



# 誹謗罪真實抗辯要件 與合理查證原則的操作

——解讀憲法法庭112年憲判字  
第8號判決

張鏡榮  
律師

目次	壹、前言	體系定位
	貳、司法院解釋與憲法法庭判決	肆、本文評析
	參、真實抗辯要件在刑法的階層	伍、結論

## 壹、前言

刑法第310條誹謗罪是為了保護名譽而生，然而保護名譽的同時必須以犧牲人民言論自由作為代價，如果名譽與言論自由兩種法益都有憲法位階，而能夠通過比例原則的目的審查<sup>1</sup>，那麼在什麼樣的條件下其中一方必須退讓而受限制，勢必得作出權衡。為此，我國立法者特地為誹謗罪給出「能證明為真實」和「與公益有關」兩項權衡條件，一旦

符合這兩項條件，即無須由刑罰介入處罰，圖示【圖1】如下。

	能證明真實	不能證明真實
與公益有關	× (I)	✓ (II)
與公益無關	✓ (III)	✓ (IV)

【圖1】

只是甚麼叫做「能證明為真實」，一

直有所爭議。所謂「能證明為真實」(下稱「真實抗辯」)是指行為人主觀上認為自己講的是真的，那就是真的，還是客觀上一定要是真的，才能算是真的而不處罰？這個問題在2000年司法院公布的釋字第509號解釋(下稱「釋字」)當中可以得到概略的答案。事隔23年，憲法法庭再次審查誹謗罪是否違憲之時，於112年憲判字第8號(下稱「憲判字」)提出了「合理查證義務」這個概念，認為至少要經過合理查證的程序才能夠免責，形式上似乎是新增一項行為義務而對言論自由作限縮，但是仍須探究此一義務的體系定位與實質功能，才能確定這個第一印象是否正確，也才能藉此為未來實務上的運作給出具體建議，本文因而將先對釋字與憲判字判決作綜合解讀，再以此為基礎開展相關要件的定位與應用之爭。

## 貳、司法院解釋與憲法法庭判決

### 一、真實抗辯要件：主觀確信真實vs客觀真實

對於真實抗辯要件，釋字開先河地解釋為「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」，這項見解被認為採「主觀確信真實」標準<sup>2</sup>，憲判字更是進一步提出「合理查證原則」概念，指

出「表意人經由合理查證程序，依所取得之證據資料，客觀上可合理相信其言論內容為真實者，即屬合於系爭規定三前段所定不予處罰之要件」，當中「客觀上可合理相信」的文字似乎是放棄主觀確信真實而改採客觀真實標準，且「合理查證程序」一語更課予行為人發表言論前的負擔查證義務，對言論自由的保護看似是採取較釋字更不友善的立場<sup>3</sup>。

### 二、真實惡意(actual malice) 原則與合理查證義務

在探究上開標準及對該等標準的評論是否公允之前，我們必須先梳理兩個問題：第一，大法官是否採取美國聯邦最高法院於1964年蘇利文案所使用的真實惡意原則<sup>4</sup>；第二，合理查證義務的來源及其內涵為何。確定這兩個問題有助於我們掌握真實惡意原則與合理查證義務的意義與功能。

針對第一個問題，釋字的確未明確表示援引該原則，學說上亦有持否定見解者<sup>5</sup>，但是實務上普遍將釋字與真實惡意原則劃上等號，認為「若行為人之言論雖與事實不符，但行為人係依其所提之證據資料而認有相當理由確信其言論為真實者，亦不能以誹謗罪相繩，此即上開解釋為保障人民之言論自由，所提出之『真實惡意』原則」<sup>6</sup>，憲判字遂以「如表意人就該不實資料之引用，並未明知或重大輕率之惡意情事者，仍應

屬不罰之情形」正式引入此原則。

接著討論第二個問題，其實早在釋字提出「相當理由確信其為真實」這個標準後，實務上即有判決開始出現這樣的一段文字：「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』。……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」<sup>7</sup>，這表示普通法院早已用合理查證原則來運用釋字提出的標準，憲判字可說是在這樣的實務氛圍下去鞏固普通法院的見解，並模仿普通法院判決寫了一段「指摘或傳述誹謗言論之方式、散布力與影響力、所為言論對被指述者名譽之毀損方式、程度與影響範圍，及該言論對公益論辯之貢獻度」，來說明合理查證原則的具體判準<sup>8</sup>。

## 參、真實抗辯要件在刑法的階層體系定位

### 一、阻卻主觀或客觀構成要件

學說上有見解認為「誹謗」是指欠缺事實依據的指摘，因此只要能證明指

摘內容為真實，就是有事實依據的指摘而阻卻客觀構成要件<sup>9</sup>。於此相對，多數實務判決則是以釋字為本，認為有相當理由確信真實而誹謗之行為人，主觀上欠缺誹謗故意<sup>10</sup>。依照這兩種見解，真實抗辯要件是構成要件要素。

### 二、阻卻違法

真實抗辯要件係立法者為謀求憲法言論自由與名譽權保護之合理均衡，就誹謗言論之處罰，所設最後一道總括性利益衡量防線<sup>11</sup>。申言之，若所持言論被證明為真實且具有公益性時，該發表言論之舉止應屬正當行為而阻卻違法<sup>12</sup>。

### 三、客觀處罰條件

誹謗之處罰以不能證明言論真實為前提，故若言論真實性未能被證實時，可能存在的風險即由被告負擔，由其負責說明發出此等言論的理由。依此，行為人無須對於言論內容的真實性有所認知，只要客觀上不能證明為真實，即欠缺本罪處罰條件<sup>13</sup>。

## 肆、本文評析

### 一、爭點整理

將上述實務見解的脈絡梳理下來，至少會發現幾個必須解決的問題：首先，真實抗辯要件是指「主觀確信真實」或「客觀真實」，釋字告訴我們必須主觀

上確信真實才能免責，那麼在刑法體系定位上，勢必得將真實抗辯要件放在具備主觀要素才能該當的階層，這引發了第二個問題：真實抗辯要件的體系定位為何。確定了體系定位，接著如何在合於既有刑法學理概念下，去適用釋字與憲判字引用的「真實惡意原則」，即為立即面臨的問題。而在適用「真實惡意原則」時，被大法官蓋章認證的「合理查證義務」究竟與真實惡意原則和真實抗辯要件有何關聯，也就是它的作用為何，必須得一併處理，而這也是憲判字留下最可能困擾未來實務操作的問題。基於上述認知，本文將逐一拆解釋字與憲判字相關內容，並以既有刑法學理對其內容作分析。

## 二、不可能互斥的「主觀確信真實」與「客觀真實」

觀察【圖1】會發現，在與公益有關的類型I和II中，能否證明為真實是處罰與否的關鍵。依照刑法上阻卻不法的原理，因為誹謗罪不處罰未遂與過失，所以只要客觀或主觀不法其中一個被阻卻掉，那麼就完全沒有誹謗不法，因此可以確定只要誹謗內容在客觀上是真的，毫無疑問可以阻卻不法，所謂「能證明為真實」一定包括能證明客觀真實的情況。現在的問題是，如果客觀上是假的、主觀上認為是真的，那能不能阻卻不法？釋字提出「相當理由確信其為真

實」，意思就是只要他認知到他講的是真的，那就是真的，因而可以排除主觀不法。換言之，釋字無意創造新標準，而是更清楚地說明，主觀確信真實的類型也在不罰的範圍內，正好這個結論符合保障言論自由的目的。我們以【圖2】來呈現上述結論，釋字確立的是類型II的可罰性：

	客觀真實	客觀虛偽／ 無法證明真實
主觀確信 真實	× (I)	× (II)
主觀未確 信真實	× (III)	✓ (IV)

【圖2】

## 三、真實抗辯要件屬特殊法定阻卻違法事由

利益衡量屬實質違法性的上位法理與操作標準，因此若將憲判字「系爭規定三前段之不予處罰要件之規定，以及其但書排除適用前段所定真實性抗辯之規定，乃屬立法者為謀求憲法言論自由與名譽權保護之合理均衡，就誹謗言論之處罰，所設最後一道總括性利益衡量防線」套用在刑法犯罪階層體系，真實抗辯要件應屬違法性要素，因此本文上述提到的阻卻主觀或客觀不法，精確來說是阻卻違法。而釋字既然採主觀確信

真實標準，那麼就不可能是客觀處罰條件<sup>14</sup>，因為客觀處罰條件的特質就在於，即使沒有行為人的主觀認知，也可以因為條件存在而成罪。

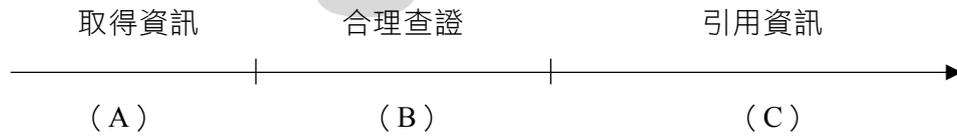
那麼本文提及的阻卻不法為什麼不能是阻卻構成要件？首先，若將「誹謗」定義為「揭發或宣傳轉述某種足以毀損名譽之具體事實」<sup>15</sup>，表示構成誹謗之內容不限於虛偽事實，刑法不可能一面認為傳述真實事實的內容為誹謗，一方面又說能證明真實的誹謗內容不是誹謗，因而只能將「誹謗」與「能證明為真實」兩要件結合觀察，主張誹謗僅限於反於真實的事實傳述，只是如果定性成構成要件要素，將難以說明為何指摘真實事實即不會侵害名譽法益，且將同一個構成要件要素內容分定於不同項次，將異於向來的規範制定方式而顯得有些突兀，因而可以合理推斷立法之初並無此意。而如果要將「誹謗」二字限於虛偽事實的傳述，傳述足以毀損名譽的真實事實即不該當構成要件，自然無須另立真實抗辯要件，如此解釋將使得真實抗辯要件成為贅文<sup>16</sup>。總之，真實抗辯要件並非客觀構成要件要素，既然不是構成要件要素，實務上阻卻故意的說法也不成立，因為行為人必須對構成要件事實有所認知，才會成立故意犯，而只要知道言論內容有可能毀損他人名譽，即使知道該內容是假的，也會有誹謗故意。

## 四、真實抗辯要件與合理查證原則的關係

### (一)前後階段的不同義務

釋字補充提出的主觀確信標準，主要會在【圖2】的類型II出現爭議已如前述。依照釋字的意旨，只要行為人對於自己「誤認客觀事實為真」這件事情存在被普遍接受的理由，那麼他就沒有錯。憲判字更進一步說明，行為人必須負擔事前合理查證義務，而且必須在引用資料前履行這項義務才能夠免責。但是，這究竟是指只要行為人履行合理查證義務，就能夠算是有相當理由確信真實，還是說合理查證義務是真實抗辯要件以外，一個獨立用來排除刑責的標準，憲判字欠缺清楚的交代。

我們用【圖3】來凸顯問題：行為人的行為義務主要在於引用資訊(C)這個階段的「不得誹謗義務」，釋字只要求行為人因誤認而主觀確信真實時，他的理由要符合一般人的標準，並沒有進一步要求他的前行為(B)必須履行合理查證義務，而兩個義務正好不同階段的行為義務，形式上唯一有構成要件意義的只有不得誹謗義務(真正義務)，如果只是違反前階段的合理查證義務，並不會有出現刑法上的意義(不真正義務)，只有先後違反兩個義務時，才会有適用上的困難，因此最重要的問題在於要如何把合理查證義務整合不得誹謗義務。



【圖3】

## (二)合理查證義務的功能

我們把範圍限定在【圖1】中的類型I和II，在加入合理查證義務概念之後，案例的結論如【圖4】：

	客觀真實	客觀虛偽／ 無法證明真實
合理查證	× (I)	△ (II)
未合理查證	× (III)	✓ (IV)

【圖4】

先看類型I和III，無論是否經過合理查證，全都落在不罰的範圍，換句話說，是否履行合理查證義務在此並非成罪關鍵；接著看類型II，非客觀真實的言論即使已經行為人合理查證，還是得看他是否惡意引用，如果惡意引用就必須處罰，反之才能免責；將視角擴大來比較類型I與II，即使已合理查證，仍可能因為惡意引用而必須處罰；最後，同時觀察類型II與IV，是否合理查證也不是決定成罪的因素。此處充分凸顯一個問題，既然合理查證義務不是成罪與否的

決定因素，那麼提出這個要求負擔合理查證義務有什麼作用<sup>17</sup>？

我們用一般刑事責任的操作規則來處理【圖4】的案例：首先如前所述，只要所誹謗的事實在客觀上是真實的，都能夠排除客觀不法而不處罰，類型I和III無罪的理由是因為排除客觀不法，而不是有沒有盡查證義務；第二，如果經過合理查證，但訴訟上卻不能證明所述內容為真或已證明所述內容為假，只要行為人出於惡意去誹謗，就無法排除主觀不法而應成立犯罪，換句話說，惡意與否才是關鍵，這是類型II之所以經過合理查證，仍不見得不處罰的主因；第三，當言論內容並非客觀真實且又未經合理查證時，此時合理查證義務與不得誹謗義務即類似原因自由行為的例外模式，只要違反合理查證義務而進一步違反不得誹謗義務，即排除真實抗辯要件的適用，一律加以處罰，合理查證概念真正能發揮作用的似乎只有在類型IV。然而若要細究原因，應該說如果沒有經過合理查證就援用非客觀真實的事實去誹謗他人時，我們就可以以此推斷行為人的惡意，用釋字的用語來表達，就是欠缺

相當理由確信其為真實的誹謗。

## 伍、結 論

綜上所述，合理查證義務的履行與否只是用來判斷是否惡意的標準之一，沒有經過合理查證就引用的不實誹謗資訊，即使行為人主張自己確信內容真實，也是沒有相當理由的確信而應推斷為惡意。最後的成罪關鍵依舊在於行為

人是否惡意引用，因為惡意與否才會與構成要件設定的義務直接相關，才是行為人是否存在主觀不法的重點。既然未經合理查證的誹謗行為不必然成罪，仍須透過其他主客觀不法要件綜合判斷，那麼憲判字實質上並未限縮被釋字認定為不罰的範圍，過去實務上以合理查證與否來判斷是否惡意或是否具相當理由確信的作法，在憲判字出現後應無須有所改變。♣

### 註釋

1. 釋字第509號解釋、112年憲判字第8號判決。
2. 詹森林，憲法法庭112年憲判字第8號判決協同意見書，7-8頁。
3. 黃昭元，憲法法庭112年憲判字第8號判決不同意見書，5頁。
4. *New York Times Co. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
5. 陳子平，刑法各論（上），五版，2022年，356-357頁；許澤天，刑法分則（下）：人格與公共法益篇，五版，2023年，280-281頁。
6. 最高法院91年度台上字第4955號刑事判決。同一立場參照最高法院99年度台上字第560號刑事判決、最高法院100年度台上字第3376號刑事判決、最高法院110年度台上字第389號刑事判決。
7. 最高法院97年度台上字第998號刑事判決、最高法院100年度台上字第3376號刑事判決、最高法院110年度台上字第389號刑事判決。
8. 此段說明的來源應是最高法院97年度台上字第998號刑事判決。
9. 林東茂，刑法分則，二版，2020年，105頁。
10. 同註7。
11. 112年憲判字第8號判決。
12. 林山田，刑法各罪論（上），五版，2006年，263頁；甘添貴，刑法各論（上），五版，2019年，頁164頁；許玉秀，釋字第656號解釋部分不同意見書，4頁；徐育安，憲法法庭110年度憲二字第247號案專家意見書，14頁。

13. 採此見解者參照蘇俊雄，釋字第509號解釋協同意見書，4頁；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，臺灣大學法學論叢，32卷2期，2003年3月，67-104頁。
14. 相同結論見徐育安，憲法法庭110年度憲二字第247號案專家意見書，13頁。
15. 盧映潔，刑法分則新論，十八版，2022年，620頁。
16. 認為真實抗辯要件違憲的見解，應該也是類似的意旨，參照黃昭元，憲法法庭112年憲判字第8號判決不同意見書，1-2頁。
17. 暫且先不討論課予人民事前合理查證義務是否合憲，以及憲法法庭站在憲法的高度是否適合為普通法院的見解背書的問題。

關鍵詞：誹謗罪、真實抗辯、真實惡意原則、合理查證義務

DOI：10.53106/279069731813

（相關文獻☛月旦知識庫 [www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)；  
更多裁判分析☛月旦法律分析庫 [lawwise.com.tw](http://lawwise.com.tw)）

## 影音推薦



「跟蹤騷擾罪」與「妨害性隱私及不實影像罪」之發展趨勢

| 王皇玉

(<http://qr.angle.tw/qrv>)



競合論的思考架構與個別問題

| 許澤天

(<http://qr.angle.tw/a6a>)