

言論自由（下）

湯德宗 教授

◎憲法有聲書

目 次

壹、～參、（見前講）

肆、比例原則（於言論自由）之適用

一、確認權利保護範圍

■ 系爭活動為「言論」？抑或「行為」(speech versus conduct)？

(一) 象徵性言論(symbolic speech)：富有表達意味的行為

(二) 緘默權(right to remain silent) v. 被迫言論(compelled speech)

(三) 違憲條件(unconstitutional conditions)：誘惑或強制(inducement v. coercion)

二、系爭政府行為構成言論自由之「限制」(abridgement)？

(一) 禁止與事前審查

(二) 民事責任與禁止賠償

(三) 被迫言論(compelled speech)

三、管制（限制）的形式？

(一) 事前審查(prior restraint)

1. 定義

《對話憲法·憲法對話》

2. 法院命令

3. 許可制度

(二) 涵攝過廣(over-breadth) 與有欠明確 (vagueness)

1. 涵攝過廣

1.1 substantially overbroad

1.2 unconstitutional as applied to others

2. 有欠明確

3. 「涵攝過廣」與「有欠明確」之關係

(三) 「以言論內容為基礎的管制」(content-based regulations)或

「與言論內容無關的管制」(content-neutral regulations; time, place and manner restrictions)

1. 區別意義

2. 認定方法

2.1 「觀點中性」(viewpoint neutral)且

「事項中性」(subject matter neutral)

2.2 政府須以言論內容為基礎作成抉擇時，仍須「觀點中性」

四、司法尊重(judicial deference)的程度-- 違憲審查基準選定

伍、指標案例操演

一、釋字第一〇五號解釋／407, 414（事前審查制度）

■ 出版法 §§ 40, 41 合憲？

(一) 確認權利保護範圍：言論抑或行為？

Ω：出版品屬「言論」之範圍

(二) 系爭政府行為構成言論自由之「限制」？

Ω：出版法 §40, 41 授權新聞局撤銷出版品之出版許可，為對言論自由之「限制」

(三) 限制之形式？

Ω：撤銷發行許可，使出版品無法發行，屬「事前限制」

1. 事前限制應採「高標」→

1.1 系爭限制手段係為追求（實現）極優越（極重要）之政府利益(compelling government interests)？

Ω 系爭規範殆無極優越之政府利益存在

1.2 所採限制手段須係為達成系爭目的「所必要且量身定作」(necessary and narrowly tailored means to achieve a compelling state interest)，從而為「限制最少的手段」(the least restrictive means to further the claimed governmental interests)？

Ω 既欠缺「優越之政府利益」，乃無庸論究「手段必要性」

→ 系爭限制應為「違憲」

2. 本件解釋實際採取「低標」，大法官全然尊重立法之判斷

二、釋字第三六四號解釋（頻道之公平分配&平等接近媒體權）

Q 廣電法修正草案不開放電波頻道，侵害言論自由？

(一) 確認權利保護範圍：「言論」抑或「行為」？

解釋文：「以廣播及電視表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍」

(二) 系爭政府行為構成言論自由之「限制」？

解釋文：「廣播電視無遠弗屆，對於社會具有廣大而深遠之影響。故享有傳播之自由者，應基於自律觀念善盡其社會責任，不得有濫用自由情事。其有藉傳播媒體妨害善良風俗、破壞社會安寧、危害國家利益或侵害他人權利等情形者，國家自得依法予以限制。廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨佔，國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定，藉此謀求廣播電視之均衡發展，民眾亦得有更多利用媒體之機會。」

(三) 限制之形式？

廣播電視業者未獲電波頻率，即無法播送節目，故頻道分配屬「事前限制」；惟無線廣播具有資源稀缺性，應降低審查標準→ 低標

解釋理由書：「廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨佔，國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定」。

1. 系爭限制乃為追求（實現）合法之政府目的 (legitimate government end)？

Ω 解釋理由書：「享有傳播之自由者，應基於自律觀念善盡其社會責任，不得有濫用自由情事。其有藉傳播媒體妨害善良風俗、破壞社會安寧、危害國家利益或侵害他人權利等情形者，國家自得依法予以限制」。

2. 系爭限制係為達成合法目的之合理手段 (rational means)?

Ω 解釋理由書：「國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定」。

Ω 人民有「平等接近使用傳播媒體」權 v. 媒體編輯自由權。

三、釋字第四四五號解釋（政治言論）

Q 集遊法 §§ 6, 8 & 11 款規定合憲？

(一) 確認權利保護範圍：言論抑或行為？

1. 系爭事實與集會遊行自由有關，屬廣義表現自由範疇，且
2. 為政治性言論，應受高度保障

(二) 系爭政府行為構成「限制」

1. 集遊法 §6：「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」
2. 集遊法 §8：「室外集會、遊行，應向主管機關申請許可。」
3. 集遊法 §11：「申請室外集會、遊行，除有左列情事之一者外，應予許可：
 - 一、違反第六條或第十條規定者。
 - 二、有明顯事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益者。
 - 三、有明顯事實足認為有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞者。
 - 四、同一時間、處所、路線已有他人申請並經

許可者。

五、未經依法設立或經撤銷、廢止許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者。

六、申請不合第九條規定者。」

(三) 限制之形式

1. 集遊法 §6 禁止集會遊行之特定言論，當屬「以言論內容為基礎的管制」→ 應採「高標」審查
2. 集遊法 §8 規定室外集會遊行應經許可，乃對集會遊行之「事前限制」→ 應採「高標」審查
3. 集遊法 §11

3.1 §11-①：違反第六條（主張共產主義或分裂國土）規定者，不予許可乃「事前限制」，且為「以言論內容為基礎的管制」→ 應採「高標」審查

3.1.1 系爭限制係為極優越的國家利益？

Q 該言論危害「國家安全」？

3.1.2 有無其他限制較少的手段？

Ω 釋字 445 於此未有討論

3.2 §11-②, ③：其他利益優先

→ 有欠明確

Ω 解釋文：「同條第二款規定…第三款規定…有欠具體明確」

3.3 其他限制 (§§10、§11-④, ⑤, ⑥) 屬「與言論內容無關之管制」

→ 應採「低標」甚或「中標」審查。

Ω 解釋文泛謂「均屬防止妨礙他人自由、為

持社會秩序或增進公共利益所必要」，肯認其為「合法」(或「重要」)之目的，未審究系爭限制是否為達成各該目的之「合理」(或「實質關連」)手段

四、猥褻言論

(一) 釋字第四〇七號解釋

Q 行政院新聞局有關刑法 §235「猥褻」物品認定之函釋合憲否？

1. 確認權利保護範圍

Ω 系爭函釋「係就出版品記載內容觸犯刑法第二百三十五條猥褻罪，違反出版法第三十二條第三款之禁止規定，應依同法第三十七條、第三十九條第一項第三款及第四十條第一項第四款處罰所為例示性解釋」(解釋理由書參見)涉及「猥褻出版品」之認定，屬言論自由之範圍

2. 系爭政府行為「限制」言論自由？

Ω 散佈刑法 §235 之「猥褻」物品，構成犯罪；依出版法並得禁止出版。已構成對言論自由之「限制」。

3. 管制之形式

3.1 禁止出版，屬「事前限制」→「高標」

審查

Ω 本件解釋多數意見就此未有討論。惟吳庚大法官之協同意見書有言：「若建立事先檢查之機制，使唯有執政者喜好或符合其

利益之言論及出版品得以發表或流傳，其屬違反上開憲法意旨，應予禁絕之行為，實毋須辭費」。

3.2 系爭函釋(調「出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪，以左列各款為衡量標準：甲、內容記載足以誘發他人性慾者。乙、強調色情行為者。丙、人體圖片刻意暴露乳部、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者。丁、刊登婦女裸體照片、雖未露出乳部、臀部或性器官而姿態淫蕩者。戊、雖涉及醫藥、衛生、保健、但對性行為過分描述者)乃「以言論之內容為基礎所為之管制」→應採「高標」審查；惟「猥褻言論」屬「低價值言論」，應降低保護程度(甚或不予保護)

4. 司法尊重程度

4.1 本件解釋殆採「低標」

Ω 解釋理由書：系爭「函釋本身未對人民出版自由增加法律所未規定之限制，與憲法尚無抵觸。又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進」

4.2 本件解釋重新定義猥褻

解釋文：「猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵犯性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之」

(二) 釋字第六一七號解釋

Q 刑法 §235 違憲？

1. 權利保護範圍

Ω 系爭法律界定猥褻出版品，自屬言論自由範圍

2. 系爭政府行為構成限制言論自由？

Ω 刑罰屬言論自由之限制（刑法 §235-I：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀賞、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金」）

3. 限制之形式

3.1 系爭規定乃「以言論之內容為基礎所為之管制」

→ 應採「高標」審查；

惟「猥褻言論」屬「低價值言論」→應降低保護程度（甚或不予保護）

3.2 系爭規定之內容「有欠明確」？

解釋文[4]：「刑法第二百三十五條規定所稱猥褻之資訊、物品，其中「猥褻」雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之

描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（本院釋字第四〇七號解釋參照），其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背」

3.3 補充「猥褻」定義

解釋文[3]：「刑法第二百三十五條第一項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為」

4. 司法尊重程度（違憲審查基準選定）

4.1 本件殆採「低標」

解釋文[2]：「為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。惟為貫徹憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨，除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律加以限制者外，仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流

通者，予以保障。」

Q 「社會多數共通之性價值秩序之維護」應優先於社會「少數性文化族群（依其性道德感情與認知而為）之性言論自由」？憲法人權清單豈非為保障社會少數之價值認知，免於遭受社會多數之侵害？

五、釋字第四一四號解釋（商業言論）

Q 藥事法 §66-I（藥物廣告之刊播應經核准）是否違憲？

（一）權利保護範圍之確認

系爭法律乃藥物廣告之規範，屬言論自由範圍。

（二）系爭規定構成言論自由之限制？

藥事法 §66-I：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，聲請省（市）衛生主管機關核准」

（三）限制之形式

1. 刊播「核准」屬「事前審查」→ 應採「高標」審查

2. 「核准」與否視其內容而定，乃「以言論之內容為基礎所為之管制」→ 應採「高標」審查；
惟因藥物廣告有誤導公眾、妨害國民健康之可能
→ 應降低保護程度

解釋文：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範」

（四）司法尊重程度（違憲審查基準選定）

1. 本件解釋多數意見殆採「低標」

Ω 僅檢視目的正當（解釋文：「旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要」），未論究手段之「必要」
惟吳庚、蘇俊雄&城仲模「部分不同意見書」認「事前審查」之限制過當（「所謂比例云者，維護國民健康與個人表現自由營業利益之均衡，固屬應予考慮之因素，惟若遇有多種限制手段可供制定法律之選擇時，應採用對憲法原則及個人權利侵害最輕微之手段(das gelindeste Mittel)，且性質相同之事件法律所採取之限制手段不應有明顯之差異，否則均與比例原則有悖。…縱使僅對藥物廣告實施事先審查，亦難認其於憲法第十一條保障言論出版自由之意旨並無違背，有關立法及行政機關，儘可加重處罰(包括提昇至刑罰)、鼓勵相關業者之自制(包括藥商、廣告業及媒體)，執行有處方始得購買藥品等制度，以代替效果不彰又「惡名在外」之事先審查」)

2. 改採前講美國 *Central Hudson test* 則如何？

2.1 藥物廣告不實或涉及違法活動？

2.2 政府對藥物廣告刊播之核准具有實質利益？

2.3 核准能直接促進政府宣稱之利益（維護國民健康）？

2.4 手段（核准廣告）與目的（維護國民健康）

之間具有合理關連(a reasonable fit)?

六、釋字第五〇九號解釋（誹謗言論）

Q 刑法 §310 違憲否？

(一) 屬「言論自由」保護之範圍？

誹謗言論亦言論

(二) 政府行為構成對言論之限制？

刑罰屬言論自由之限制（刑法 §310：「意圖散佈於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，處一年以下有期徒刑」）

(三) 限制之形式

1. 誹謗罪雖係以言論之內容（是否真實）為斷，然觀點中立、議題中性（非壓抑特定論點或議題）→ 無須適用「高標」審查
2. 刑法 §310 之內容明確，正確理解即可避免「涵蓋過廣」→ 存在「合憲性解釋」之空間

(四) 司法尊重程度（違憲審查基準選定）

Ω 本件實際殆採「低標」審查

1. 目的合憲？

解釋文：「刑法第三百十條第一項及第二項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要」

2. 手段必要？

以「合憲性解釋」，重新分配舉證責任，認定系爭規定並無過當

解釋文：「刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相

符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。就此而言，刑法第三百十條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸」