

摘 要

本文基本出發點認為，在言論自由與名譽保護的衝突之際，無法導出何者必然優於何者的簡單結論。若欲評斷立法者就現行誹謗罪的權衡已因逾越比例原則而違憲，必須深入探究現行刑法體系之下，誹謗罪在各個層次的犯罪成立要件，以及各種阻卻犯罪的具體設計。

在**構成要件該當性**層次，無涉事實真偽的意見評論，縱使因尖酸刻薄而令人不快，本來不在誹謗罪的規範範圍，應該討論的是侮辱罪（刑法第三百零九條）的構成要件，尤其是公然的情境要件與侮辱的規範評價。其次，在**違法性**層次，刑法總則各種法定阻卻違法事由（如正當防衛、業務上正當行為）與超法規阻卻違法事（如得被害人之承諾），也有可能排除誹謗罪之成立，不過，最為重要者，首推立法者專為毀損名譽行為所設的**特別阻卻違法事由**，此即刑法第三百一十一條所列的四款規定。儘管本條有諸多不明確之法律概念，但其宣示立法者特別保護言論自由的意旨，不容否認，並且，包括合理查證、公眾事務之可受公評等想法，也可藉由「善意發表」、「適當評論」及「可受公評」為支點，植入司法實務。只要合乎上開任何一種阻卻違法事由，根本不需要考慮言論內容的真實性及其證明問題，換言之，縱使不真實，也不會成立誹謗罪。

在**罪責**層次，可能阻卻誹謗罪的，主要是**不可避免之禁止錯誤**。至於爭議焦點的**證明真實條款**（刑法第三百一十條第三項），實體法上應屬**客觀處罰條件**，僅在系爭誹謗行為已經合乎不法（構成要件該當並欠缺阻卻違法事由）及罪責要件時，才須考慮。

此外，證明真實條款的現行立法，一來並未改變訴訟上法院、檢察官或自訴人、被告等三方的訴訟角色，二來條文本來也未指定應由被告（行為人）來證明。事實上，以為被告應負舉證責任的想法，應該是植基於對現行法及刑訴證據體系的誤解，而非立法錯誤。就訴訟法的觀點來看，證明真實條款之特別立法，用意在於部分限縮罪疑唯輕原則之適用，也就是

說，若是法院盡其澄清義務並踐行調查證據程序之後，最後對於系爭事實的真實性仍然存疑時，其不可證明的風險歸於被告承擔。這點提醒行為人，除非有阻卻不法或罪責的事由，否則一定要對真實性的證明有把握時，才容散佈毀損他人名譽之事。本號大法官解釋正確指出法院負有澄清義務且被告不負舉證責任，但一來並未指出其與罪疑唯輕原則之關係，二來似乎又課予被告證明主觀相信其為真的責任，值得商榷。

最後，依照現行立法，證明真實條款應該是客觀上能否證明的結果問題，但本號大法官解釋則將其轉換為行為人主觀上有無合理相信的問題，因此不但招致釋憲機關有無此等權限的疑慮，並且主觀基準是否真能提供比客觀基準更大的言論自由保障，也是值得進一步區分探究。至於兩種基準衝突時（如主觀上無合理相信但客觀上證明為真實），到底應該適用現行法或改引本號大法官解釋，亦遭到刑法學者的強烈質疑，這或許也是釋憲者始料未及、但我國未來司法實務必須解決的具體問題。