成是「例外」。換言之，2002-2005 年以及 2007-2010 年這兩段時期才是民事案件中故意過失程度判準的主流。這個主流是，「嚴格」的比例略大於「寬鬆」，其比例大約是五成五比四成五。從這個詮釋角度來看，則值得進一步思考的是，2005-2007 年發生了什麼事，導致「例外」的產生。重點是，民事案件中，2007 年後的發展，明顯地與刑事案件分道揚鑣。民事案件「嚴格」的比例略高於「寬鬆」，但刑事案件中「寬鬆」的比例遠遠高於「嚴格」。「刑寬民嚴」成為近年來民刑誹謗法制的趨勢。

接下來，民事案件中原被告身分或者原被告身分交叉組合，沒有任何一個變項產生顯著的影響。此外，侵害名譽言論所使用的媒介也沒有顯著影響。而外在因素，包括法院以及原被告政黨也都沒有顯著影響。除了時間因素外，唯一有顯著影響的變項是「言論情境」。言論情境牽涉到特殊的發言脈絡，不見得被刑法第 311 條善意發表言論所涵蓋，包括「特殊親誼關係（家族內、配偶間等）」、「假扣押/強制執行/訴訟過程」²⁵、「議會議事」、「公司機關組織內部評估報告」、「向政府單位陳情」、「政府官員行使職務之發言」。從表四中看出，當言論發表於這些特殊情境脈絡時，有很高的機會法院會採用較為寬鬆的故意過失程度判準。這些言論情境，大致上可歸納為行為人有某種道德、法律或職業上的義務，或者為保護自身權益，必須針對他人發表意見。這表示法院正在逐步發展有別於刑法第 311 條善意發表言論之外的，類似普通法特權(common law privilege)，其未來發展值得注意。²⁶

三、小結

簡言之，本研究的發現是，民刑事誹謗案件實務，2000 年後經過一些曲折，大約 2007 年前後明顯地朝向不同的方向發展。刑事誹謗罪實務朝向對行為人比較寬鬆的方向（接近「故意」或「重大過失」責任），而民事名譽侵權實務朝向對行為人比較嚴格的方向（接近「抽象輕過失」）發展。這些發展中大致上沒有按照原被告的身分而有太大的差異。這個趨勢，筆者稱為「民刑誹謗二元體系」。所謂「二元」指的是針對「言論不實」，行為人之「故意過失」標準上的二元。在此大趨勢底下，筆者也在民事實務中發現細部的特殊發展，那就是法院逐漸發展出類似普通法上的阻卻違法事由，給予某些特殊言論情境（比如說，在機構組織內部的人事評估報告、親屬家族之間的談話、訴訟程序中的言論等等）中言論較大空間。

²⁵ 實務上，針對強制執行以及訴訟過程中所為言論，而提起名譽侵權訴訟者，並不少見。比如臺灣高等法院 97 年度上字第 822 號民事判決，此案上訴人主張被上訴人明知其並無債權存在，為逼迫和解而聲請假扣押裁定，至系爭建物強制執行，致伊等名譽、商譽因而受損。又比如，臺灣高等法院 98 年度上字第 834 號民事判決，案件事實牽涉到，被上訴人向基隆地方法院檢察署對上訴人提出偽造文書、背信及詐欺等告訴，上訴人主張損害其名譽。

²⁶ 普通法上特權分為絕對(absolute)與相對(conditional)。絕對特權意指只要符合相關條件，則絕對排除於責任範圍之外。相對特權是指，符合相關情狀，推定排除責任，除非能夠證明被告有高度的過錯(fault)，比如重大過失或者故意。相對於本研究問卷的普通法上的名譽侵權特權，大致包括 absolute privilege for participants in judicial proceedings, absolute immunity for participants in legislative proceedings, absolute privilege for spousal communications, absolute privilege for reports to the government, conditional privilege for reports on employees, conditional privilege for family relationships 等。完整說明請參閱 SMOLLA, *supra* note 9, at Ch.8.

肆、民刑誹謗二元體系在最高法院的發展

本文發現在臺灣高等法院部分，刑事誹謗以及民事名譽侵權法制近年來朝向不同方向發展。刑事誹謗罪實務朝向對言論較寬鬆的方向，而民事名譽侵權朝向較為嚴格的方向發展。筆者稱之為「民刑誹謗二元體系」（簡稱「二元體系」）。接下來要問的是，「二元體系」如何成形？臺灣高等法院並不是一個整體，除了各分院之外，諸多刑事及民事庭使判決來源相當分散。所以，如果過去這十年來，民刑事誹謗案件確有特定發展趨勢，首要的問題是，分散的民事及刑事庭是如何朝向類似的方向發展？這個問題在得上訴第三審民刑案件上很容易回答，那就是受到最高法院一致見解的拘束。最高法院的一致見解，無論以何種形式，諸如判例、民刑庭會議決議、或者在個別案件中形成一致見解，都會對下級法院產生程度不等的實質拘束力，藉以克服多數法庭的協調困境。但如本文導論提及，在民刑誹謗案件中，最高法院帶領趨勢的功能並不明顯。刑事誹謗案件屬於不得上訴第三審案件。而最高法院在名譽侵權領域又曾做出不一致的判決。如何解釋臺灣高等法院的趨勢的形成呢？為此，我們應更仔細觀察最高法院，以補足「二元體系」的圖像在最高法院部分的空缺。如果我們能夠在未見之處，發現最高法院見解的發展趨勢，則有比較好的理由，解釋為何臺灣高等法院諸多法庭如何克服多數行動者的協調困難，朝向一致的趨勢發展。值得注意者，即便在最高法院發現類似的趨勢，並不意味二元體系乃是最高法院的發明。仍有可能，二元體系的趨勢源頭來自某些下級法院的判決（當然這些判決也可能是參考學說見解或者律師訴狀而來），因其見解的優越性或者因其數量逐漸增多，而為最高法院逐漸採用。不過，最高法院一旦採用某種見解，卻能將特定見解的影響力放大，因而引領更多下級法院採用該見解。

最高法院是法律審，本文實證研究的測量方法，並不適用，因為本文的測量方法是針對事實審在法律判準與事實適用間的綜合判斷。最高法院發揮影響力的方式，主要是透過其見解，需透過判決內容分析加以辨識。「二元體系」在本文實證研究中，乃是以「寬鬆」與「嚴格」之對比呈現。但是「寬鬆」與「嚴格」並非法律用語，在觀察最高法院判決時，我們要辨認能夠顯露「故意過失」程度的法律概念。針對釋字第 509 號解釋「相當理由確信真實」，實務與學說上有兩種主要的解釋模式，以進一步確認其「故意過失」程度。這兩種模式只是常見的典型，實務上容有其他的表述。第一種模式是「真正惡意」模式。此模式最主要的權威來源，乃是蘇俊雄與吳庚大法官在釋字第 509 號解釋的協同意見書。蘇大法官指出「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。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」。此二見解雖然並未使用「真正惡意」一詞，但一般認為與美國聯邦最高法院在New York Times v. Sullivan案所提出的「真正惡意」(actual malice)原則頗有互通之處²⁷，因而以「真正惡意」稱之。第二種模式是「合理查證」。林鈺雄教授曾在一篇重要的論文中認為，「相當理由確信真實」原則創設「合理查證」作為阻卻違法事由。²⁸此二模式分別對應不同的「故意過失」程度。「真正惡意」約相當於「故意」(或可包括「重大過失」，端視其如何論述「真正惡意」內涵)，而「合理查證」比較浮動。其可以用來配合「真正惡意」而為互補操作，但也可包含「故意及過失」。²⁹ 以下筆者也將針對「真正惡意」、「故意」、「合理查證」或「過失」等關鍵概念加以觀察。

一、刑法誹謗罪

刑法誹謗罪雖屬不得上訴第三審案件，但是經高等法院二審確定之案件，如果有非常上訴之事由，經當事人聲請，檢察總長仍可對最高法院提起非常上訴。因而，針對極少數的案件，最高法院仍有機會表達見解。從司法院法學資料檢索系統中，筆者檢索到的，在釋字第 509 號解釋公布之後做成的誹謗罪非常上訴判決只有七筆，包括最高法院 90 年度台非字第 155 號、90 年度台非字第 350 號、91 年度台非字第 219 號、92 年度台非字第 3405 號、92 年度台非字第 271 號、93 年度台非字第 108 號，及 93 年度台非字第 162 號刑事判決。其中僅有最高法院 93 年度台非字第 162 號刑事判決(2004 年 7 月 15 日做成)提及對「相當理由確信真實」原則的進一步詮釋。此案牽涉到大廈管理委員會與住戶之間的言語糾紛。最高法院以二審判決理由並未違背法令為由，駁回非常上訴。而二審判決理由要旨如下：「憲法賦予人民言論自由，俾使得以實現自我、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，司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋即本此意旨，認國家對言論自由應給予最大限度之維護，故為『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』之闡釋，而刑法於第三百十一條將特定情形免除於刑法罪責之外，亦係本此相同之旨趣所為之規定，是以對於誹謗罪阻卻刑罰之標準，應從寬採取『合理評論原則』及『實際惡意』原則。所謂『實際惡意』原則在應用上，係謂表意人對於具體事實有合理之懷疑或推理，而依其個人主觀之價值判

²⁷ 參見法治斌(註 22)，頁 300。

²⁸ 林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明—兼評大法官釋字第 509 號解釋，台大法學論叢，32 卷 2 期，頁 96 (2002 年)。

²⁹ 許家馨(註 1)，頁 103。

斷，公平合理地提出主觀之評論意見，且非以損害他人名譽為惟一之目的者，不問其評論之事實是否真實，始可推定表意人係出於善意，得免去刑責之處罰。反之，苟表意人對於具體事實之評論已逾合理範圍，而達貶損他人名譽之程度，自非不得以妨害名譽罪相繩。」值得注意的是，二審法院認為釋字第 509 號解釋的故意過失內涵為「實際惡意」，且適用於純粹私人間糾紛之案件。而最高法院維持原審判決的法律見解。當然，這不代表最高法院自身亦持相同見解。最高法院僅認為原審法院之法律見解並未「顯然違背法律明文所定」。不過，在此類案件不得上訴第三審的情況下，這種罕見的非常上訴判決或許可能發揮一般情況下所沒有的影響力。起碼，最高法院 93 年度台非字第 162 號刑事判決傳達的訊息是，最高法院不認為「實際惡意」有「顯然違背法律明文所定」，因此，下級法院持此見解者可以通過該院的審查。

儘管如此，最高法院 93 年度台非字第 162 號刑事判決中的關鍵論述，畢竟不是最高法院自己的見解，其影響力較為可疑。問題是，最高法院有沒有其他機會針對刑法誹謗罪表達自身見解呢？為此我們要觀察另外一種類型的刑事案件，那就是公職人員選舉罷免法第 104 條：「意圖使候選人當選或不當選，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」以及總統副總統選舉罷免法第 90 條：「意圖使候選人當選或不當選，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」之案件（以下略稱「選舉誹謗」案件）。此類案件得上訴第三審，筆者從司法院法學資料檢索系統中從 2000 年 7 月 7 日（釋字第 509 號解釋公布日）迄今，以構成要件要素「散布謠言」為關鍵字剔除不相關者，得到 225 則判決。若再進一步就這些判決中進行篩檢，會發現釋字第 509 號解釋對「選舉誹謗」案件的影響力是逐步擴散的。在釋字第 509 號解釋公布後的五年間，只有四則判決引用該號解釋。³⁰但在接下來的七年間，有 18 則判決引用該號解釋。³¹相對於判決總數，引用該號解釋的判決比例乍看之下或許不高。但是，由於並非所有判決爭點皆牽涉到行為人的主觀不法程度，因此若剔除爭點無關之判決，或許釋字第 509 號解釋的影響力比乍看之下更高些。

³⁰ 最高法院 91 年度台上字第 4955 號、92 年度台上字第 722 號、93 年度台非字第 303 號、94 年度台上字第 975 號、94 年度台上字第 5247 號刑事判決。

³¹ 最高法院 94 年度台上字第 5390 號、96 年度台上字第 949 號、96 年度台上字第 3384 號、97 年度台上字第 998 號、97 年度台上字第 1241 號、97 年度台上字第 1881 號、97 年度台上字第 4613 號、97 年度台上字第 6156 號、98 年度台上字第 866 號、98 年度台上字第 2329 號、98 年度台上字第 4331 號、99 年度台上字第 560 號、99 年度台上字第 5033 號、100 年度台上字第 898 號、100 年度台上字第 3376 號刑事判決。

在這些判決中，最高法院刑事第五庭在 2005 年 9 月 22 日做成 94 年度台上字 5247 號刑事判決，是早期援引釋字第 509 號解釋判決中，論述較為詳盡者。儘管釋字第 509 號解釋並非針對「選舉誹謗」而為解釋，但最高法院在此判決中，明確援引該號解釋，並針對其在「刑法誹謗罪」中之適用做出進一步的詮釋，認為在刑法誹謗罪上「相當理由確信真實」意味著「行為人就其發表之言論所憑之證據資料，雖非真正，但其提出過程並非因惡意或重大輕率，而有相當理由確信其為真正」（類似於「真正惡意」原則之內涵），並進一步認為此意旨應一併適用於「選舉誹謗案件」。其判決要旨如下：「推其（筆者按：釋字第 509 號解釋）對於刑法第三百十條第三項解釋意旨，僅在減輕被告證明其言論（即指摘或傳述誹謗事項）為真實之舉證責任，但被告仍須提出「證據資料」，證明有理由確信其所為言論（即指摘或傳述誹謗事項）為真實，否則仍有可能構成誹謗罪刑責。而「證據資料」係言論（指摘或傳述誹謗事項）之依據，此所指「證據資料」應係真正，或雖非真正，但其提出並非因惡意或重大輕率前提下，有相當理由確信其為真正者而言。申言之，行為人就其發表之言論所憑之證據資料，雖非真正，但其提出過程並非因惡意或重大輕率，而有相當理由確信其為真正，且應就所提出之證據資料，說明依何理由確信所發表言論之內容為真實，始可免除誹謗罪責……」。同理，公職人員選舉罷免法第九十二條之罪，所謂「散布謠言或傳播不實」之事，均以散布、傳播虛構具體事實為構成要件，自亦有上開說明之適用。」此判決做成後，有諸多下級法院判決加以援引，不僅是選舉誹謗案件，也包括刑法誹謗罪案件。³²

此判決做成後，另外一則重要的「選舉誹謗」判決是最高法院 97 年度台上字第 998 號刑事判決（裁判日期：2008 年 3 月 13 日），此判決與 94 年度台上字 5247 號判決一樣，同時對於誹謗罪表達見解，更進一步言明釋字第 509 號解釋採用「真正惡意」原則，並且應一體適用於刑法誹謗罪及選舉誹謗案件中，其要旨如下：「言論自由為憲法所保障之人民基本權，法律固應予以最大限度之維護。惟惡意散布謠言，傳播不實之言論，反足以破壞憲法所保障之基本權，依憲法第二十三條規定，自應予合理之限制。而刑法第三百十條之誹謗罪及公職人員選舉罷免法第九十二條之處罰規定，即屬法律對於非法言論所加之限制。又司法院釋字第五〇九號解釋明確揭示行為人縱不能證明其言論內容為真實，然若能舉出相當證據

³² 如臺灣高等法院 100 年度上易字第 2570 號、99 年度上易字第 2441 號、99 年度上易字第 1807 號、98 年度上易字第 2357 號、98 年度上易字第 2974 號、98 年度上易字第 275 號、97 年度上易字第 1745 號、97 年度上易字第 1110 號、97 年度上易字第 678 號等刑事判決；臺灣高等法院高雄分院 99 年度上易字第 891 號、97 年度上易字第 772 號、96 年度上訴字第 7 號刑事判決等等。

資料足證其有相當理由確信其言論內容為真實者，因欠缺犯罪故意，即不得遽以誹謗罪相繩，亦即採取「真正惡意原則」。從而行為人對於資訊之不實已有所知悉或可得而知，卻仍執意傳播不實之言論，或有合理之可疑，卻仍故意迴避真相，假言論自由之名，行惡意攻訐之實者，即有處罰之正當性，自難主張免責。」此判決也被下級法院在誹謗罪判決中廣泛引用。³³ 特別值得注意者，此判決做成後，最高法院選舉誹謗案件明確採用真正惡意原則，或引用此判決要旨者，時有可見，比如最高法院 98 年度台上第 4331、98 年度台上字第 7672 號、99 年度台上字第 560 號判決、100 年度台上字第 898 號、100 年度台上字第 3376 號等刑事判決。加上最高法院「選舉誹謗」案件中，並沒有其他衝突的見解，比方說拒絕真正惡意而採取可能包含過失的「合理查證」原則。因此，「真正惡意」已經成為最高法院刑事庭詮釋釋字第 509 號解釋在刑事案件中的主流。

最高法院 94 年度台上字 5247 號及 97 年度台上字第 998 號兩則「選舉誹謗」判決的論述都相當精緻，也廣被引用。儘管直接引用該等判決字號的下級法院誹謗罪判決占判決總數比例不見得很高，但是其例稿被參照的擴散效應可能遠比直接加以援引之判決廣泛，因此最高法院「選舉誹謗」判決影響力「溢流」到下級法院誹謗罪判決的現象很可能是存在的。如果上述推斷有其合理性，則從時間上來看，臺灣高等法院 2006 年後朝向「寬鬆」的發展與最高法院 94 年度台上字 5247 號做成的時間（2005 年 9 月 22 日）大致上是吻合的。而從圖六來看，臺灣高等法院採用「寬鬆」判準的判決數量達到最高峰時，是 2008-2009，大致上也與 97 年度台上字第 998 號判決日期（2008 年 3 月 13 日）吻合。筆者無意在此論斷因果關係，指稱臺灣高等法院的趨勢乃是最高法院「選舉誹謗」判決「溢流」所致。因為，雖然「溢流」的現象存在，但我們無法確知「溢流」的效果到底有多大。但最起碼我們可以說，最高法院的發展與筆者所觀察到臺灣高等法院的發展趨勢是一致的。

二、民事名譽侵權法

民事名譽侵權是可以上訴第三審的案件。本文導論曾提及，過去十年中最高法院曾做出不一致的判決。最重要的 90 年度台上字第 646 號「判例」。此判例隻字未

³³ 如臺灣高等法院 98 年度上易字第 2188 號、99 年度上訴字第 271 號、99 年度上易字第 1807 號刑事判決；臺灣高等法院臺中分院 98 年度上易字第 676 號刑事判決；臺灣高等法院臺中分院 100 年度上易字第 1075 號刑事判決；臺灣高等法院臺南分院 99 年度上易字第 503 號刑事判決；臺灣高等法院高雄分院 99 年度上易字第 1323 號刑事判決；臺灣高等法院花蓮分院 100 年度上易字第 29 號刑事判決等。

提釋字第 509 號解釋，且固守民法第 184 條侵權行為的過失責任架構，其要旨如下：「按名譽權之侵害非即與刑法之誹謗罪相同，名譽有無受損害，應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據，苟其行為足以使他人之社會上之評價受到貶損，不論其為故意或過失，均可構成侵權行為，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。」90 年度台上字第 646 號判決在 2003 年 6 月 10 日經最高法院 92 年度第 10 次民事庭會議決議成為判例。但一年多後最高法院民事第四庭於 2004 年 9 月 29 日做成的 93 年度台上字第 1797 號判決，卻偏離判例而明確採用釋字第 509 號解釋以及「真正惡意」原則：「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）原則所揭禁之旨趣無悖。」判例以及判決之間的衝突使得民事名譽侵權案件所採取的故意過失判準，可以在過失責任、重大過失責任或故意責任之間跳躍游移。

惟本研究發現臺灣高等法院大約在 2007 年後傾向「嚴格」（傾向「過失」）的方向發展，而非往「寬鬆」（傾向「故意」）的方向發展。應如何解釋此發展呢？是因為判例本身的拘束力強於判決，因此，90 年度台上字第 646 號判例的路線終於勝出嗎？然而，如果最高法院自己可以做出與判例不一致的判決，下級法院為何要固守判例呢？倘若 93 年度台上字第 1797 號判決的「真正惡意」路線並非個案，該院某些民事庭有意加以採用，下級法院同樣會為了避免見解被推翻而採用「真正惡意」路線。所以，關鍵在於，最高法院過去不一致的見解，是否在十年間一直在各庭之間產生衝突？或者最高法院在近年來已經逐漸趨向一致的見解，儘管這種共識並沒有透過某種更公開的方式被說明？為此，我們必須全面研究最高法院的名譽侵權民事判決，以辨認其中的趨勢。

筆者在另一篇論文中地毯式地研究了 2000 年後所有最高法院名譽侵權判決，並針對其中言論不實的歸責原則在 2000 年後的發展，區分為三個階段。³⁴第一階段稱為「奠基期」，時間上大約從 2000 年到 2004 年上半年。此階段最高法院處理的案件型態以私人誹謗案件為主。因此，90 年度台上字第 646 號判決（案件

³⁴以下參考許家馨（註 14），頁 211-230。

事實牽涉私人間違約爭議)在 2003 年 6 月 10 日經最高法院 92 年度第 10 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。這個時期終結於眾所矚目的「呂秀蓮訴新新聞」案 93 年度台上字第 851 號民事判決。此判決牽涉國家副元首與重要新聞媒體,在考慮是否構成侵權行為時,言論自由與新聞自由必須給予重要的比重。儘管如此,最高法院民事第三庭仍然堅守「判例」的「過失責任」路線,但認為應「從輕酌定」新聞媒體工作者之「善良管理人注意義務」。

第二階段稱為「震盪期」,此時期大約從 2004 年下半年到 2006 年底。此一時期與前一個時期不同,最高法院所處理的案件性質包含許多政治性的名譽侵害案件。代表性判決是最高法院民事第四庭在 2004 年 9 月 29 日所做成的 93 年度台上字第 1979 號判決。如前所述,此判決的重要性在於其明確採取了「真正惡意」原則,而與 90 年度台上字第 646 號判例之「過失責任」路線相左。在接下來的一系列判決,包括 94 年度台上字第 2000 號(台北縣板橋市浮洲里里長選舉爭議)、95 年度台上字第 2365 號(謝長廷訴邱毅)民事判決中,民事第四庭繼續採用「真正惡意」作為言論不實的歸責條件。值得注意的是,同時期沒有其他比較重要的判決,因此民事第四庭的一系列「真正惡意」判決成為該時期的主流。

第三階段稱為「重整期」,大約從 2007 年初迄今。這段時期始自最高法院民事第四庭在 95 年度台上字第 2365 號判決(尤清訴王建煊)中,放棄真正惡意,明確支持 90 年度台上字第 646 號判例,回歸過失責任,其要旨如下:「按民法上名譽權之侵害非即與刑法之誹謗罪相同,名譽有無受損害,應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據,苟其行為足以使他人之社會上之評價受到貶損,不論其為故意或過失,均可構成侵權行為(本院九十年度台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。」在接下來幾年間,採用「真正惡意」之判決已經極為少見。其發展的特徵是以「過失責任」為主軸,而在具有高度公共性或政治性的案件中,放鬆「善良管理人的注意義務」程度,大抵採取 93 年度台上字第 851 號新新聞案判決所採取的路線,接受釋字第 509 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，此時期重要判決包括，比如 96 年度台上字第 35 號、96 年度台上字第 855 號，97 年度台上字第 970 號、98 年度台上字第 1129 號民事判決等。³⁵

儘管最高法院曾經做出不一致的判決，但是根據上述研究，最高法院的發展其實有可辨識的不同發展階段，且各階段有可辨認的主流趨勢。若下級法院對於最高法院見解演變的趨勢有相當的敏感性，則臺灣高等法院在 2008 年以後走向「嚴格」的趨勢與最高法院 2007 年後「重整期」回歸「過失責任」大概是一致的。儘管臺灣高等法院的趨勢與最高法院的趨勢有大約一到兩年的時間差，也就是說，臺灣高等法院大約在一到兩年之後反映最高法院的趨勢。這樣的時間差大致上相當合理，畢竟，面對最高法院曾經做出的不一致判決，下級法院需要一段時間摸索，才能確定最高法院當前的趨勢為何。但不只是「重整期」，筆者觀察到的前兩個時期「奠基期」與「震盪期」，大致上也與本文臺灣高等法院的實證研究大約一致。本文發現，2002-2004 年這個時期其實與 2008-2010 年一樣，都是傾向「嚴格」。2002-2004 年這段時期，正好反映最高法院初期以 90 年度台上字第 646 號判例「過失責任」主流見解，傾向嚴格。2004 年下半年起一直到 2006 年底乃是最高法院的「真正惡意」時期，而這段時期經過一到兩年的時間差，剛好反映在 2004-2006 年「嚴格」的機率稍減，且 2006-2008 年相對最為較寬鬆的時期。換言之，納入時間差之後，本文實證研究所發現的趨勢與最高法院的各階段發展有相當的一致性。

最高法院與臺灣高等法院發展有高度一致性，並不意味著本文對於臺灣高等法院的實證研究是多餘的，好像我們一開始直接研究最高法院即可。理由是，第一，針對刑法誹謗罪的部分，因其是不得上訴第三審案件，最高法院審理非常上訴案件非常稀少。雖然我們事後發現最高法院在「選舉誹謗」案件上的判決可能發揮了強大的影響力。但若僅看最高法院「選舉誹謗」判決，由於罪名不同，我們無法推論最高法院的見解會影響到下級法院另外一種案件的判決。唯有同時掌握上下級法院的全貌，我們才能夠推測最高法院「選舉誹謗」判決的見解可能有「溢流」到高院誹謗罪的現象。第二，在名譽侵權案件方面，當最高法院曾做出不一致的判決，我們不確定下級法院是否能夠清楚掌握發展趨勢。必須同時全面研究最高法院與高等法院判決，才能夠確認趨勢的存在及其可能的關連。

³⁵ 許家馨（註 14），頁 227-228。

伍、民刑誹謗二元體系影響之初步評估

民刑誹謗二元體系對相關法制發展有何影響？本文核心題旨是確認法制發展趨勢，因此無法對其影響做深入探究。但本文提出以下初步觀察，以供讀者參考。

一、「違法性」與「有責性」判斷架構之選擇

從法釋義學的角度來看，最高法院在 2004 年 4 月 29 日做成 93 年度台上字第 851 號民事判決（呂秀蓮 v. 新新聞案），主張釋字第 509 號解釋「乃係針對刑法第三百十條誹謗罪之規定有無抵觸憲法保障人民言論自由基本權之疑義所為解釋。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。」這段論述對於爾後的發展，做了最清楚的預告。更精確地說，法院逐漸接受釋字第 509 號解釋之後，「言論不實」被拉進「客觀不法」要件，因而行為人對其「知與欲」的程度，必須透過「故意過失」的概念體系加以操控。在刑法誹謗罪僅處罰故意，而民事侵權故意過失皆有責的架構下，誹謗罪朝向「真正惡意」發展，而名譽侵權朝向「過失」發展，有相當的合理性。問題是，這樣的發展在法釋義學上是合理的嗎？

確實，這樣的法釋義學推理並不是理所當然的。上文曾提過，前大法官王澤鑑教授認為：「本諸法秩序的統一性，釋字第 509 號解釋意旨，尤其是行為人的查證義務於民事侵權行為亦應有其適用。」³⁶ 而一體適用的方法，王澤鑑教授認為，就是在民刑事案件都以「合理查證」作為阻卻違法事由。³⁷ 王老師明確的認為關於「言論不實」行為人主觀的「知與欲」之程度的衡量應該放在「違法性」，以「合理查證」作為阻卻違法事由來處理，而不是以有責性（民事侵權）中的「有責性」（故意過失）來處理。實務見解與王澤鑑老師的見解是有扞格的。

筆者認為，這幾年實務選擇採用「故意過失」來處理「相當理由確信真實」原則的具體化，有其合理性。主要原因在於，誹謗案件無論民刑，最重要的爭點，就是言論是否屬實，若屬不實，行為人對此不實到底在多大的程度上應該負責。而此負責的程度問題，牽涉到行為人的行為（是否以及多少查證）以及主觀態度（對於不實有多少程度的知與欲）。比方說，行為人是否「明知不實」（直接故意）；

³⁶ 王澤鑑（註 5），頁 141。

³⁷ 王澤鑑（註 14），頁 33；陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，155 期，頁 190-192（2008 年）。

或者明知很有可能不實，仍不顧一切加以指摘傳述（間接故意）；或者對於「不實」雖無「知」與「欲」，但因高度不負責任，行為嚴重偏離對他人名譽權有關切之人所會為之查證工作（重大過失）；或者並無「知」與「欲」但因未能善盡對他人名譽權之注意義務，而導致所言不實（抽象輕過失）；或者其他「知與欲」之型態。在民刑誹謗案件中，對於行為人是否構成犯罪或侵權行為，這些不同的知與欲的程度會造成很不一樣的判斷。我們必須有足夠細緻的概念架構來區分並掌握這些不同的知與欲之程度。「合理查證」可以作為判斷「故意過失」的重要面向之一，但是卻無法取代「故意過失」的完整概念體系。實務見解意味著，相關判斷應該統攝於「故意過失」的架構下綜合判斷，而不應該切割為「合理查證」作為阻卻違法事由，以及「故意過失」。如此可透過「誹謗罪處罰故意、名譽侵權故意過失皆有責」的法律架構，事先把構成民刑責任的行為人「知與欲」程度確定下來，而不會在個案中隨著法官對於「相當理由確信真實」或者「合理查證」的理解不同而浮動。³⁸

二、未來的法釋義學挑戰

近幾年來，透過各級法院的努力，對於構成誹謗罪或名譽侵權的「故意過失」程度之內涵，已經有更為具體的發展。在刑事的部分，明顯朝向「真正惡意」發展。最高法院 97 年度台上字第 998 號刑事判決對真正惡意與誹謗故意的詮釋已經相當精緻：「從而行為人對於資訊之不實已有所知悉或可得而知，卻仍執意傳播不實之言論，或有合理之可疑，卻仍故意迴避真相，假言論自由之名，行惡意攻訐之實者，即有處罰之正當性，自難主張免責。再者，行為人就其所指摘或傳述之事，應盡何種程度之查證義務，始能認其有相當理由確信其為真實，而屬善意發表言論，應參酌行為人之動機、目的及所發表言論之散布力、影響力而為觀察，倘僅屬茶餘飯後閒談聊天之資者，固難課以較高之查證義務；反之，若利用記者會、出版品、網路傳播等方式，而具有相當影響力者，因其所利用之傳播方式，散布力較為強大，依一般社會經驗，其在發表言論之前，理應經過善意篩選，自有較高之查證義務，始能謂其於發表言論之時並非惡意。因此，倘為達特定之目的，而對於未經證實之傳聞，故意迴避合理之查證義務，率行以發送傳單、舉行記者會、出版書籍等方式加以傳述或指摘，依一般社會生活經驗觀察，即應認為其有惡意。」此段論述，可能成為奠定未來誹謗罪主觀不法程度判準的基礎。

³⁸ 對此議題完整的論述，請參照許家馨（註 14），頁 231-238；呂麗慧，論名譽權保護與言論自由保護的平衡與衝撞，高大法學論叢，6 卷 2 期，頁 168-173（2011 年）。

在名譽侵權的部分，最高法院 90 年度台上字第 646 號民事判例、93 年度台上字第 851 號民事判決，則在「過失責任」的基礎上奠定了相當穩固的基礎。近年來的判決則在該基礎上，可以繼續精緻化考量「善良管理人注意義務」的相關因素，比如 98 年度台上字第 1129 號民事判決：「民法上名譽權侵害之成立要件，被害人對行為人陳述事實為不實之消極事實，本不負舉證責任，上開攸關侵害他人名譽『阻卻違法性』之合理查證義務，自應由行為人依個別事實所涉之『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』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。」

未來在法釋義學上的挑戰，在刑事部分，乃是如何進一步具體化真正惡意的「重大輕率」或者誹謗故意所包含之「間接故意」的內涵。因為，相當於「直接故意」「故意虛構」的內涵是比較清楚的。但「間接故意」或者「重大輕率」，如何在操作上不會滑落到「過失」，需要更精確的概念建構。同時，由於釋字第 509 號解釋沒有區分案件的公共性高低，法院是否以及如何如何在既有法律的框架下，區分高度公共性案件和低度公共性案件，是需要審慎考量的。在民事部分，儘管很多政治性名譽侵權判決都主動吸收了釋字第 509 號的精神與論述，但因不直接受到該解釋拘束，因此可在侵權行為法的框架中，嘗試針對高低公共性的案件，加以區別處理。但是在「過失責任」的前提下要如何區別，需要進一步的研究。³⁹

三、二元體系與政治環境的影響

跳脫法釋義學上的課題，若觀察民刑誹謗二元體系的成因，筆者認為不能排除政治環境的影響。對此筆者只能指出一點粗淺觀察。在刑事部分，最高法院「選舉誹謗」判決對於下級法院「刑法誹謗罪」產生重要影響，而最高法院認為釋字第 509 號解釋在「刑法誹謗罪」與「選舉誹謗」案件應掛勾處理，同採「真正惡意」原則。「選舉誹謗」案件正是不折不扣的「政治性誹謗」(political libel)案件，處理的是公職人員選舉過程中的誹謗行為。值得思索的是，如同圖三所示，「刑法誹謗罪」案件中，絕大部分是屬於私人之間的誹謗行為。然而，最高法院卻是在政治性的「選舉誹謗」案件中，表達對於「刑法誹謗罪」案件的見解，很有可能最高法院所形成的見解是在高度政治性誹謗案件中形成的思考。況且，最高法院

³⁹ 此方面的研究，請參閱許家馨（註 14），頁 238-254；呂麗慧，我國民事侵害名譽權「公共性」因素之考量—以「個案判斷」與「類型化」為中心，法學新論，5 期，頁 35-49（2008 年）。

一系列重要的「選舉誹謗」判決（94 年度台上第 5247 號、97 年度台上字第 998 號判決），其中論理並未止於強調「刑法誹謗罪僅處罰故意誹謗」這樣單純的法釋義學推論，反而，我們看到的是，最高法院論述釋字第 509 號解釋的精神，而認應該同時體現在「選舉誹謗」與「刑法誹謗罪」案件中。其論理體現對憲法言論自由與名譽權價值的衡量，而非僵硬的法律推理。換言之，說「選舉誹謗」案件中的高度政治性，影響了最高法院對於「刑法誹謗罪」的理解，進而影響了下級法院「刑法誹謗罪」實務，應是合理的推論。

在名譽侵權的部分，當然最高法院判決並未限於政治性誹謗案件。尤其 90 年度台上字第 646 號判例，就是一宗典型的私人間誹謗的案件。但是，2004 年到 2006 年間一系列最高法院民事第四庭的「真正惡意」判決，卻都是高度政治性的誹謗案件。因此，雖然名譽侵權案件最高法院最後的「過失責任」立場，並非由政治性誹謗案件所決定，但最高法院在 2004 到 2006 年間的立場轉折，關鍵卻是高度政治性的誹謗案件。筆者不是說，最高法院受到政治的「不當」影響，好像法院懷抱政治偏見，並未依法審判。反而，筆者要指出的可能性是，在案件「公共性」程度對於應如何適用法律有很大影響的「民刑誹謗案件」中，最高法院法律見解的形成，很可能受到高度政治性誹謗案件所架構出來的視野的影響，而反映出最高法院對於如何妥當平衡言論自由與名譽權之判斷。

四、二元體系的社會效應—「棄刑就民」訴訟策略的出現

關於民刑誹謗二元體系的社會效應，近來已經可以觀察到其對於政治人物行動策略的影響。特別是在眾所矚目的政治性誹謗案件中，原告常常採取「棄刑就民」的訴訟策略。⁴⁰因為名譽侵權訴訟故意過失皆有責，被告敗訴的機會較高，因此對於原告來說是較為有利的訴訟手段。不過，這只能說明民事名譽侵權的使用率會提高，不見得能夠解釋刑事訴訟的使用率會降低。傳統上，「以刑逼民」反而是比較常見的訴訟策略。此種訴訟策略除了旨在對被告施加壓力以提高和解的機率之外，還包括證據保全上的考量，因為透過刑事告訴可以透過檢察官所掌握的

⁴⁰ 比如 2011 年總統大選前，壹週刊爆料馬英九總統 9 月 10 日嘉義密會組頭，馬英九上午正式委由律師向法院提出名譽侵權訴訟。不過，馬總統捨刑事而告民事，也引起新聞媒體討論。聯合晚報評論認為：「應是經過律師沙盤推演，刑事誹謗的構成要件趨向嚴謹，講求被告的故意，但民事若有如藍營所指的加碼爆料，程度就已逾越評論的範圍，即便是過失，也屬侵權。」董介白，馬為何捨刑事告民事？，聯合晚報，2011 年 11 月 12 日 A3 版；類似情況，還有陳致中參選高雄市議員前，被壹週刊報導召妓後，也採取類似的策略，熊迺祺，陳致中不告刑事 想像空間更大，聯合報，2010 年 7 月 29 日 A4 版。

公權力蒐集並保全證據，這是民事訴訟中原告所欠缺的權能。「以刑逼民」是一般類型案件中比較常見的狀況。然而，在誹謗案件中，當刑法誹謗罪的構成要件門檻逐漸提高成為接近故意的「真正惡意」，則被告勝訴的機會大幅提高，又若告訴人或自訴人最主要的目標是希望透過判決傳達其清白的信息，並非取得金錢賠償，則其使用刑事訴訟程序來達成目標的難度會提高，使用率就可能降低，使用上也必須更加謹慎。畢竟，如果採取「以刑逼民」，但在民事與刑事案件中得到不一致的判決結果（比如原告民事勝訴，但被告在刑事案件中無罪），又若原告真正在乎的是透過法院判決對社會傳達「被告所言並無實據」這樣的訊息，則民刑案件判決結果的不一致，會導致所傳達的社會訊息混淆，反而不利於原告所欲達成之目的。

這樣的考量，不見得僅限於高度政治性的案件，私人間的名譽侵害訴訟也有可能存在。而這樣的預期，與本文圖二中所顯示的趨勢大概是一致的。在臺灣高等法院部分，2000年後初期，刑事誹謗訴訟的數量遠遠高於民事名譽侵權訴訟。十年之間，誹謗罪案件的數量呈現持續下滑的趨勢，而名譽侵權案件的則呈現持續上升的趨勢。當然，從圖二看出，這個趨勢直到2010年為止，仍未呈現「交叉」，但已大幅拉近二者數量上的差距。本文資料無法得知名譽侵權訴訟原告與誹謗罪訴訟告訴人或自訴人有多大程度重疊。因此，我們還不能說「棄刑就民」是普遍的現象。只能說，當名譽侵害被害人在乎判決的社會效應遠勝於對加害人的報復時，則在「民刑誹謗二元體系」底下，「棄刑就民」的機會會升高。

五、二元體系對政治言論市場的意涵

「民刑誹謗二元體系」對於政治言論市場可能有正面的意涵。讓我們設想其他的可能性。首先，面對近年來逐漸擴散的不負責任的爆料文化與謠言政治，如果民刑誹謗法制同朝「真正惡意」發展，則品質日益惡化，新聞專業倫理逐漸淪喪的言論市場，將缺乏有力的法制加以規範，藉以發展客觀的行為標準。須知絕大部分的誹謗案件都不會是「故意虛構」。不負責任的發言者多半起碼會舉出一些道聽途說的素材，作為其發言的依據。雖然「真正惡意」在理論上也可以對「輕率疏忽不顧真偽」課責，可是根據筆者觀察，實務上採取「真正惡意」但判決被告有責者，數量相當稀少。這是因為目前仍未見法院針對真正惡意中的「重大輕率疏忽」之意義加以深入探討。以致於，在很多實務案件中，「真正惡意」幾乎就等同於「故意虛構」。因而對被告來說十分容易逃脫。如果民事也採取這樣的標準，則不負責任的發言者將難以制裁，也很難重建政治言論市場的秩序。

再者，民刑誹謗法制在釋字第 509 號解釋「相當理由確信真實」原則底下一起朝向「相當於」或「傾向於」「過失」的「合理查證」模式作為阻卻違法事由發展，在法律解釋上並不是完全不可行的。然而，不負責任的爆料文化以及水準低落的新聞媒體並不是唯一的問題。同時，臺灣社會的另一挑戰乃是，政府不受信任，政治高度對立、甚至政府最高層級的濫權腐敗，有可能需要一個完全不受箝制的言論市場，透過自由即便有些過份的公共資訊傳播來監督政府。於是，我們的社會面臨兩難的局面。一方面，不成熟的媒體與不負責任的爆料文化需要對於言論比較嚴格的法制加以管制；另一方面，對於政府監督的需要以及高度對立的政治生態又要求對言論採取比較寬容的措施。民刑誹謗法制同時朝過失方向發展對公共言論來說，可能是太嚴格的管制。

面對此兩難局面，民刑誹謗二元體系可能是最妥當的方案。社會非難程度較高，因而「寒蟬效應」危險較大的刑事誹謗罪部分，採取對言論者最寬鬆的「真正惡意」模式，而在非難程度較低，而著重合理分配損害及社會生活風險的名譽侵權行為法制，則採取比較著重客觀行為規範的「合理查證」模式。如此一來，一方面避免對於言論市場太過強烈的箝制，但另一方面，法院仍然負擔起引導社會規範形成的功能，並且給予名譽受侵害者妥當的救濟，甚至協助釐清事實。換言之，民刑誹謗二元體系可以互補不足。當刑法誹謗罪著重於處罰惡性最為重大，高度不負責任的發言者時，民事侵權法制可以著重於建構這個社會所需要的關於公共領域言論的客觀發言標準。更進一步，刑事誹謗罪告訴人希望透過檢察官運用公權力為其蒐集證據。因此，檢察官在刑事誹謗案件中的角色相當重要。然在一個政治高度對立，朝野政黨彼此高度不信任，而且政府濫權的疑慮嚴重的社會中，限縮刑法誹謗罪責任的範圍，並且讓檢察官僅僅針對內涵比較簡單的「真正惡意」做判斷，避免操作「合理查證」這種包含複雜價值判斷的概念，可以避免政府濫權透過檢察官打壓政敵或新聞媒體，是此二元體系的另外一個潛在的好處。

陸、結語

透過實證研究，本文嘗試辨識民刑誹謗法制在釋字第 509 號解釋公佈之後的發展趨勢。之所以要採取實證研究的方法，除了因為無法直接從最高法院得知法制的發展趨勢之外，更因為筆者看重過去十年各級法院在法規範不明的情況下，所進行的「法續造」工作。學界有機會透過深入觀察這一個法制的實驗場，瞭解很多

單純透過學理思辯無法得知的豐富的實務運作實況，進而對法規範的設計有所裨益。民刑誹謗法制的發展，無論透過學理推論或者借鑑比較法，有很多種可能性。比方說，民刑誹謗都可以採取「合理查證」的模式。也可都採用「真正惡意」模式。如今，我們發現民刑誹謗採取了不同的發展方向，朝向「刑鬆民嚴」也就是刑事朝向故意，民事朝向過失的方向發展。任何想要影響實務發展而提出特定規範主張者，都不應該忽視實務的現況。各方或許可以不同意這樣的發展，也可以認為這樣的發展並非體現憲法價值的最佳走向。然而，我們不能忽略某種力量正形塑著這樣的發展。在加以批判之前，我們最好先瞭解這股力量到底是什麼。本文所做的工作僅是辨識這樣的走向。並且提出初步的解釋。這是頗為不起眼的一步。卻是不可或缺的一步。盼望更多優秀的研究者能夠比本文走得更遠，從其他研究取徑挖掘這十年法制發展經驗的豐富意涵。

最後，筆者要說明本研究的侷限。本實證研究所要測量的焦點是故意過失程度的判準。本研究的測量尺度的設計，是為了因應法制發展初期混亂的局面，法院判決常常無法精確地說明其故意過失程度判準，導致僅僅觀察判決例稿文字無法得知法院判決真正的走向。經過了十年的發展，筆者相信法院正在發展更為精緻的法律見解。當誹謗法制逐漸成熟，本文的測量也就會失去其必要性。因為吾人不再需要代替法院判斷其實際上所採用的故意過失程度判準。

參考書目

中文文獻

1. 王澤鑑 (2007), 人格權保護的課題與展望 (三) — 人格權的具體化及保護範圍 (四): 名譽權 (下), 臺灣本土法學, 90 期, 頁 21-43。
2. 王澤鑑 (2010), 侵權行為法, 初版再刷, 台北: 三民書局。
3. 李念祖 (2005), 從釋字第 509 號解釋論「陳述不實」是否為「誹謗罪」之構成要件—兼論社會變遷中言論自由憲法解釋對刑法及其解釋之影響, 收於: 憲法解釋之理論與實務第四輯, 頁 233-290。
4. 呂麗慧 (2008), 我國民事侵害名譽權「公共性」因素之考量—以「個案判斷」與「類型化」為中心, 法學新論, 5 期, 頁 35-49。
5. 呂麗慧 (2010), 民事侵害名譽權之類型化研究, 臺灣法學雜誌, 145 期, 頁 165-171。
6. 呂麗慧 (2011), 論名譽權保護與言論自由保護的衡平與衝撞, 高大法學論叢, 6 卷 2 期, 頁 131-192。
7. 法治斌 (2003), 保障言論自由的遲來正義—評司法院大法官釋字第 509 號解釋, 收於: 法治國家與表意自由, 頁 289-302, 台北: 正典文化。
8. 林鈺雄 (2002), 誹謗罪之實體要件與訴訟證明—兼評大法官釋字第 509 號解釋, 台大法學論叢, 32 卷 2 期, 頁 67-104。
9. 林鈺雄 (2009), 新刑法總則, 2 版, 台北: 元照。
10. 姜世明 (2004), 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。
11. 許家馨 (2006), 釋字第 509 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 102-127。
12. 許家馨 (2012), 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, 政大法學評論, 128 期, 203-260。
13. 陳聰富 (2008), 論侵權行為法之違法性概念, 月旦法學雜誌, 155 期, 頁 155-195。

英文文獻

1. Epstein, Richard., 2004. *Cases and Materials on Torts*. New York, New York: Aspen Publishers
2. Erin, A. Charles and Suzanne Ost. 2007. *The Criminal Justice System and Health Care*. New York: Oxford University Press
3. Kenyon, Andrew T.. 2007. *Defamation Comparative law and Practice*. Oxford: UCL Press.
4. Smolla, Rodney A.. 2008. *Law of Defamation*. New York: Thomson Reuters.
5. Von Bar, Christian. 2009. *Principles of European Law: Non-contractual liability arising out of damage caused to another*. Oxford: Oxford University Press.

區分本刑

N. 有無宣告緩刑？ 0. 無 1. 有

O. 若是無罪判決，其理由

1. 欠缺散佈於眾之意圖 2. 誹謗事實為真 3. 相當理由確信真實
 4. 善意發表言論（刑 311） 5. 混和「相當理由確信真實」及「善意言論」
 6. 其他_____

P. 若有援引§ 311，是第_____款？

- 1 因自衛、自辯或保護合法之利益者。
- 2 公務員因職務而報告者。
- 3 對於可受公評之事，而為適當之評論者。
- 4 對於中央及地方之會議或法院或公眾集會之記事，而為適當之載述者。

Q. 有無因適用§ 310 III 後段（涉於私德而與公共利益無關者，不在此限），而處罰誹謗言論？

0. 無 1. 有

R. 適用「相當理由確信真實」時，對行為人課予注意義務程度

1. 極寬鬆 2. 寬鬆（合理懷疑） 3. 中等（利害衡量） 4. 嚴格（推定過失）

1. 極寬鬆的典型：

- (1). 「加上問號就可以誹謗」然系爭競選文宣廣告中於「圖利財團」四字後面仍然保留「？」字樣，顯然仍屬疑問句，而不致使客觀第三人誤認為上訴人圖利財團之肯定語氣
- (2) 「引用既有報導不算誹謗」蓋該項報導，是上開報紙於八十六年十二月間，業經報導而存在之事實，若其足以貶損上訴人在社會上之評價，亦已早有定論，不因被上訴人之引用，或未加「否認」二字，致上訴人在社會上之

評價，再度發生貶損之效果

(3) 「用動機混淆查證義務」上訴人既非當時台北縣長之候選人，並非被上訴人競選之對象，是系爭廣告之用意非在貶損上訴人之社會評價，已至明顯

(4) 「如果報導有訪問被誹謗者，就是平衡報導」且該新聞報導之內容，業經同時報導上訴人澄清之談話內容，為上訴人所自認，並不生貶損上訴人社會評價

2. 寬鬆：典型是「合理懷疑」：張俊宏主張李敖於八十九年四月三日至四月五日「李敖挑戰」節目中所為言論，誣指伊以入閣為交換條件，與陳水扁共同密謀消滅環球電台、聯合迫害言論自由，係侵害伊之名譽權等情，李敖則以當時正值第十任總統大選期間，其係基於合理之懷疑與個人之分析，並無惡意等語置辯。

3. 中等：典型是「利害衡量」----衡量查證成本、言論性質、名譽侵害嚴重性、等等

4. 嚴格：典型是推定誹謗言論不符事實是有過失，然後考慮是否多一點查證就可以避免錯誤。

S. 法院是否因被告是媒體而降低注意義務？

0. 無 1. 有

T. 若有降低被告注意義務（真正惡意或其他），是否有特定適用範圍？

0. 無 1. 有新聞價值、公眾有興趣 2. 公共性領域言論
 3. 政治性言論 4. 原告為政府官員或公眾人物 5. 其他_____

U. 若有援引「合理評論原則」（或「意見」與「事實」之區分，或可受公評之事為適當評論），其適用上定位

1. 獨立解決案件 2. 影響其他要件，特別是注意義務

V. 適用上寬鬆程度： 1. 寬鬆 2. 中等 3. 嚴格

1. 寬鬆：

(1) 典型一：言論屬意見表達，如係善意發表，對於可受公評之事，而適當之評論者，不問事之真偽，均難謂係不法侵害他人之權利，尚難令負侵權行為損害賠償責任。

(2) 典型二：只要是情緒性言詞，比如「王八蛋」都是屬於意見

2. 嚴格：嚴格按照林子儀老師「合理評論原則」進行：要件有四：(一) 必須為一種「意見」表達，而非事實陳述 (二) 所評論者必須為與公眾利益有關事項 (三) 所評論所根據或所評論之事實必須隨同評論一併公開陳述，或已經為眾所周知 (四) 動機並非以毀損背評論人名譽為唯一目的
3. 中度：所有無法歸類於「寬鬆」或「嚴格」者

W. 判決是否認定被告直接故意虛構事實？（因而無法看出注意義務程度）

0. 無 1. 有

H. 被告（加害人）身分：

1.高階中央政府官員或中央民意代表 2. 直轄市長與縣市長及民意代表

3. 政黨或其他重要政治人物（高知名度政治性公眾人物，比如李登輝、王作榮）

4.前三項之眷屬 5. 其他政府官員 6. 非政治性公眾人物 7. 媒體

人（記者、主持人、報社主筆等） 8. 媒體機構 9. 一般私人

I. 被告（加害人）政黨屬性

1. 泛藍 2. 泛綠 3. 不可辨

J. 特殊聽眾脈絡或範圍

1. 無特殊脈絡 2. 特殊親誼關係（家族內、配偶等） 3. 假扣押/強執/訴訟 4. 議會議事 5. 公司機關組織內部評估報告 6. 向政府單位陳情

K. 誹謗言論傳播媒體

1. 全國性大眾媒體 2. 地區性大眾媒體 3. 其他小範圍傳播，如擴音器、傳單、演講 4. 網路公開論壇 5. 寫信（包括 Email） 6. 口語
 7. 資料庫 8. 書籍

L. 判決結果（若有多個誹謗言論，只要有一個成立損賠責任，就算原告勝訴）

1. 原告（被害人）勝訴 2. 被告（加害人）勝訴

M. 原告勝訴賠償慰撫金額度_____（以「萬元」為單位）」

N. 有無財產上損害賠償？ 0. 無 1. 有

O. 若有財產上損害賠償，額度？_____

P. 是否命為恢復名譽必要措施？ 0. 無 1. 有

Q. 何種措施？

1. 登報道歉 2. 登電子媒體廣告道歉 3. 記者會 4. 其他_____

R. 有無適用釋字 509 號解釋之「相當理由確信真實」原則：

0. 無 1. 有

S. 是否援引「真實惡意」(或「真正惡意」)原則？

0. 無 1. 有

T. 適用「過失責任」或「相當理由確信真實」或「真實惡意」，以確定行為人是否負損害賠償之責時，對行為人課予注意義務程度

1. 極寬鬆 2. 寬鬆 (合理懷疑) 3. 中等 (利害衡量) 4. 嚴格 (推定過失)

1. 極寬鬆的典型：

(1). 「加上問號就可以誹謗」然系爭競選文宣廣告中於「圖利財團」四字後面仍然保留「？」字樣，顯然仍屬疑問句，而不致使客觀第三人誤認為上訴人圖利財團之肯定語氣

(2) 「引用既有報導不算誹謗」蓋該項報導，是上開報紙於八十六年十二月間，業經報導而存在之事實，若其足以貶損上訴人在社會上之評價，亦已早有定論，不因被上訴人之引用，或未加「否認」二字，致上訴人在社會上之評價，再度發生貶損之效果

(3) 「用動機混淆查證義務」上訴人既非當時台北縣長之候選人，並非被上訴人競選之對象，是系爭廣告之用意非在貶損上訴人之社會評價，已至明顯

(4) 「如果報導有訪問被誹謗者，就是平衡報導」且該新聞報導之內容，業經同時報導上訴人澄清之談話內容，為上訴人所自認，並不生貶損上訴人社會評價

2. 寬鬆：典型是「合理懷疑」：張俊宏主張李敖於八十九年四月三日至四月

五日「李敖挑戰」節目中所為言論，誣指伊以入閣為交換條件，與陳水扁共同密謀消滅環球電台、聯合迫害言論自由，係侵害伊之名譽權等情，李敖則以當時正值第十任總統大選期間，其係基於合理之懷疑與個人之分析，並無惡意等語置辯。

3. 中等：典型是「利害衡量」---衡量查證成本、言論性質、名譽侵害嚴重性、等等

4. 嚴格：典型是推定誹謗言論不符事實是有過失，然後考慮是否多一點查證就可以避免錯誤。

U. 法院是否因被告是媒體而降低注意義務？

0. 無 1. 有

V. 若有降低善良管理人注意義務（包括採用「真正惡意」或「相當理由確信真實」），是否有特定適用範圍？

0. 無 1. 新聞媒體 2. 可受公評之事或公共領域事項 3. 政治性言論 4. 原告為政府官員或公眾人物 5. 其他_____

W. 是否有適用特殊免責事由（刑法第 311 條類推、憲法第 73 條立委言論免責、憲法第 101 條監委言論免責）？

0. 無 1. 有

X. 若有，第幾款？ _____

附註一：

- 1 因自衛、自辯或保護合法之利益者。
- 2 公務員因職務而報告者。
- 3 對於可受公評之事，而為適當之評論者。
- 4 對於中央及地方之會議或法院或公眾集會之記事，而為適當之載述者。
- 5 憲法第 73 條立法委員言論免責權

6 憲法第 101 條監委言論免責

Y. 若有援引「合理評論原則」(或「意見」與「事實」之區分，或可受公評之事為適當評論)，其適用上定位

- 1. 獨立解決案件
- 2. 影響其他要件，特別是注意義務

Z. 適用上寬鬆程度： 1. 寬鬆 2. 中等 3. 嚴格

附註：

1. 寬鬆：「不問事之真偽」：

(1) 典型一：言論屬意見表達，如係善意發表，對於可受公評之事，而適當之評論者，不問事之真偽，均難謂係不法侵害他人之權利，尚難令負侵權行為損害賠償責任。

(2) 典型二：只要是情緒性言詞，比如「王八蛋」都是屬於意見

2. 嚴格：嚴格按照林子儀老師「合理評論原則」進行：要件有四：(一) 必須為一種「意見」表達，而非事實陳述 (二) 所評論者必須為與公眾利益有關事項 (三) 所評論所根據或所評論之事實必須隨同評論一併公開陳述，或已經為眾所周知 (四) 動機並非以毀損被評論人名譽為唯一目的

3. 中度：所有無法歸類於「寬鬆」或「嚴格」者

AA. 若被告勝訴，其主要理由：

- 1. 欠缺散佈於眾之意圖
- 2. 誹謗事實為真
- 3. 未違反注意義務
- 4. 善意發表言論 (刑 311)
- 5. 混和「未違反注意義務」及「善意言論」
- 6. 罹於請求權時效
- 7. 未減損社會評價
- 8. 未為誹謗行為

AB. 判決是否認定被告直接故意虛構事實？(因而無法看出「過失」之注意義務程度)

- 0. 無
- 1. 有

