

國立政治大學法學院法律學系

碩士學位論文

食之無味，棄之可惜？

—論公然侮辱罪之解釋困境與將來展望

A Study on the Interpretation Dilemma and Future Prospect
of Offense of Public Insult

指導教授： 許恒達 博士

研究生： 林華恩 撰

中華民國 110 年 3 月

謝辭

歲月如梭，自大學以來，在政大的日子轉眼已經六個寒暑。雖然培育我的母校—政大，校園依舊瀰漫著我熟悉的自然芬芳與人文氣息；法學院依然活動著我摯愛的老師與朋友們，然而，為了嘗試追逐夢想與爭取榮譽，儘管萬分不捨，我也不得不暫時離開這個溫馨可愛之地，朝向未知陌生的職場進發，只盼歸來之時，得以不辱政大之名，能夠對培育我多年的政大法學院有所交代。

在正式告別政大之前，我希望對一路走來支撐我完成學業與碩士論文的親朋好友致上感謝，仔細回顧並牢記他們給予我的一切照顧與恩惠：

感謝我的家人們，自我大學就學時起，除了提供我充足的經濟支援與可安歇的居所，也在我疲憊沮喪時給予最即時最溫暖的陪伴，我的母親與外婆更是時常自製美食佳餚款待我，此舉無疑強化了我求學需要的體力，並使我感受到家庭對我的關心與重視。

感謝我最敬愛的指導老師，許恒達教授。無論是六年前刑法總則的課堂透過風趣幽默且深入淺出的教學，啟蒙我對刑法的認識；或是四年前對於我的科技部大專生研究計畫悉心指導，使我充分了解研究刑法議題的方法、態度與樂趣；抑或是在三年前正式拜入師門後，在我準備國家考試與煩惱職涯規劃時給予充分的建議與關心，都是我得以寫作出本篇論文所不可想像其不存在的原因。老師睿智的話語、對學術充滿熱忱的炯炯目光、以及施予我的各項恩惠，歷歷在目，點滴在心。

感謝本次論文口試委員王皇玉教授與李聖傑教授。感謝王皇玉老師在下午仍需授課的情況下，特別撥冗進行我的口試，在口試過程中亦相當親切和藹地與我討論公然侮辱罪實務見解的發展現況，並在鼓勵的氛圍下提點本論文可以再作改進之處；感謝李聖傑教授，老師平日裡透過言行身教與課堂講學，使我理解到研究學問與寫作論文應具備嚴謹與積極求知的態度，在當日口試開始前，老師亦特別關心我的近況並提醒我報告時不要緊張，口試過程中老師則相當耐心地探詢我對於公然侮辱罪保護法益等問題的看法，並提出了相當值得再思考的問題面向。

感謝這六年來曾教導我的**政大師長們**，尤其是我的民法啟蒙老師，楊芳賢教授，使我得以在大學初期即有幸養成追問「為什麼法律制度如此設計，其提供之理由是否妥適？」的思考習慣，在我就讀碩士班期間，楊老師更是提供我擔任民法教學助理的機會，對於我的民法課輔教學給予相當高程度的自由空間與信賴，且在我準備國家考試途中，亦是時常給予我鼓勵與勤練題目的建議。

感謝**刑法組的夥伴們**，在我研究所期間給予我的諸多照顧、協助與陪伴。就本論文得以順利完成並通過口試一事而言，必須特別感謝：致晴學長與子淳學姊，願意分享過來人的經驗，並鉅細靡遺地提點我論文口試相關流程與注意事項；宜昇學長、宛吟，以言語及傑出的表現激勵我以更高效率完成本論文，時刻提醒自己不應三天打魚，兩天晒網；佳康、宇峰、偉翔及當日在口試場地附近上課的刑中夥伴們，更是在口試開始前來為我加油打氣；志彬、侑宸特別全程到場參與，協助口試場地佈置事宜，使口試得以順利進行。

感謝大學時期就認識的**老友們**，尤其是：博翔在我撰寫論文期間，熱心協助借閱諸多台大圖書館文獻；代航每周定期邀約我共同至健身房鍛鍊體魄，且對於我這幾年經歷的重大面試亦是義無反顧地給予實質協助；抱元時常與我分享在律師事務所碰到的法律問題與生活趣事，豐富我的法律思維與生活體驗。

最後，請容我由衷地將本篇論文獻給我摯愛的師長與親朋好友們，謹此紀念得來不易的相聚緣分與情誼，並祝福我的家人、老師、政大的夥伴們，身體健康、萬事如意、鴻圖大展。

華恩 謹誌於政治大學刑事法學中心

2021 年 3 月 17 日

摘要

本論文將針對公然侮辱罪(下稱本罪)保護法益、構成要件與刑法第 311 條阻卻不罰事由之實務及學理解釋現況進行詳盡介紹，且主要本於調和名譽法益與言論自由之基本權衝突之憲法視角，對本罪在刑法學上之釋義現況提出檢討淺見。本論文並透過實際對本罪進行違憲審查之檢證方式，得出主流實務與學說對本罪之解釋，恐致使本罪產生若干違憲疑慮，無法順利通過違憲審查之審查結論。然而，本於公法學上之合憲性解釋原則，及為維護法律安定性、落實立法者設計本罪之政策目的，避免直接主張除罪化反而衍生出國家對名譽法益保護不足之違憲質疑，故本文認為有必要先行探詢是否存有合憲性解釋本罪之路徑存在，而非逕行主張本罪除罪化，以達成上述合憲性解釋之正面效用。

針對此項議題，本論文賡續許宗力教授所提出以仇恨性言論概念合憲性解釋本罪之方針，進而指出此項限縮解釋 1) 較能符合當今歐洲人權法院趨勢：歐洲人權法院原則上認為妨害名譽罪對於妨害名譽行為施以人身監禁處罰，所追求目的利益與帶來之損害乃不合乎比例，除非該言論涉及對其他(人民)根本性權利產生嚴重損害之例外情形，如仇恨性言論或煽動暴力言論。2) 有助於消解本罪違憲疑慮：若能與晚近文獻提出之名譽法益新理解進行結合，認為名譽僅係內容上指向個人之外部評價資訊；名譽法益係指個人立基於名譽資訊狀態所享有之正當(應得的)生活利益，則仇恨性言論因為實證研究上已然顯示出對於被害人有造成生心理健康狀態受損之危險性，故以仇恨性言論貶辱他人敏感性族群特徵(即：影響他人名譽資訊狀態)，進而危害該他人之生心理健康(即：與名譽資訊相連動之生活利益)，即屬妨害名譽之行為。因此若將本罪解為管制此等行為之規範，於違憲審查上，有助於提升本罪保護利益(追求公益)之重要性，更易通過目的正當性與衡平性階層之審查，且透過科學實證研究逐步充實敏感性族群清單，更能有效避免既有法益定性觀點導致本罪構成要件涵蓋過廣、缺乏法律明確性之違憲疑慮。誠屬現行法下可行之合憲性解釋途徑。

關鍵字: 公然侮辱、名譽法益、言論自由、合憲性解釋、仇恨性言論、刑法第 309 條、刑法第 311 條



目錄

第一章	緒論	1
第一節	研究動機	1
第二節	研究範圍與研究方法	3
第三節	問題意識與論文架構	3
第二章	公然侮辱罪之實務及學理現況	5
第一節	保護法益	5
第一項	外在名譽說	5
第二項	感情名譽說	6
第三項	複合體說	7
第四項	尊重請求權說	8
第二節	構成要件之解釋	11
第一項	侮辱	11
第二項	公然性	26
第三項	強暴方法	27
第三節	法定不罰事由-刑法第 311 條之適用疑義	28
第一項	本條款之犯罪階層體系定位	29
第二項	公然侮辱行為得否適用本條款而不罰？	30
第三項	公然侮辱行為適用刑法第 311 條之要件	32
第四節	小結	41
第三章	實務與學理見解之分析檢討	43
第一節	保護法益之定性疑慮	43
第一項	對外在名譽說之檢討	43
第二項	對感情名譽說之檢討	44
第三項	對尊重請求權說之檢討	46
第二節	侮辱要件之界定過於寬泛與不明確	52
第一項	外在名譽說之解釋恐使侮辱要件涵蓋過廣	53
第二項	感情名譽說與尊重請求權說之解釋恐使本罪欠缺法律明確性	54
第三節	侮辱與誹謗之區分適用現況檢討	58
第一項	主流實務對於兩罪所適用之行為態樣分配並不妥適	58
第二項	以言論性質為「事實陳述/意見表達」為區分適用基準可資贊同	59
第四節	公然侮辱罪與刑法第 311 條之適用關係檢討	65
第一項	刑法第 311 條之犯罪階層體系定位為何？	65
第二項	公然侮辱行為得否適用刑法第 311 條不罰？	66
第五節	援引憲法觀點解釋之必要性	71
第四章	公然侮辱罪之解釋論重構芻議	75
第一節	自公然侮辱罪之違憲審查談既有解釋觀點之違憲疑義	75

第二節	以名譽資訊觀點重新理解公然侮辱罪保護法益內涵	107
第一項	名譽概念與名譽法益內涵之釐清	107
第二項	再探公然侮辱罪保護法益內涵	112
第三節	借鏡「仇恨性言論」概念限縮解釋本罪構成要件	115
第一項	我國晚近合憲性限縮解釋本罪之啟發性創見	116
第二項	自憲法觀點談以仇恨性言論限縮解釋本罪之妥適性	122
第三項	以仇恨性言論概念限縮解釋本罪之嘗試	133
第五章	結論	146
參考文獻		149



第一章 緒論

第一節 研究動機

公然侮辱罪係國家為達保護名譽法益之目的，透過對違犯本罪者施加人身自由與財產權限制之不利益，進而促使人民避免發表可能侵害他人名譽法益之言論。而言論自由與人身自由，前者攸關個人自我實現、增進知識與追求真理、健全多元民主社會等重要公益價值面向，我國釋憲實務亦數次明言國家必須盡可能對人民言論自由給予最大限度的保護¹；後者，則更為個人實現各項憲法上自由權利之前提基礎²，倘無人身自由，個人追求自我實現與開展生活即相當程度淪為空談。據此，公然侮辱罪既然涉及此二重要基本權之干預，且亦有相當程度之實務使用頻率(甚至案件數量逐年增加)³，則其如何解釋與操作，應係值得付出心力進行充分探討之研究議題。

此外，近年學界、實務界、司法改革國是會議、立法委員，甚至監察委員皆不乏有提倡公然侮辱罪除罪化之呼聲，所提出之除罪理由依本文觀察，可大致歸納為三類論述取徑：第一類說法是，指摘本罪之實務解釋操作不當，例如 1)本罪之構成要件已然不甚明確，而法院實務見解亦未形塑出較客觀一致之判斷標準，提供民眾預期何種言論屬於侮辱，同樣的用語因為由不同的法院或法官判決，論

¹ 司法院釋字第 509 號解釋：「鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。」，類似敘述亦可見於司法院釋字第 678 號解釋、734 號解釋、756 號解釋。

² 司法院釋字第 384 號解釋：「人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權...」；司法院釋字第 588 號解釋：「人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提...」，司法院釋字第 588 號解釋許宗力、王和雄、廖義男、林子儀、許玉秀部分協同、部分不同意見書：「...人身自由又可謂其他自由權利之基礎，政府欲採取限制人身自由作為達成一定目的之手段，應慎重為之。」。

³ 參酌司法院對於妨害名譽罪第一審法院科刑人數自民國 99 年(920 人次)至 108 年(1642 人次)之歷年統計數據，呈現出妨害名譽罪第一審科刑人數逐年遞增之大致趨勢，請參考：<https://www.judicial.gov.tw/juds/report/Sf-6.htm> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。復依本文初步以司法院判決查詢系統中以公然侮辱與刑法第 309 條作關鍵字取交集進行查詢，108 年度與 109 年度涵蓋上述本罪關鍵字之判決分別為 3405 件與 3481 件，至於以誹謗與刑法第 310 條作關鍵字取交集查詢，108 年度與 109 年度相關之案件數則僅分別為 1395 件與 1156 件。可合理猜測公然侮辱罪於上開統計之案件占比應不至於落後誹謗罪太多。

罪科刑結果即可能相去甚遠，嚴重影響人民對司法之信賴感⁴；2)將慣用語等不具有侮辱故意之用語，不當認定構成侮辱⁵；3)將感情名譽理解為本罪保護法益，使得本罪變質為保護個人不堪受辱之感覺，而非名譽，且致使言論大量入罪⁶。第二類說法是，指摘本罪違反憲法保護言論自由與人身自由之意旨，亦即以本罪限制言論自由與人身自由違反比例原則之必要性(論者認為以民事損害賠償處理即足)與衡平性(有論者主張意見表達應享有較高程度之言論自由保障、本罪設計為行為犯，使行為人無法於審判中抗辯被害人名譽未受損而免責⁷；亦有論者參酌歐洲人權法院判決，認為不得以具有監禁人身效果之自由刑處罰和平非暴力之侮辱言論⁸)。第三類說法則是以節省司法資源等政策考量為論據，論者主張實務上人民動輒提起告訴或自訴，並以他方提供高額之和解金為撤回告訴或自訴之前提條件，使本罪淪為以刑逼民之手段，造成司法資源浪費，論者並以妨害名譽罪之案件逐年增加為由，質疑本罪之一般預防效力⁹。另有論者提出統計數據表示，妨害名譽罪之定罪率偏低，且科處有期徒刑或拘役(自由刑)之案件量非常少，似乎認為本罪章存在之實際效用甚微，徒然造成言論自由之干擾效果，故無續存必要¹⁰。

⁴ 立法院(102)院總第 246 號委員提案 15120 號議案關係文書，網址：https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/pdf/08/03/14/LCEWA01_080314_00049.pdf (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

⁵ 立法院(103)院總第 246 號委員提案 16396 號議案關係文書，網址：https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/pdf/08/05/10/LCEWA01_080510_00008.pdf (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。許恒達教授，亦指出我國部分實務見解單純操作說文解字法認定侮辱，一方面使得依個案情境脈絡無侮辱故意之行為亦遭不當判定成罪，另一方面則浪費司法資源。許恒達，「公然侮辱應除罪化」，澄社評論，2014 年 12 月 8 日，網址：<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/837254> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

⁶ 徐偉群，「司法淨化語言運動應終止」，網址：<https://tw.appledaily.com/headline/20120410/HIEXQMSNM47GRS3OLDP6PH6IKQ/> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

⁷ 立法院議案關係文書，同註 4。監察委員陳師孟氏、高涌誠氏於調查報告明確表示本罪違反必要性、衡平性原則，請參考：監察院第 5 屆第 1 次諮詢委員會會議資料，網址：<https://www-ws.c.y.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9VcGxvYWQvMy9yZWxmaWxlLzg5MTUvMTUwNDYvNmJmMTkyODYtMjk1OC00YjE5LW11YjktNTM0OWM2YzI0MjBjLnBkZg%3d%3d&n=5pyD6K2w6LOH5paZ77ya6K2w6aGM5LqMLnBkZg%3d%3d> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

⁸ 張淵森，「法官聲請釋憲（五）：爆粗口=公然侮辱罪？追求禮貌國還是法治國？」，網址：<https://opinion.udn.com/opinion/story/120701/4510942> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

⁹ 立法院議案關係文書，同註 4。

¹⁰ 106 年 3 月 30 日總統府司法改革國是會議第五分組第三次會後記錄：「妨害名譽—基於言論自由與新聞自由之保障，避免以刑逼民、濫用國家訴訟資源，參考妨害名譽之實證統計，103 到 105 共 28073 件妨害名譽案件偵查終結，僅 5745 案件起訴，而觀察三年內所有妨害名譽之判決，幾無人受自由刑之處分，顯見本罪之存在可能干擾新聞與言論自由，亦有浪費司法資源之虞，建議妨

綜上，著眼於公然侮辱罪干涉之基本權種類具備高度重要性、司法實務對於本罪亦有相當程度頻繁之使用需求，以及晚近不少論者發起呼籲本罪除罪化之浪潮湧動，本文認為重新對公然侮辱罪解釋論之運作進行合憲性分析誠屬重要研究議題，深深吸引本文研究目光。

第二節 研究範圍與研究方法

本文之研究範圍設定為刑法公然侮辱罪，故本研究提出之建議，原則上亦僅限於公然侮辱罪，例外則如本文對於名譽法益概念之重新理解、刑法第 311 條各款之解釋，尚可提供誹謗罪或其他妨害個人名譽法益罪名適用上之參考。此外，本研究係主要自憲法角度審視並提出公然侮辱罪可嘗試之合憲性解釋路徑，亦即為避免單篇文獻篇幅過長討論失焦、礙於個人時間心力有限等考量，本研究範圍並未及於基於(刑事)政策考量(例如:紓解刑事訴訟訟源、節省司法資源、避免以刑逼民等)是否宜修法將本罪除罪化之探討。

研究方法上，本研究主要採用文獻分析法(Document Analysis)，即大量閱讀與彙整文獻資料，並針對資料內容加以引述、詮釋、歸納、評論等，呈現出公然侮辱罪之實務與學理操作現況、晚近合憲性限縮解釋本罪之啟發性觀點、仇恨性言論之概念等，再整合個人見解與相關文獻資料內容，提出對本罪釋義學上之檢討淺見，與重新合憲性解釋公然侮辱罪之構想。

第三節 問題意識與論文架構

本研究之問題意識在於，公然侮辱罪之現行實務操作是否如部分學者與司法改革人士所質疑，有高度之違憲疑慮？若確有違憲疑慮，則解決方法固然可考慮將本罪除罪化以一勞永逸，然而將本罪除罪化是否反而造成國家對若干情況名譽法益之保護不充足，有違反對人民基本權保護義務疑慮？基此發想，本文認為嘗試於現行立法客觀文義範圍限度內探詢合憲性解釋本罪之可能性，誠屬重要，倘

害名譽犯罪予以除罪化，以民事訴訟處理妨害名譽行為可能造成之損害。(底線為本文所加)」網址：<https://justice.president.gov.tw/meeting/29> (最後瀏覽日: 2021 年 3 月 17 日)。

若探詢未果，至少再次驗證了除罪化主張之正確性；若探詢得道，則既能解消本罪違憲疑慮、維護法安定性，亦能使本罪擔當向將來預防名譽法益侵害行為再起之重任，在與向過去填補名譽法益損害之民事制度相互配合之情況下，當可期待對名譽法益之保護更為周全。

基於上述問題意識與發想，本論文之架構擬作如下設定：

第一章 緒論，說明本研究之動機、所採用之研究方法與研究範圍，並透過鳥瞰整部論文之敘述架構，向讀者報告本論文探討之議題與敘述邏輯，俾使讀者評估本文是否具有參考價值，並能快速找到各該議題討論之位置。

第二章 公然侮辱罪之實務操作與學理解義現況，簡介公然侮辱罪之構成要件，以及刑法第 311 條善意發表妨害名譽言論不罰規定，於我國實務與學說釋義上之發展狀況。以便後續章節審視各該解釋見解之合憲性與合宜性。

第三章 對於實務操作及學理解義之分析檢討，表明本文對於第二章敘述之實務操作與學理解義現況有何評述淺見，指出當前主流見解之解釋路徑似有若干違憲瑕疵或不合宜之處。

第四章 公然侮辱罪之解釋論重構芻議，提出本文認為可茲嘗試之合憲性解釋本罪途徑。論述上先指出本罪為何有重新解釋之必要性，其次說明近期以許宗力院長為先聲，所提出以仇恨性言論概念限縮解釋本罪之啟發性觀點，以及徐偉群教授所提出名譽法益之新興理解。而後闡述本文在此觀點之啟發下嘗試提出重新解釋建構公然侮辱罪之粗淺建議，並預期此項解釋重構雖然萬不敢稱盡善盡美，但至少有助於本罪通過未來釋憲實務之違憲審查。

第五章 結論，就本文之研究成果進行彙整呈現，建議於仇恨性言論之管制專法出現以前，透過合憲性解釋手法，使本罪繼續保護人民之名譽，尤其是防免我國社會中具備敏感性族群特徵(通常是但不要求是弱勢族群)之個人，不因該特徵受公然貶辱而受有經科學實證伴隨之生心理傷害。

第二章 公然侮辱罪之實務及學理現況

第一節 保護法益

探究刑法罪名保護法益之重要性在於，法益概念具備指引構成要件解釋方向¹¹、提供阻卻違法利益衡量判斷參數之「解釋機能」¹²；以及劃定入罪化處罰界線，約束立法者不得將僅危害道德感情或使人感覺不舒服，而無法益侵害(或危害)之行為入罪處罰之「可罰性限縮機能」¹³。是以，究明公然侮辱罪之保護法益，除有助於後續公然性、侮辱、強暴等構成要件要素之解釋，亦提供了一個契機，使吾人再次省思公然侮辱罪所保護之利益內容是否具有法益之適格，抑或僅在保護受害者之主觀感情(感覺)而欠缺刑罰之正當性。

我國文獻關於公然侮辱罪保護法益之描述稍嫌分歧，至今仍爭論不休，主要有「外在名譽說」、「感情名譽說」、「複合體說」及「尊重請求權說」四種不同見解，本文依序簡介如下：

第一項 外在名譽說

本說認為，本罪旨在保護個人被賦予之社會評價(聲望；reputation¹⁴)¹⁵，亦即個人參與社會生活所獲取之好評及其形成之聲譽地位。我國部分實務判決亦採取此觀點，例如最高法院 108 年度台上字第 3183 號判決即明白表示：「刑法第 309 條之公然侮辱罪...本罪所保護之法益乃個人經營社會群體生活之人格評價，是否構成侮辱，並非從被害人或行為人之主觀感受判斷...」。

而考據妨害名譽罪章及公然侮辱罪之立法沿革，亦可觀察到立法者係採取與外在名譽說親和的立場。詳言之，暫行新刑律第 360 條(西元 1912 年)之侮辱罪(即

¹¹ 王皇玉，刑法總則，頁 143，2017 年 9 月，3 版。

¹² 許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，載於：法益保護與行為刑法，頁 2，2016 年 5 月。

¹³ 許恒達，同前註，頁 2-3。

¹⁴ 本說之主張，即德國事實名譽概念所指之聲望(Ruf)；英美侵權行為法上之名譽(reputation)。參考徐偉群，論妨害名譽罪的除罪化，國立臺灣大學博士論文，頁 19、32。2004 年。

¹⁵ 陳子平，刑法各論〈上〉，頁 317、319-320，2019 年 9 月，4 版。林東茂，刑法分則，頁 95，2018 年 9 月，初版。褚劍鴻，刑法分則釋論（下冊），頁 1079-1080，2006 年 4 月，修訂 4 版。前田雅英著/董璠興譯，日本刑法各論，頁 122-123，2000 年 5 月，初版，本文獻指出外在名譽說為日本多數學說及法院實務所採。

現行法誹謗罪之前身)之立法理由提及,名譽是指「人類在社會上所保持之地位」¹⁶,而可能侵害名譽之行為態樣,除包含指摘事實而毀損名譽之行為,亦包含不指摘事實,當眾嘲弄之(侮辱)行為,僅後者之處罰規定為違警律,而非刑法¹⁷。

此後,刑法第二次修正案(西元 1918 年)認為以動作相侵慢之侮辱行為亦當以刑法加以規範,故於新法第 316 條增列公然侮辱罪¹⁸,而原來暫行新刑律第 360 條之內容則改置於新法第 317 條,改名誹謗罪,並為若干法律要件之調整¹⁹。此二條文之內容至此底定,延續至現行刑法。由此修法歷程可推論,刑法第二次修正案僅係增列侮辱罪用以填補處罰漏洞,實無改動名譽概念之意,立法者仍然延續暫行新刑律之看法,認為公然侮辱罪與誹謗罪同為保護名譽(即:人類在社會生活上所保持之地位)之規範。

第二項 感情名譽說

本說認為,本罪之保護法益為感情名譽,亦即個人對於他人就其人格價值所為評價之主觀感受或反應²⁰。其論據在於,以未指摘事實之空泛言詞辱罵他人,並

¹⁶ 所稱地位,應係指個人享有之聲譽地位。可參考,褚劍鴻,同註 15,頁 1079。但另應強調者乃,若認為立法理由係採取規範暨事實名譽概念下之尊重請求權說,保護個人基於人格及社會地位衍生之尊重請求權,本文認為亦屬可支持的合理推論。此段立法理由的說明,提供最明確的訊息是:不採取感情名譽說。

¹⁷ 暫行新刑律第 360 條立法理由補箋:「本條名為侮辱罪,侮辱指損壞他人名譽而言。所謂名譽,即人類社會上所有之地位也,本罪以加危害於人類社會上之地位而成立,至被害人懷抱羞恥心與否,可以不問。本罪自行為本體觀之有二:一指摘事實、公然毀損名譽者是。指摘事實即具體的表彰其惡事醜行之謂。一不指摘事實,惟憑空結構、當眾罵詈嘲弄者是。惟前者屬於本條範圍之內,後者當據違警律第三十五條罰之。」,參考自黃源盛,晚清民國刑法史料輯注(上),頁 492,2010 年 7 月,初版。

¹⁸ 刑法第二次修正案第 316 條立法理由:「各國刑法於妨害名譽類,皆分別侮辱及誹謗兩罪。稱侮辱者,以言動相侵慢而言;稱誹謗者,以指摘或傳述足以毀壞他人名譽之事而言。二者之區別,若侮辱則無所謂事之真偽,至誹謗則於事之真偽應有分辨者。原案依前法律館草案理由,無侮辱罪,獨於妨害國交罪、妨害公務罪則有侮辱處罰之規定主義,似未能一貫,故本案擬仿外國立法例,增入本條。」,參考自黃源盛,同前註,頁 740。

¹⁹ 刑法第二次修正案第 317 條立法理由:「本條即原案第三百六十條,但原案條文用『侮辱』二字略嫌與前條之罪相混,故本案擬改今文。又原案以『公然』二字為犯罪之條件,故公然犯誹謗罪者,不問事實之有無概行處罰規定,一失之於狹,一失之於廣。若以公然誹謗罪始成立,則私相傳述損害他人名譽者,無從科罪,是為失之過狹,故本案擬仿荷蘭刑法以意圖散布於眾為犯罪成立之要當。至於不問事實之有無概行處罰,其箝制言論之自由可謂極矣,是謂失之過廣,故本案於次條規定事實有無與應否免刑之情節,以免趨於極端。」,參考自黃源盛,同前註,頁 740。

²⁰ 甘添貴,刑法各論(上),頁 154-156,2019 年 9 月,修訂 5 版。謝庭晃,論刑法對名譽感情的保護,刑事法雜誌第 50 卷第 3 期,頁 92,2006 年 6 月。

不會影響社會上一般人對於該被害者人格之社會評價，而至多僅使該被害者精神上或心理上感到相當難堪或不快，故其認為採取感情名譽說較合乎實情²¹。

我國亦不乏實務判決採取此說看法，例如最高法院 95 年度台上字第 1430 號判決有謂：「...然刑法之公然侮辱罪，其所保護之法益為**個人感情名譽之安全**，所謂『侮辱』係指以抽象之言語、舉動對他人為輕蔑表示，使之難堪之行為。」；以及，臺灣高等法院 106 年度上易字第 2689 號判決所謂：「...按刑法公然侮辱罪所保護之法益係感情名譽，亦即個人對於他人就其人格價值所為評價之主觀感受或反應。所謂侮辱係指未指摘具體事實對他人為輕蔑表示之舉動，足使他人精神上或心理上感受相當之難堪或不快而言，至他人之社會評價是否因此貶損，則非所問²²...」皆採取此說，可資參考。

第三項 複合體說²³

本說認為，本罪之保護法益乃社會客觀上對於個人之肯定與尊崇，以及個人主觀上榮譽感，兩者的複合概念²⁴。換言之，本罪兼及保護個人之外在名譽與感情名譽²⁵。法院實務持類似看法者，如臺灣高等法院臺南分院 108 年度上易字第 405 號判決，其表示：「...名譽既為受法律保障之個人法益，自應有其法規範上之內涵與性質，故刑法所保護之名譽法益，係規範意義下**社會客觀之肯定與個人主觀受**

²¹ 甘添貴，同前註，頁 154。謝庭晃，同前註，頁 122。

²² 近期同樣採取感情名譽說之實務判決，可參考：臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 278 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 79 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 2382 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 23 號判決、臺灣高等法院高雄分院 108 年度上易字第 560 號判決、臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 1341 號判決、臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 820 號判決、臺灣高等法院 107 年度上易字第 1659 號判決、臺灣高等法院 107 年度上易字第 1507 號判決、臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 1401 號判決、臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 563 號判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 387 號判決、臺灣高等法院臺中分院 106 年度上易字第 1344 號判決、臺灣高等法院 105 年度上易字第 2048 號判決、臺灣高等法院臺中分院 105 年度上易字第 861 號判決、臺灣高等法院臺中分院 105 年度上易字第 843 號判決、臺灣高等法院 104 年度上易字第 2450 號判決、臺灣高等法院臺中分院 104 年度上易字第 725 號判決、臺灣高等法院臺中分院 104 年度上易字第 280 號判決。

²³ 本說在學理上並無明確的稱謂。因其主張本罪保護法益為外在名譽及感情名譽之複合概念，本文基於行文方便，稱之複合體說。

²⁴ 林山田，刑法各論(上)，頁 256，2006 年 11 月，修訂 5 版(二修)。在此應強調，此見解林山田教授係引註德國刑法學者 Hermann Blei 之文獻。但經查，Blei 應係採取雙重理論(規範暨事實名譽概念)之學者，而非事實的名譽概念下之聲望與名譽感合併理論支持者。此項觀察係本文參考徐偉群教授之博士論文，所產生之疑惑。請對照參考，徐偉群，同註 14，頁 21、26。

²⁵ 蔡墩銘，刑法各論，頁 126-127，2006 年 9 月，5 版。

尊重期待之複合概念²⁶...」；及臺灣高等法院 109 年度上易字第 283 號判決謂：「公然侮辱罪之『侮辱』，乃謾罵嘲弄...而客觀上足以對於個人在社會上所保持之人格及地位，達到貶損其名譽及尊嚴評價之程度。又所謂『侮辱』，乃對他人為輕蔑表示之行為，其內涵須具有足使他人精神上、心理上感受到難堪或不快之虞者，亦即侮辱行為本身須具有侵害他人感情、名譽之一般危險者²⁷...」，此段對於侮辱行為之解釋，同時援用外在名譽說以及感情名譽說之論述，亦可間接推論其法益概念係採取複合體說。

第四項 尊重請求權說

本說係晚近我國學者參考德國刑法名譽概念之學說，即「規範的名譽概念(normativer Ehrbegriff)²⁸」與「規範暨事實的名譽概念(normativ -faktischer Ehrbegriff)」理論而提出。此二德國名譽概念理論之內涵，先簡介如下，而後再彙整我國學說見解：

規範的名譽概念理論主張，名譽法益之保護內容為：個人在人性尊嚴的基礎上所具有的人格體現價值(personale Geltungswert；或謂內在價值、內在名譽)，或者由此導出的尊重請求權(der daraus folgende Anachtungsanspruch)。所謂人格體現價值，與人的社會條件、成就、能力無關，其價值高低係取決個人實際的行為、道德義務履行狀態與精神智力狀態，他人的外在行為雖不會觸及或侵害到內在價值，

²⁶ 相同見解，可參考，臺灣高等法院臺南分院 107 年度上易字第 261 號判決。

²⁷ 相同見解，請參考：臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 594 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 592 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 530 號判決、臺灣高等法院臺南分院 109 年度上易字第 178 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 182 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 200 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1839 號判決、臺灣高等法院 108 年度原上易字第 49 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 180 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 54 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 23 號判決、臺灣高等法院 107 年度上易字第 2470 號判決、臺灣高等法院高雄分院 106 年度上易字第 687 號判決。

²⁸ 規範的名譽概念所稱「規範」，其意在強調名譽概念應納入規範性思考，認為名譽法益之保護內容並非某種「事實」狀態。相對而言，主張名譽法益係在保護個人之外在聲望或名譽感者，即係以某種事實狀態為名譽法益之保護內容，被劃歸為「事實的名譽概念」理論群。參考徐偉群，同註 14，頁 18-24，2004 年。高金桂，論刑法對個人名譽保護之必要性及其界限，甘添貴教授六秩祝壽論文集—刑事法學之理想與探索(第二卷)，頁 184，2002 年 3 月。

但由內在價值所導出尊重請求權，則會因為他人給予不符合個人內在價值之負面評價(不敬行為/不尊重的表現)而受侵害²⁹。

規範暨事實的名譽概念理論，則在規範的名譽概念之理論基礎上，進一步主張名譽法益之保護範圍不僅包括人格體現價值，亦應及於個人之社會體現價值(sozial Geltungswert)，換言之，個人在社會關係中受肯定的價值，亦可衍生出尊重請求權³⁰。

回顧我國文獻主張尊重請求權為公然侮辱罪保護法益之論述：

壹、學說見解：

有學者傾向採取上開規範的名譽概念立論之看法，指出公然侮辱罪所保護之名譽法益，係以人性尊嚴為基礎，對於個人人格價值應給予之基本尊重，是文明社會中任何人均享有之尊重請求權³¹。換言之，即個人根據其「道德完整性」及「無人性缺陷」之人格價值，得對他人主張之尊重請求權即屬本罪保護法益³²。並有學者在此論述基礎上，認為基於維護人在社會生活中存在的價值與發展可能性的觀點，人的受尊重價值不僅侷限在人格尊嚴(人格名譽)的面向，亦包含根據人的社會角色所應得之社會尊重(社會名譽)，此社會尊重之確保，係為避免個人遭他人質疑違反其社會角色應履行之重要倫理義務，而有礙於個人在社會中發展其生活，但並非在維護個人之功績、社會階級或客觀聲望受肯定，故否認他人功勳之行為當不構成「侮辱」³³。依本文解讀，此段學者之補充說明僅係就道德完整性亦包括特別道德義務的遵守情況(如職業道德，非從業人員即無此道德要求)加以闡釋，並非承認個人之社會評價地位亦可衍生出尊重請求權。

²⁹ 本段落，規範名譽概念之說明，參考自：徐偉群，同註 14，頁 21-24，2004 年。高金桂，同前註，頁 184-187。

³⁰ 徐偉群，同註 14，頁 24-26。

³¹ 吳耀宗，「可恥」VS.「操你媽的 X」——評臺灣高等法院臺南分院一〇一年度上易字第二四二號刑事判決及臺南地方法院自字第一四號刑事判決，月旦裁判時報第 19 期，頁 51，2013 年 2 月。

³² 許澤天，刑法分則(下)：人格與公共法益篇，頁 254-255，2019 年 9 月，初版。

³³ 許澤天，法人不該享有刑法上的名譽／南高分院 102 上易 285 判決，頁 211-212，台灣法學雜誌 250 期，2014 年 6 月。

亦有傾向採取規範暨事實的名譽概念者，主張本罪之保護法益乃個人本於其基本人格及社會地位，從而應獲得來自社會其他成員基本尊重之請求(權)³⁴。如前所述，此立場與規範的名譽概念之差異處在於，承認個人在社會中受肯定之價值(社會體現價值)亦可要求他人給予基本尊重，例如辱罵法官或律師為法律白癡；或指稱醫生為庸醫，即屬對於他人社會價值之否定，視個案情形可能該當「侮辱」³⁵。

另有學者認為，我國公然侮辱罪之構成要件較諸德國之侮辱罪，額外要求公然性之要件，故在保護法益之描述上，不宜原封不動地搬移德國規範的名譽概念，簡單描述為基於人格價值所外顯的被尊重請求，而須將行為對於被害者外在評價之影響一併考慮，理解為是「基於人格尊嚴所延伸之名譽不受外在評價減損之被尊重請求」³⁶。

貳、實務見解

法院實務上採取尊重請求權說者，並不多見，可謂係鳳毛麟角。其中一則涉及公然侮辱罪之案件，臺灣桃園地方法院 106 年度簡上字第 312 號判決表示：「所謂名譽之概念，實僅能追本溯源至名譽權之上位權利，即人格權，並以人格權之內涵加以思考。考諸人格權係以人格為內容的權利，體現人性尊嚴及人格自由發展之價值理念，換言之，所有人應將他人當作人看待，不得使其淪為工具或手段，並應尊重他人的人格價值及人格自由發展之可能，此係在現代文明社會所有人應有之尊重請求權，不問何人均享有之。從而，當行為人對於他人之人格價值予以惡意詆毀時，雖未必會實際影響其社會評價或其本身之感情名譽，然其既已有貶

³⁴ 許恒達，強摘假髮與空車上鎖—強制罪的解釋疑義，頁 89，台灣法學雜誌第 265 期，2015 年 2 月。補充說明，許恒達教授提及之個人本於其「社會地位」，從而應該獲得的基本社會尊重需求之請求，所稱社會地位是否即係指(應得的、奠基於真實的)外在聲望亦可衍生出尊重請求權，而可認為係採取規範暨事實的名譽概念，容有討論空間。高金桂，同註 28，頁 184-187。補充說明，高金桂教授於其文中表示，規範的名譽概念、規範暨事實的名譽概念是較合理、可茲採取的名譽概念；復於介紹侮辱要件之篇目，提及辱罵法官為米蟲或法律知識一片空白，係對他人社會尊重價值(職業能力及社會功能)之否定，視個案情形可構成侮辱；似認為個人社會價值衍生之尊重請求，亦受本罪保護。

³⁵ 舉例係參考：高金桂，同註 28，頁 187。

³⁶ 李聖傑，也論刑法對於虛擬人格的名譽保護—評台灣高雄地方法院刑事簡易判決九十八年度審簡字第六一一六號，頁 111-112，月旦裁判時報第 4 期，2010 年 8 月。

損其人格尊嚴之行為，自仍應為刑法妨害名譽罪章所處罰，此亦為現行立法體例下，唯一合乎法規體系之解釋。」與上述採取規範的名譽概念之尊重請求說敘述雷同。

另有判決指出：「德國刑法第 185 條之『侮辱罪』屬『通知犯』，只需行為人對於被害人所為之表達，客觀上足以認為係貶損人格之表意即構成，與我國妨害名譽罪所規範『公然』、『意圖散布於眾』等要件尚有不同，綜上可知，我國刑法名譽權之內涵應理解為：基於人格尊嚴所延伸之名譽不受外在評價減損之尊重請求權³⁷。」；以及「刑法對於名譽權保障之內涵係基於人格尊嚴所延伸之名譽不受外在評價減損之尊重請求權，此處所謂『外在評價』，應指社會對於該人之客觀評價，而此等評價源自並存於真實世界，歸屬於真實世界之人格權，而受刑法名譽權之保護³⁸。」明白採取上述李聖傑教授之見解。

第二節 構成要件之解釋

由上開「保護法益」節次之說明可知，學說及實務針對本罪保護法益之定性有所爭議，有認為本罪係保護個人之外在名聲；有認為係保護個人對於其所受評價之主觀感受；亦有認為係保護個人基於其價值地位，得要求社會他人給予基本尊重之請求權。而基於保護法益具有指引構成要件之解釋機能(或構成要件應明確化、類型化保護法益內涵之刑法基本理念³⁹)，對於各構成要件之解釋即隨同保護法益之定性不同而有所差異，分述如下：

第一項 侮辱

壹、侮辱行為之解釋

一、外在名譽說之闡釋

³⁷ 臺灣雲林地方法院 105 年度簡上字第 38 號判決。

³⁸ 可參考，臺灣高等法院 108 年度上易字第 276 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 2305 號判決、臺灣士林地方法院 108 年度易字第 400 號判決、臺灣臺北地方法院 107 年度易字第 783 號判決。

³⁹ 王皇玉，同註 11，頁 143。

部分學者及實務見解，站在本罪保護法益為外在名譽之理論基礎上，認為侮辱係指以言語、文字、圖畫或動作，表示不屑、輕蔑或攻擊之意思，且足以「貶損個人在社會上客觀存在之人格地位或社會評價」之行為⁴⁰。司法院字第 1863 號解釋亦有類似之闡釋：「...以最粗鄙之語言在公共場所向特定之人辱罵時。倘為其他不特定人可以聞見之情形。而其語言之含義。又足以減損該特定人之聲譽者。自應成立刑法第三零九條第一項之罪。...⁴¹」，可茲參照。

二、 感情名譽說之闡釋

部分學者及實務見解，自定性本罪保護法益為感情名譽之立場出發，認為侮辱係以粗鄙之言語、舉動、文字、圖畫或其他輕蔑人格之行為，作出有害於感情名譽之輕蔑表示，而「足使他人精神上、心理上感受難堪或不快之虞」者⁴²。學者並指出，侮辱並無內容上的限制，對於他人之能力、德行、身分、地位、容貌、學歷、身體或婚姻狀況加以嘲笑、謾罵或揶揄，均足當之⁴³。

三、 複合體說之闡釋

⁴⁰ 陳子平，同註 15，頁 325。近期判決可參考(審級較高、年份較新之判決排序在前):最高法院 108 年度台上字第 3183 號判決、最高法院 107 年度台上字第 2402 號、臺灣高等法院 109 年度上訴字第 1 號判決、臺灣高等法院臺南分院 109 年度上易字第 21 號判決、臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 258 號判決、臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 189 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上訴字第 283 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 2171 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 2098 號判決、臺灣高等法院高雄分院 108 年度上易字第 280 號判決、臺灣高等法院臺南分院 107 年度上易字第 495 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 107 年度上易字第 146 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 107 年度上易字第 82 號判決、臺灣高等法院臺中分院 107 年度上更一字第 37 號判決。

⁴¹ 司法院(28)年院字第 1863 號解釋。

⁴² 甘添貴，同註 20，頁 156。近期判決可參考(審級較高、年份較新之判決排序在前):最高法院 95 年度台上字第 1430 號判決、臺灣高等法院臺南分院 109 年度上易字第 38 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 278 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 79 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1365 號判決、臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 1341 號判決、臺灣高等法院 107 年度上易字第 1507 號判決、臺灣高等法院 107 年度上易字第 1997 號判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 2689 號判決、臺灣高等法院臺南分院 106 年度上易字第 422 號判決、臺灣高等法院臺中分院 105 年度上易字第 843 號判決、臺灣新北地方法院 109 年度審訴字第 1085 號判決、臺灣臺中地方法院 109 年度中簡字第 1615 號判決、臺灣新北地方法院 109 年度審簡字第 531 號判決、臺灣臺中地方法院 109 年度中簡字第 759 號判決、臺灣臺中地方法院 109 年度中簡字第 1489 號判決、臺灣宜蘭地方法院 109 年度簡字第 86 號判決、臺灣臺南地方法院 109 年度簡字第 1735 號判決、臺灣嘉義地方法院 109 年度簡字第 680 號判決、臺灣臺中地方法院 109 年度中簡字第 953 號判決、臺灣新北地方法院 109 年度原簡字第 114 號判決、臺灣高雄地方法院 107 年度交簡字第 3591 號判決、臺灣高雄地方法院 107 年度交簡字第 1470 號判決、臺灣臺中地方法院 106 年度簡上字第 489 號判決、臺灣臺中地方法院 105 年度簡上字第 117 號判決。

⁴³ 甘添貴，同註 20，頁 156。

持複合體說之學者，有認為侮辱，是未指出具體事實而對人為輕蔑之表示，足以貶損他人在社會上之地位及被害人之名譽感情之行為⁴⁴。持此說之實務見解亦有類似之闡釋，如最高法院 108 年度台上字第 865 號判決即表示：「...公然侮辱罪，係指對人詈罵、嘲笑、侮蔑，其方法並無限制，不問係文字、言詞、態度、舉動，只須以公然方式為之，而足使他人在精神上、心理上有感受難堪或不快之虞，足以減損特定人之聲譽、人格及社會評價即是。⁴⁵」

四、 尊重請求權說之闡釋

持尊重請求權說之學者，有認為侮辱係對他人人格完整性、道德價值(與社會尊重價值)表示否定、輕蔑或不尊重之價值判斷⁴⁶。舉例而言，稱呼他人為瘋子、豬腦袋、白癡等，係表達被害人有基本人格缺陷，否定被害人之人格完整性；謾罵法官貪官、譏笑法律系教授為欠缺法律專業知識，則已傳達出被害人違反職業倫理義務、欠缺職業能力及社會功能之意思，可認為同時否定了個人的道德價值及社會尊重價值，視個案情形可能構成侮辱⁴⁷。

貳、 侮辱之判斷標準

一、 客觀綜合判斷法

對於如何判斷某行為是否該當侮辱，我國法院實務無論採取何種法益定性觀點，時常強調：「是否構成『侮辱人』之判斷，除應注意行為人與被害人之性別、年齡、職業等個人條件外，尤應著重行為人與被害人間之關係、行為時之客觀情狀、行為地之方言或語言使用習慣等事項，依社會一般人對於語言使用之認知，

⁴⁴ 蔡墩銘，同註 25，頁 126-127。

⁴⁵ 相同見解之近期判決，請參考：臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 594 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 592 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 530 號判決、臺灣高等法院臺南分院 109 年度上易字第 178 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 182 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 200 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1839 號判決、臺灣高等法院 108 年度原上易字第 49 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 180 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 54 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 23 號判決、臺灣高等法院 107 年度上易字第 2470 號判決、臺灣高等法院高雄分院 106 年度上易字第 687 號判決。

⁴⁶ 高金桂，同註 28，頁 187。許澤天，同註 32，頁 258-261。

⁴⁷ 本段舉例及其行為評價，參考：許澤天，同註 32，頁 255、260。高金桂，同註 28，頁 187。

進行客觀之綜合評價，不宜僅著眼於特定之用語文字，即率爾論斷⁴⁸。」，亦即應綜合行為時一切情境，依一般人標準，客觀判斷是否該當侮辱(以下稱之「客觀綜合判斷法」)。

學說上亦無論所持法益見解為何，常出現與客觀綜合判斷法類似之論述，例如：許澤天教授於其文表示，是否構成侮辱，並非從被害人或行為人之主觀感受判斷，而是從陳述之客觀涵義出發，以一般人受領該陳述者之觀點，審酌個案所有情節(語意脈絡、當地習慣等)，判斷該陳述是否有指控他人人性瑕疵或道德瑕疵之意涵，而構成侮辱，或僅為缺乏禮貌或不得體之行為⁴⁹；陳子平教授指出，侮辱屬於規範性構成要件要素，須運用文化價值、道德價值等，亦即客觀考量行為人的年齡、教育程度、職業、與被害人之關係、行為地方言或用詞習慣等事項，判斷是否構成侮辱⁵⁰；甘添貴教授亦謂，輕蔑之表示是否有害於他人之感情名譽，宜就具體情形，視行為人與被害人之關係、年齡、教育程度、職業、方言、用詞習慣等加以客觀判斷，例如：同儕間之嘻笑辱罵，欠缺侮辱故意，亦不足以使他人精神上或心理上感到難堪或不快之虞，又如說人狗拿耗子多管閒事為民間慣用歇後語，無侮辱他人人格之意思，並非侮辱⁵¹。

回顧上開侮辱判斷標準之實務見解，依本文理解，法院採取客觀綜合判斷法之主要用意可能有二：其一，依循「一般人基準」而非「行為人基準」或「被害人基準」判斷個案言論是否構成足以貶損他人名譽之「侮辱行為」，較有助於各該法院形成一致之認定標準，且亦使受規範者得預見何等言論是刑法所處罰之侮辱行為，較能符合法律明確性原則之要求。其二，強調應綜合各該事項進行判斷，而

⁴⁸ 相同見解，近期判決可參考：最高法院 108 年度台上字第 3183 號判決、臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 258 號判決、臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 62 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 431 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 141 號判決、臺灣高等法院臺南分院 109 年度上易字第 167 號判決、臺灣高等法院 109 年度上訴字第 1 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 283 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1319 號判決、臺灣高等法院高雄分院 108 年度上易字第 719 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 291 號判決。

⁴⁹ 許澤天，同註 32，頁 260。

⁵⁰ 陳子平，同註 15，頁 326。

⁵¹ 甘添貴，同註 20，頁 156。

非著眼於隻字片語，旨在排除單純用以抒發情緒之口頭禪、地方方言，或是戲謔揶揄等行為該當侮辱⁵²，以避免對言論自由造成過度限制；至於不成罪之理由，有判決認為係欠缺侮辱故意(主觀構成要件不該當)⁵³；亦有認為非屬侮辱行為(客觀構成要件不該當)⁵⁴。

二、 說文解字法？

依本文觀察，上述客觀綜合判斷法實際上並未完全落實到所有法院判決，仍有部分判決遇到以髒話或粗俗字眼罵人之案例，即以「某言詞用語(髒話)→具有貶抑他人之負面意涵→故足以貶損他人人格名譽→該當侮辱行為」之邏輯逕行判斷(以下稱「說文解字法」)⁵⁵，以下提供三則近期實務案例證實此觀察結果⁵⁶：

⁵² 臺灣高等法院 108 年度上易字第 2524 號判決：「...惟如於熟識之人間以彼此嘻笑方式，口出上開言語，彼此均可理解陳述人僅係玩笑或口頭禪，而難認有侮辱之意...」。臺灣高等法院 108 年度上易字第 1319 號判決：「而是否構成侮辱之言論，非可一概而論，應審酌被告為此言論之心態、當時客觀之情狀、是否基於具體事實之陳述、或即便非真實，惟仍非真正惡意之陳述或抽象之合理評論，予以綜合判斷之。...就一般人之理解，可認被告係對告訴人為上開錄影拍攝等舉動之評論，而非無端謾罵、攻擊告訴人個人...被告既係針對告訴人之舉動，而非刻意針對告訴人之人格，其主觀上並無以言語否定告訴人人格之故意，即不具備刑法第 309 條公然侮辱罪之主觀構成要件故意。」，係採取客觀綜合判斷法，並以否定侮辱故意之方式排除成立本罪。

⁵³ 近期判決，可參考，臺灣高等法院 109 年度上易字第 629 號判決：「行為人所為客觀上對他人為負面評價之言詞或舉動等，縱足以造成該他人之難堪或不快，不必然成立公然侮辱罪，仍須探究其主觀上是否具有不當惡意詆毀之公然侮辱犯意。...是否具有主觀上之不法犯意，尚應探究該爭議性之言詞或舉動等之內容，比對行為人前後語意脈絡、當時客觀環境、前後因果歷程等相關情形，還原行為人陳述時之真意，依社會一般人對該特定表達之認知，為客觀綜合之評價。至於該特定用語表達在另案中是否曾被認定成立公然侮辱罪、他方是否因該表達而感受難堪或不快等，均非重點。換言之，應依個案具體情節審酌行為人主觀上有無不當惡意詆毀之公然侮辱犯意，以兼顧言論自由與人格名譽權之平衡保障，避免公然侮辱罪之不法範圍界定過廣，使民眾動輒得咎，失去適當評價之空間，損及言論自由之核心保障內涵，並違反刑法之謙抑性。」、臺灣高等法院 102 年度上易字第 1326 號判決(被列為值得參考判決)：「...惟依其為此部分言詞時前後對話之客觀狀況及其所使用之詞彙語意等綜合以觀，被告此部分所言當非以損害告訴人之名譽為目的。...」、臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 62 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 291 號判決。

⁵⁴ 近期判決，可參考，臺灣高等法院 109 年度上易字第 764 號判決：「至於是否屬足以貶損他人評價之侮辱行為，應行為人之動機、目的、慣用之語言、當時所受之刺激、所為之用語、語氣、內容及連接之前後文句統觀之，非得以隻字片語而斷章取義，更非單依被害人主觀上之感情為斷，縱行為人所為已傷及被害人主觀上之情感，惟客觀上對於被害人之人格評價並無影響時，尚不得遽以刑法公然侮辱罪加以論處。」、臺灣高等法院臺南分院 109 年度上易字第 167 號判決。

⁵⁵ 近期亦有學者明確指出此現象，請參考：許恒達，同註 5。在該內文中，許恒達教授指出：「我國刑事司法實務往往在判決中討論罵人話語及暴力行為的社會意義，尤其長篇大論地申述罵人詞彙算不算不尊重人。實務判決中純粹說文解字的論辯，不僅無謂浪費寶貴司法資源，法院論證的枝節細瑣，也早已脫逸雙方爭吵當下使用的文義脈絡。」。另可參考，林慈偉，公然侮辱罪於我國裁判實務之新開展，檢察新論第 19 期，頁 230-231，2016 年 1 月。

⁵⁶ 極致運用說文解字法之經典判決，另可參考：臺灣高等法院 100 年度上易字第 1963 號判決(酒醉乘客與計程車司機發生車資糾紛，辱罵司機「幹你娘老雞巴」)；臺灣高等法院臺南分院 106 年度上易字第 361 號判決(學員 B 向老師投訴同學 A 常利用線上教學互動平台張貼旅遊資訊，此舉引起同學 A 不滿，故於 LINE 多人群組進行批評，影射其批評對象為「背著一隻豬在身的同學」、「有幸和總統同姓的家裡還養隻豬的」)，此二案例，法院分別抓準了「幹你娘老雞巴」、「豬」字進行一番釋義，認定有負面意涵，即直接推論該當侮辱。

【諧音罵人案】

臺灣高等法院 108 年度上易字第 2382 號判決之事實背景是：排球協會成員甲（行為人）長期關注排球運動發展事宜，認為排球協會理事長乙（被害人；本名王貴賢）無心體制改革、不尊重球員，僅空言要帶領排球中華隊前進東京奧運之豪語，甲遂基於對乙的不滿，在個人臉書上公開張貼「去你的『亡跪嫌』前進東京奧運」之文字⁵⁷。

本件高等法院肯定系爭行為該當侮辱，其推論略為：「被告於其臉書上公開發表之『去你的亡跪嫌』等文字，其中『去你的』一詞本有輕蔑、鄙視之意涵，在一般通常口語及社會評價上，被認為係屬粗（髒）話、不雅及不莊重之意，足以令聽聞者感到難堪、不快。並足以貶損其名譽及尊嚴評價。而被告將告訴人之姓名刻意撰寫成諧音『亡跪嫌』，依教育部重編國語辭典修訂本所載，『亡』有『逃跑、失去、死去、消滅』之意，『跪』有『屈膝著地』之意，『嫌』有『怨隙、仇怨、處於可疑的地位、厭惡、討厭、猜疑、懷疑』之意...，足見『亡、跪、嫌』等用字，均帶有負面語意...而『亡跪嫌』之前復冠以『去你的』之輕蔑文字，益徵被告確有辱罵告訴人之意甚明。...將告訴人姓名繕打為帶有明顯負面字義之同音字，顯有醜化、羞辱告訴人、使人難堪之意思，依被告之年齡、社會經驗，自難諉為不知，而此言詞對於遭謾罵之對象而言，客觀上足使其難堪而貶損其人格及社會評價，至為灼然。⁵⁸」以行為人之用語具有負面意涵，即推斷為足以貶損他人名譽（社會評價）之侮辱行為，並同時肯認具備侮辱故意，對於客觀綜合判斷法揭示之判斷參數，自判決文觀之，完全未為審查。

⁵⁷ 事實之敘述，另參考第一審判決，臺灣臺北地方法院 108 年度易字第 599 號判決。

⁵⁸ 臺灣高等法院 108 年度上易字第 2382 號判決。

【公司漚還是人漚案】

臺灣高等法院 106 年度上易字第 1920 號判決之案例事實，涉及行為人與被害人於市場內因租約事項發生糾紛(詳情判決未揭明)，行為人憤而對被害人表示：「不知是公司漚或是人漚(台語)」。

對於上開言論是否該當侮辱，本件判決指出：「依教育部臺灣閩南語常用詞辭典網路版之解釋，『漚』為形容詞，多用來形容爛的、不好的、卑劣的人事物。例：漚步（卑劣的手段）、漚貨（爛貨）、漚梨仔（爛掉的梨子，也用來罵人），客觀上顯屬負面評價之字眼，足以貶損他人之名譽、人格及社會評價，為侮辱之言語無誤。而被告是直接對告訴人講前揭言語，已如前揭，又前揭言語之文意，被告直指告訴人『人漚』，顯是罵告訴人爛、不好、卑劣等意，故被告於前開時地，公然以前揭言語辱罵告訴人，自足以貶損告訴人人格尊嚴與社會評價。」而肯定該當侮辱。對於客觀綜合判斷法提供之判斷參數，同樣隻字未提。

【馮光遠諷金溥聰案】

此為 2016 年底熱烈報導之新聞事件⁵⁹，同時亦為臺灣高等法院 105 年度上易字第 1164 號判決之案例事實，其主要內容涉及：作家馮光遠於其個人臉書社群網站，貼文諷刺金溥聰是憑藉著與馬英九前總統之特殊性關係，故得以出任駐美代表，並指稱金溥聰與馬英九均為惡搞台灣民主的「混蛋、爛咖、下流胚」。

法院於本案亦操作前述說文解字法，指出：「觀諸被告在其個人臉書網頁張貼上開標題為『生活筆記：關於特殊性關係之臨時性寫作』之貼文，內文重複所指稱『甲○○這混蛋、爛咖、下流胚』、『金～～溥～～聰～～你這個台灣民主政治裡的混蛋、爛咖、下流胚』等內容，參酌教育部國語推行委員會編纂之重編國語辭典修訂本（網路版），其中『混蛋』一詞係『罵人愚笨、糊塗』；『爛』字則係『形容人不好、差勁』；『下流』則係指『品格汙下』之意...，是上開『混蛋、爛咖、

⁵⁹ 諷金溥聰下流胚 馮光遠判罰 5 千元定讞，自由時報電子報，2016 年 12 月 31 日，網址：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/1067313> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

下流氓』等語句，均含不屑、輕蔑之意，依據社會一般通念，已足以貶損自訴人人格、名譽及社會評價，核屬侮辱人之言語無訛。⁶⁰」認為系爭行為該當侮辱。

參、侮辱行為與誹謗行為之區分

基於我國妨害名譽罪章，係採取分設兩罪管制侮辱行為與誹謗行為之立法模式，而兩種行為所應適用之罪名構成要件不同(如:公然性、強暴、意圖散布於眾)、得援用之不罰事由不同(如:刑法第 310 條第 3 項)、法定刑不同，故如何區分兩者，即成為現行法下不得不面對之重要問題。茲分別簡介實務及學說所持之區分看法：

一、實務見解

於民國 30 年，司法院院字第 2179 號解釋針對「罵人為娼」究屬侮辱抑或誹謗之問題提出見解，認為若係意圖散布於眾而指摘或轉述他人為娼之具體事實，應論以誹謗罪；反之，若僅抽象謾罵他人為娼，未指摘具體事實，即應轉而討論是否構成公然侮辱罪⁶¹。此項依言論「有無指摘具體事實」分流適用誹謗罪、侮辱罪之區分標準，為我國最高法院所採用，且已形成我國法院實務之穩定見解，延續至今⁶²。

近期判決如，最高法院 107 年度台上字第 2402 號判決，針對被告(甲)向第三人(丙)表示「被害人(乙)頭腦有問題、是神經病」，請丙去轉告其母(丙母)「不要跟乙走太近」之案例事實，即明白揭示：「刑法第 309 條第 1 項公然侮辱罪，所謂『侮辱』，係指行為人所為抽象之謾罵或嘲弄等客觀上被認為是蔑視或不尊重他人之言詞或行為，而足以貶損他人人格及社會評價者而言。至於同法第 310 條第 1 項之誹謗罪，其所謂『誹謗』，乃指對於具體事實有所指摘及傳述，而足以損害他人

⁶⁰ 臺灣高等法院 105 年度上易字第 1164 號判決。

⁶¹ 司法院(30)年院字第 2179 號解釋。本解釋原文謂：「...又某甲對多數人罵乙女為娼。如係意圖散布於眾而指摘或傳述其為娼之具體事實。自應成立刑法第三百十條第一項之誹謗罪。倘僅謾罵為娼。並未指有具體事實。仍屬公然侮辱。應依同法第三百零九條第一項論科。」。

⁶² 可參考：最高法院 107 年度台上字第 3116 號判決、最高法院 107 年度台上字第 2402 號判決、最高法院 96 年度台上字第 2737 號判決、最高法院 86 年台上字 6920 號判決；臺灣高等法院 109 年度上易字第 157 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 182 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 283 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 314 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 498 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 594 號判決、臺灣高等法院臺南分院 108 年度上訴字第 821 號判決。

名譽者而言。」，對原審認定被告本件之言論構成誹謗罪加以質疑⁶³，要求二審法院特別斟酌「乙頭腦有問題、是神經病」之言論，究係指摘足以毀損他人名譽之具體事實？抑或僅係抽象之謾罵及嘲諷，而將原判決撤銷發回。言下之意，似認為被告之言論根本未指摘具體事實，僅抽象謾罵他人頭腦有問題、神經病，應考慮論以侮辱罪而非誹謗罪。可見係採取依言論「有無指摘具體事實」分流適用誹謗罪、侮辱罪之區分標準。

然而，依本文觀察，雖然多數實務判決均同意以是否具體指摘事實作為區分侮辱與誹謗之標準，但對於「**指摘具體事實並加以評論**」之言論，操作上究係應將具體指摘事實之言論部分歸入誹謗罪審查，其餘評論部分劃入侮辱罪審查(簡稱:A 見解)；或者，無須對言論進行切割，整體言論既已包含具體事實，就應納入誹謗罪之審查範圍，而評論之部分另以刑法第 311 條，尤其第 3 款合理評論原則加以保障(簡稱:B 見解)。於此問題，實務見解有所爭議，但至今似無文獻明白指出此分歧現象。

詳言之，持 A 見解者應係吸納了學說見解所提出之事實、意見區分基準(容後詳述)，認為言論具體指摘事實之部分性質上即屬事實陳述，應劃歸誹謗罪處理；至於對該事實陳述之評論部分，則屬意見表達，並無真偽與否之區分，應納入侮辱罪審查，並得適用刑法第 311 條第 3 款之合理評論原則阻卻違法。近期論述較詳細之判決，如臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 130 號判決即指出：「...學說多以刑法第 310 條第 1 項誹謗罪之構成要件意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之『事』，而將『言論』區分為『事實陳述』及『意見表達』二種。刑法第 309 條之立法理由亦明示：若侮辱則無所謂事實之真偽；至誹謗則於事之真偽應有分辨等語。換言之，刑法第 309 條所稱『侮辱』及第 310 條所稱『誹

⁶³ 最高法院 107 年度台上字第 2402 號判決(節錄)：「原判決於事實欄內記載：上訴人在張孝宇住家門前，對張孝宇說：『陳孟涵頭腦有問題、是神經病』云云，並要張孝宇轉告其母親陳冰凌不要跟陳孟涵走太近等情。倘若無訛，則上訴人所稱『陳孟涵頭腦有問題、是神經病』一語，究係足以毀損他人名譽之具體事實？抑僅係抽象之謾罵及嘲諷？又上訴人要張孝宇轉告其母親『不要跟告訴人走太近』一語，是否亦屬指摘或貶損他人之具體事實？抑僅屬其個人對他人交友所為之建議？似均有研酌之餘地。」

謗』之區別，前者係未指定具體事實，而僅為抽象之謾罵；後者則係對於具體之事實，有所指摘，而提及他人名譽者，稱之誹謗。很明顯的，事實陳述有所謂真實與否的問題；意見表達或對於事物之『評論』，因為涉及個人主觀評價的表現，即無所謂真實與否之問題。是以刑法第 310 條第 3 項前段規定『對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰』等語，既謂可以證明為真實者，祇有『事實』方有可能，此更足以證明我刑法誹謗罪僅規範事實陳述。至於針對特定事項，依個人價值判斷提出主觀之意見或評論，縱使尖酸刻薄，批評內容足令被評者感到不快或影響其名譽，並不在誹謗罪之處罰範圍。而未指摘或傳述不實事實之侮辱罪，其言論即屬意見表達或對人之『評論』，對於名譽權之侵害相對較小，更應受到言論自由之保障，從而侮辱罪限定以『公然』為要件，且其法定刑輕於誹謗罪，足見係立法者於基本權衝突時，選擇以較嚴格之方式限制侮辱罪之成立，以避免過度限制言論自由。是法院在認定屬於意見表達之『對於名譽權有侵害之虞之言論』是否為刑法第 309 條之『侮辱言論』時，即應審慎為之，避免因保護名譽權而過度侵害言論自由。」⁶⁴。

相對而言，持 B 見解之判決，認為侮辱罪之射程範圍僅及於抽象籠統謾罵之言論，而對具體事實發表評論意見，則應屬誹謗罪之審查範圍，與侮辱罪無涉，亦即以言論整體為是否指摘具體事實為判斷標的，若已具體指摘事實，應僅納入誹謗罪審查，並適用誹謗罪專屬之阻卻違法條文(刑法第 310 條第 3 項、第 311 條)。近期持此見解之代表性判決，例如臺灣高等法院 108 年度上易字第 2446 號判決表示：「...『關於伴隨事實陳述之意見表達』此種類型之意見表達，其『事實陳述』部分，依司法院釋字第 509 號解釋意旨，行為人至少應證明其言論內容，依其所提出之各項證據資料，足以在客觀上認為行為人有相當理由確信其為真實為限，即於此客觀上一般人得以認為有相當理由係真實之基礎上為適當之意見表達或評論，方得受言論自由之保障。而該針對特定、具體事實，依個人價值判斷

⁶⁴ 相同見解可參考：臺灣高等法院 108 年度上易字第 1561 號判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 1037 號判決。

而衍伸提出主觀且與事實相關連之意見表達或評論部分，縱該用語、字詞屬於負面批評，因該言論係個人主觀評價之表現，其用字譴責(筆者按:詞)是否妥當，社會大眾均有評論之空間，無所謂真實與否，則仍屬『意見表達』之言論範疇，須透過『合理評論原則』，亦即『以善意發表言論，對於可受公評之事為適當評論』之誹謗罪阻卻違法事由審究。」，據此見解，高等法院似認為，該個案之被告 D 男，在其女友 A 女具體指摘告訴人利用權勢性交猥褻情事的網路社交平台貼文底下，留言批評告訴人「真是人渣」、「有夠垃圾」，乃係對於具體事實發表評論，應審酌是否符合第 311 條第 3 款之合理評論原則。

二、學說見解

學說上對於「侮辱行為與誹謗行為有何不同」之命題，部分學者採取與實務見解親和的立場，認為兩者之區別在於「是否指摘具體事實」⁶⁵，依其見解，公然謾罵某女為娼，為侮辱行為；意圖散布於眾，指摘傳述某女在何處為娼的具體事實，則屬誹謗行為⁶⁶。

另有學者認為，侮辱罪所規範者，係損害他人名譽之意見表達；誹謗罪，則旨在規範損害他人名譽之事實陳述，兩者之分野在於「意見與事實」⁶⁷，所稱事實，是指現在或過去的具體歷程或狀態，且具有可驗證其真偽之性質者；所謂意見，則為主觀之價值判斷，欠缺可茲驗證真偽之性質⁶⁸。區分上應以一般受領人之

⁶⁵ 林山田，同註 24，頁 260-261。

⁶⁶ 林山田，同註 24，頁 260-261。

⁶⁷ 林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明-兼評大法官釋字第五零九號解釋，收錄於:刑法與刑訴之交錯與適用，頁 347-348，2008 年 8 月。劉傳璟，言論自由與名譽權之衝突與調和—從憲法與刑法出發，國立高雄大學碩士論文，頁 31，2008 年。近期亦開始有實務判決支持此說，例如臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 130 號判決謂:「至於針對特定事項，依個人價值判斷提出主觀之意見或評論，縱使尖酸刻薄，批評內容足令被評者感到不快或影響其名譽，並不在誹謗罪之處罰範圍。而未指摘或傳述不實事實之侮辱罪，其言論即屬意見表達或對人之「評論」，對於名譽權之侵害相對較小，更應受到言論自由之保障，從而侮辱罪限定以「公然」為要件，且其法定刑輕於誹謗罪，足見係立法者於基本權衝突時，選擇以較嚴格之方式限制侮辱罪之成立，以避免過度限制言論自由。」

⁶⁸ 林鈺雄，同前註，頁 347-348。司法院釋字第 509 號解釋吳庚大法官協同意見書:「...按陳述事實與發表意見不同，事實有能證明真實與否之問題，意見則為主觀之價值判斷，無所謂真實與否...」。公然侮辱罪之立法理由:「稱侮辱者...;稱誹謗者...。二者之區別，若侮辱則無所謂事之真偽，至誹謗則於事之真偽應有分辨者。」，參考黃源盛，同註 17，頁 740。

理解為基準，判斷該表述是否具有可證明性⁶⁹。而區分之實質理由可能在於，意見表達涉及個人思想的表達，此類言論對於個人實現自我、發展人格尤為重要⁷⁰，故法律對於意見表達之保障(容許)程度應高於事實陳述⁷¹。公然侮辱罪之法定刑較低、要件較誹謗罪嚴格，即在展現:相較於事實陳述，對於意見表達應有更多包容的立法基點⁷²。

肆、 侮辱故意與特殊主觀構成要件要素

公然侮辱罪之成立，以行為人具備公然侮辱故意而為本罪行為為必要，此故意包括直接故意與間接故意⁷³，乃屬共識，並無疑問。依本文觀察，本罪之主觀構成要件在解釋上，值得深入探究說明之重要問題主要有二，第一，「侮辱故意」所審查之具體內涵為何？尤其我國實務判決，時有以被告在行為時之情境出言罵人，雖用語粗俗，但係基於一時氣憤之情緒抒發，並無侮辱相對人之意思為由，否定主觀構成要件該當性。此項實務操作應予介紹，並於後續章節檢討之。第二，本罪主觀構成要件之滿足，是否僅須行為人認知其言論足以貶損他人名譽，並意欲發表該言論即可？抑或另要求行為人須具備貶損他人名譽之意圖或目的，始該當主觀構成要件？此則涉及特殊主觀構成要件承認與否之爭議問題。以下分別彙整說明之。

一、 侮辱故意之解釋與應用

侮辱故意，若遵循:主觀構成要件是指行為人對於所有客觀構成要件要素之實現有所認知，並希望該客觀不法要件實現之心理狀態⁷⁴，此項基本定義加以推論，則其內涵應為，行為人對於其行為情狀為公然，且其行為足以貶損他人名譽有所認知，並意欲行之。換言之，行為人僅須認識到其所使用之言詞或肢體動作，具

⁶⁹ 王澤鑑，人格權保護的課題與展望(三)-人格權的保護範圍及具體化(4)-名譽權(上)，台灣法學雜誌，第89期，頁42-43，2006年12月。

⁷⁰ 王澤鑑，同前註，頁42。

⁷¹ 林鈺雄，同註67，頁348。司法院釋字第509號解釋吳庚大法官協同意見書。吳耀宗，同註31，頁55。

⁷² 林鈺雄，同註67，頁348。

⁷³ 林山田，同註24，頁259。

⁷⁴ 王皇玉，同註11，頁215。林鈺雄，新刑法總則，頁185，2014年9月，4版。

有足以貶損他人名譽之品質，並意欲表達該言論，即滿足侮辱故意之要求⁷⁵。我國論及侮辱故意內涵之文獻，基本上即係如此主張，例如，有持感情名譽說之學者即指出，侮辱故意係指行為人主觀上認識到其行為足使他人精神上、心理上感受到難堪或不快，而決意為之⁷⁶。至於行為人是否具有損害他人名譽之意圖，則與本罪之成立(侮辱故意具備與否之判斷)無關⁷⁷。

法院實務，對於侮辱故意之判斷，則較諸上開學理定義更嚴格，時有法院判決以行為人欠缺侮辱故意為由排除本罪成立。論理上或有認為，綜觀行為時整體情境，行為人係針對告訴人之言行，表達不認同或不滿、僅係基於不滿或一時氣憤口出粗俗不雅的言語，非意在侮辱⁷⁸；或認為，被告出言批評，無非肇因告訴人令其不悅且無法理性溝通之言行，係屬被告針對告訴人之舉動所為之意見表述，堪認尚在情理之內，而非流於單純情緒性、人身攻擊之批評或謾罵，其言詞縱令告訴人感到不快，亦無法遽認被告即有公然侮辱之故意⁷⁹。或認為，「被告所言係針對告訴人所做之事發表自己之負面評價看法，並非直接對於告訴人之人格予以羞辱或故意有所貶抑。而就自己不喜歡之事物發表負面觀點（即評價、評論或批評），所使用之文字語言雖不免損及被評價人之名譽或名譽感情，惟此係伴隨負面評論而來之必然附帶效果，實不能因此即遽認發表自己觀點而為負面評價之人非善意，亦不能因此認其係以發表負面評價來表示主觀之輕蔑意思，而故意侮辱被評價人」⁸⁰。或認為，行為人發表言論「意在表示自己非常不認同告訴人如此主張，其語氣用詞應在表示直接強烈之反對意見，雖使用較為不雅或不適當之言語或文字...本諸憲法保障言論自由意旨、刑法的最後手段性、可罰的違法性，應為構成要件適用範圍之合目的性的限縮，尚難認為被告上開貼文係意在損害告訴人

⁷⁵ 臺灣高等法院 109 年度上訴字第 1 號判決謂：「...被告基於公然侮辱之主觀犯意，在前開特定多數人得以共見共聞之場所，以上開足以貶損他人名譽、人格及社會評價之文字辱罵告訴人，顯已該當於公然侮辱罪之構成要件無訛。」所描述之侮辱故意內涵，與此理解近似。

⁷⁶ 盧映潔，刑法分則新論，頁 594，2016 年 8 月，11 版。

⁷⁷ 林山田，同註 24，頁 259-260。蔡墩銘，同註 25，頁 127。

⁷⁸ 臺灣高等法院 106 年度上易字第 1707 號判決。

⁷⁹ 臺灣高等法院 109 年度上易字第 1077 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 622 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1319 號判決。

⁸⁰ 臺灣高等法院 107 年度上易字第 1255 號判決。

名譽而有侮辱故意」⁸¹。或認為，「衡情被告因此爆發對告訴人之不滿情緒，進而激動氣怒憤而夾雜『你媽的』等字傳送而出，可認此『你媽的』3字，係被告在情緒激動之下之加重語氣之情緒宣洩、意境傳達之情緒性對應字眼無誤，並非罵人，從而，被告前揭所辯並無侮辱或罵人之意等語，尚屬可採，被告並無貶抑告訴人人格地位、名譽之故意，應堪認定」⁸²。

觀察上述法院實務認定個案行為欠缺侮辱故意之理由，雖說理過程不同(宣洩一時激動情緒、以加強語氣表達反對意見、對事件發表負面評價而非貶損人格...)，但最終均強調:行為人並無貶損他人名譽之意思，故無侮辱故意。此項見解，實與前述學說上對於侮辱故意之理解有所不同，已額外將行為人之發言有無侵害他人名譽之內在意思納入侮辱故意之判斷，使侮辱故意之認定更趨嚴格。

二、 特殊主觀構成要件要素:名譽貶損意圖

我國多數學說文獻對於本罪主觀構成要件之描述，僅提及侮辱故意，對於其內涵之描述，如前所述，有持感情名譽說之學者認為，係指行為人主觀認識其行為為足使他人精神上、心理上感到難堪或不快，並決意為之。亦即，多數文獻似認為，行為人對於其行為足以侵害他人名譽有所認知，並意欲發表該言論即具備侮辱故意。至於行為人是否具有損害他人名譽之意圖，則與本罪之成立無關⁸³。

少數學說則認為，本罪係具有特殊內在意向要求之犯罪類型，即所謂表意犯⁸⁴。主觀構成要件，除以客觀構成要件為具體認知(認識到其行為之客觀情境為公然;知道其行為形式係足使他人名譽受損之言詞或肢體動作)與希望其發生之故意為其內涵外，更額外要求行為人於行為時，具備欲使他人名譽因此受到損害的強化內在意向，以此區分不法之侮辱行為與戲謔行為之刑法評價⁸⁵。

⁸¹ 臺灣高等法院臺南分院 107 年度上易字第 289 號刑事判決。

⁸² 臺灣高等法院 106 年度上易字第 1164 號判決。

⁸³ 林山田，同註 24，頁 259-260。蔡墩銘，同註 25，頁 127。

⁸⁴ 柯耀程，表意犯的迷思-台北地方法院八十八年度易字第二六五七號判決暨台灣高等法院八十九年度上易字第一五四號判決評釋，月旦法學雜誌，第 69 期，頁 179，2001 年 2 月。

⁸⁵ 柯耀程，同前註，頁 180-183。

法院實務，亦有相當數量之判決強調公然侮辱罪，須具備毀損他人名譽之意圖為主觀構成要件⁸⁶，以此排除重在表達強烈不滿或反對意思的粗俗言論成立本罪。茲以臺灣高等法院 106 年度上易字第 1707 號判決案例舉例說明如下：

【你是在哭爸案】

該案案例事實略為：被告甲之胞姊搭乘司機乙駕駛之計程車，於下車時開門撞到紅綠燈之桿柱，雙方因此發生糾紛，員警到場檢查後發現車門外觀並無毀損跡象，詢問雙方是否願意和解，惟司機乙堅決反對和解，並要求警察製作筆錄及依法處理，否則將檢舉該員警，被告甲見狀即脫口對乙說出「你是在哭爸(台語)」。

該案法院首先明白指出：「刑法公然侮辱罪之成立，自以行為人主觀上具有毀損他人名譽之不法意圖為必要，行為人行為是否具有主觀不法意圖，則須依行為當時之具體情況客觀判斷之，故任何客觀上造成毀損他人名譽結果之行為，是否構成公然侮辱或誹謗罪，須視行為人主觀上是否具有毀損名譽之惡意，資為判斷之依據，倘無積極之證據足資證明行為人有毀損名譽之惡意，即不能以誹謗或公然侮辱罪相繩。」，認為公然侮辱罪之主觀構成要件要素包括名譽毀損意圖。

其後，針對本件具體案例，法院認定：「...被告係因對告訴人在無任何車損又值春節期間，堅持不願和解而要求員警製作筆錄之言行，表達不認同或不滿，依上述案發當時被告之動機及情境整體觀察，亦難認『你是在哭爸』係對於告訴人之人格或社會評價加以惡意羞辱貶抑之用語，被告辯稱伊無侮辱告訴人之意等語，應可採信。從而，被告僅係基於不滿或一時氣憤口出『你是在哭爸』等粗俗不雅或不適當之言語，既非意在侮辱，且對告訴人在社會上人格之評價並未產生減損，揆之上開說明，即難遽以公然侮辱罪相繩。」，以行為人雖口出粗言，但其用意在於抒發情緒或表達不滿，欠缺貶損相對人名譽之意圖，否定主觀構成要件該當性。

⁸⁶ 可參考，臺灣高等法院 106 年度上易字第 1707 號判決、臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 175 號判決、臺灣高等法院高雄分院 103 年度上易字第 293 號判決、臺灣高等法院臺南分院 102 年度上易字第 739 號判決、臺灣高等法院臺南分院 102 年度上易字第 408 號判決、臺灣高等法院 101 年度上易字第 2938 號判決、臺灣高等法院 101 年度上易字第 1525 號判決、臺灣高等法院臺南分院 100 年度上易字第 583 號判決、臺灣高等法院高雄分院 98 年度上易字第 971 號判決。

綜上所述，實務見解認為，本罪主觀構成要件該當性的判斷，應審酌行為人是否有貶損他人名譽之意思(意圖)，至於解釋論上，究係擴大解釋侮辱故意內涵，抑或新增名譽貶損意圖之特殊主觀要件，皆有判決支持。反觀學說見解，則多認為本罪主觀構成要件，以行為人對於其行為足以侵害他人名譽、具公然性有所認知，仍意欲發表該言論即足，至於行為人是否具有損害他人名譽之意圖，無須納入判斷。

第二項 公然性

本罪之客觀構成要件，除包括前已述及之侮辱行為外，亦要求行為情狀為「公然」(具備公然性)⁸⁷。所謂「公然」，學說及實務咸認，係指不特定人或多數人得以共見共聞之狀態⁸⁸，至於被害人是否在場見聞⁸⁹，以及實際上有多少人果已共見共聞，則非所問⁹⁰。

公然性要件之解釋，稍有爭議之處，在於何謂「多數人」得以共見共聞？有認為係指人數眾多，非經相當時間之分辨，難以計數者而言，包括特定多數人在內⁹¹。亦有認為，使行為人外特定人二人以上得以共見共聞⁹²，或三人以上之場合⁹³，即為公然(所要求之多數人)⁹⁴。尚有認為，特定多數人之計算，應視各罪名之立法意旨及實際情形已否達於公然之程度而定⁹⁵。

⁸⁷ 甘添貴，同註 20，頁 157。

⁸⁸ 最高法院 108 年度台上字第 865 號判決、最高法院 108 年度台上字第 3875 號判決。司法院(29 年)院字第 2033 號。甘添貴，同註 20，頁 157。林山田，同註 24，頁 258。陳子平，同註 15，頁 323。許澤天，同註 32，頁 265。

⁸⁹ 司法院(30 年)院字第 2179 號。

⁹⁰ 司法院大法官釋字第 145 號解釋。甘添貴，同註 20，頁 157。林山田，同註 24，頁 258。

⁹¹ 司法院大法官釋字第 145 號解釋陳世榮大法官不同意見書。林山田，同註 24，頁 258。臺灣高等法院 108 年度上易字第 2503 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 502 號判決、臺灣高等法院 107 年度上易字第 2336 號判決。

⁹² 司法院大法官釋字第 145 號解釋金世鼎大法官不同意見書。許澤天，同註 32，頁 265。明言不採此說之實務判決，臺灣高等法院高雄分院 106 年度上易字第 819 號判決、臺灣高等法院 96 年度抗字第 373 號裁定。

⁹³ 林東茂，同註 15，頁 98。

⁹⁴ 反對見解請參考，陳子平，同註 15，頁 323-324。陳子平教授認為，多數人係指社會上一般所瞭解的人員數量而言，僅僅是複數的人尚不充足，須有一定人數的量始可。廖正豪，妨害名譽罪之研究，載於：刑法分則論文選輯(下)，頁 565，1984 年 7 月。亦指出，複數之人尚不足以稱為多數人，必以相當之多數，始足稱為多數人，是以三、五人之場所，苟非不特定之人，尚非為公然。

⁹⁵ 司法院大法官釋字第 145 號解釋。多數實務判決採此說，臺灣高等法院 109 年度上易字第 860 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 530 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第

近期實務判決見解不一，有採取第三說者⁹⁶；亦有兼採第一說與第三說者⁹⁷。但對於「多少人方得構成特定多數人」之問題，尚無明確標準，有判決肯認八人在內之警備隊 LINE 通訊群組，係特定多數人得以共見共聞之情狀⁹⁸。有判決針對被告與告訴人通話，告訴人開啟電話擴音功能，而告訴人之配偶及兩名幼童在旁之情形(位於密閉家中之四人)，認定不構成特定多數人⁹⁹。亦有判決認定，僅提供住戶使用之內門與外門間區域，計有四人在場(含被告及告訴人)，並非特定多數人¹⁰⁰。

而對於「不特定人」得以共見共聞之闡釋，法院實務採取寬鬆認定之立場，認為不論實際上是否有人在場共見共聞，只須該處隨時可能有不特定人(或多數人)通行、使用，即屬不特定人(或多數人)得共聞共見之場所，認定僅行為人及告訴人在場之走道或樓梯間為侮辱行為，符合公然性要件¹⁰¹。

第三項 強暴方法

刑法第 309 條第 2 項針對行為人以強暴手段為公然侮辱行為，設有加重處罰規定。此所謂強暴，包括對人之身體直接或間接施加有形力¹⁰²，且不以該有形力直接接觸身體為必要¹⁰³。「直接」對人之身體施加有形力之強暴侮辱，掌摑他人¹⁰⁴、

551 號判決、臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 404 號判決、臺灣高等法院臺南分院 109 年度上易字第 38 號判決。

⁹⁶ 最高法院 108 年度台上字第 3875 號判決。

⁹⁷ 臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 347 號判決、臺灣高等法院 107 年度上易字第 2336 號判決。

⁹⁸ 臺灣高等法院 107 年度上易字第 2336 號判決。

⁹⁹ 臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 347 號判決。

¹⁰⁰ 臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 1045 號判決。

¹⁰¹ 臺灣高等法院臺南分院 99 年度上易字第 728 號判決、臺灣高等法院 95 年度上易字第 1091 號判決。近期判決，如臺灣高等法院 106 年度上易字第 2312 號判決亦採類似見解，指出管委會管理室屬於社區住戶、訪客得自由出入之場所，社區住戶、訪客均可能因通行該處而見聞侮辱情事，自屬不特定多數人皆可能共見聞，而達「公然」之狀態。

¹⁰² 陳子平，同註 15，頁 327。余振華，刑法上強暴脅迫概念之探討，警察法學第 5 期，頁 407-408，2006 年 10 月。林東茂，同註 15，頁 98-99。林山田，同註 24，頁 259。後二文獻雖未明言此定義，但所舉之實例皆為對人之身體直接施加有形力。實務見解，可參考，臺灣高等法院 109 年度上易字第 860 號判決、臺灣高等法院高雄分院 108 年度上訴字第 979 號判決、臺灣高等法院臺南分院 107 年度上易字第 403 號判決、臺灣高等法院高雄分院 106 年度上易字第 712 號判決、臺灣高等法院 102 年度上易字第 644 號判決。

¹⁰³ 廖正豪，同註 94，頁 567。實務見解，可參考，臺灣高等法院 109 年度上易字第 860 號判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 1748 號判決。

¹⁰⁴ 可參考，臺灣高等法院花蓮分院 108 年度上易字第 3 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 2275 號判決。

對人丟擲廚餘或不明液體¹⁰⁵、丟鞋¹⁰⁶、剪去他人頭髮等¹⁰⁷，均屬適例；然而，何謂「間接」對人之身體施加有形力，文獻上多未為闡釋，依各該文獻對強暴侮辱行為之其它舉例(強拉他人裙褲¹⁰⁸、撕破他人衣服¹⁰⁹)加以推測，可能係指對於人現正穿戴之物施加物理力，而間接作用於人之身體(如:使人之內部襯衣或體膚外露)之謂。但是，對人施加心理或精神上之壓力，例如手持彎刀辱罵他人，則不屬之¹¹⁰。

至於以對物施加有形力為手段行公然侮辱，得否構成強暴，則有疑問。學說上有認為，強暴之對象必須為人體，對物為有形力之不法攻擊不成立強暴¹¹¹。亦有認為，對物實施，而對人在物理上或心理上產生強烈影響者，例如向他人住宅丟擲雞蛋、潑灑豬糞、撒冥紙或噴紅漆等，可該當強暴¹¹²。近期實務則有判決認定，當面潑灑咖啡於被害人之機車，係對被害人之身體間接施以有形力，且客觀上足使告訴人難堪、受辱，該當強暴¹¹³。

第三節 法定不罰事由-刑法第 311 條之適用疑義

刑法第 311 條所列共計四款善意發表言論不罰之規定，乃立法者針對言論自由與個人名譽兩項基本權發生衝突時，調和並劃定孰應退讓之界線明文¹¹⁴。在個案行為符合本條款之要件時，行為人之言論自由較諸被害人之名譽，應受優先保障，故其行為縱已侵害他人名譽，刑法仍不予管制處罰。關於本條款之解釋與運

¹⁰⁵ 可參考，臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 302 號判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 1748 號判決、臺灣屏東地方法院 109 年度訴字第 131 號判決。對人潑水是否構成強暴侮辱，則有不同見解，否定看法可參考，臺灣高等法院臺南分院 107 年度上易字第 403 號判決；肯定看法可參考，臺灣高等法院高雄分院 103 年度上易字第 716 號判決、林東茂，同註 15，頁 99。

¹⁰⁶ 臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 1184 號判決。

¹⁰⁷ 廖正豪，同註 94，頁 567。

¹⁰⁸ 林山田，同註 24，頁 259。

¹⁰⁹ 林東茂，同註 15，頁 99。

¹¹⁰ 廖正豪，同註 94，頁 567。另可參考，臺灣高等法院高雄分院 108 年度上訴字第 979 號判決，被告手持彎刀(未揮舞)辱罵告訴人，不成立強暴侮辱。

¹¹¹ 廖正豪，同註 94，頁 567。

¹¹² 甘添貴，同註 20，頁 156。

¹¹³ 臺灣高等法院 109 年度上易字第 860 號判決。

¹¹⁴ 刑法第二次修正案(1918 年)立法理由：「蓋保護名譽應有相當之限制，否則箝束言論足為社會之害，故以善意發表言論而有本條所列情形者，不問事之真偽概不處罰，本案酌採多數國立法例規定本條，庶於保護名譽及言論自由兩者，折衷以求適當。」。類似觀點，可參考：吳耀宗，同註 31，頁 54。

用，較關鍵之問題有三，其一，本條款在犯罪階層體系上之定位為何？其二，公然侮辱行為得否適用本條款而不罰？其三，若肯認公然侮辱罪亦可適用本條款不罰，則係全部款項皆有適用還是部分適用而已？各款要件又應作如何之解釋與運用？以下將依循上開問題意識，以公然侮辱行為為討論重心，論述法院實務及學說對諸項問題之見解。

第一項 本條款之犯罪階層體系定位

多數法院實務及學說見解認為本條款之性質為**阻卻違法事由**¹¹⁵。理由構成上，有主張本條款係立法者針對基本權衝突(言論自由與名譽權)所設計之調和規定¹¹⁶，若侵害名譽之發言(經司法者利益衡量認定)符合本條款所列事由，則其重要性高於被侵害之名譽權，此際名譽權應向言論自由退讓¹¹⁷。由此可知，本條款係法規範為**維護更重大的利益而容許對他人權利之侵害行為**，將之定位為阻卻違法事由較妥當¹¹⁸。亦有認為，本條款所列舉之四種情形，或為權利行為，或為職務上之義務行為，或對於可受公評之事予以適當評論或載述，雖可能足以毀損他人社會評價，具備妨害名譽罪構成要件該當性，惟此等行為，性質上皆屬正當行為，且行為人出於善意為之，無行為反價值，欠缺實質之違法性¹¹⁹，故可阻卻違法。實務見解，有傾向支持前述利益衡量觀點者，如臺灣高等法院 106 年度上易字第 1492 號判決明示：「刑法第 311 條規定...係法律特設之阻卻違法事由，目的即在維護善意發表意見之自由。是以行為人對於可受公評之事，依個人價值判斷所提出之適當評論，縱批評內容之用詞遣字尖酸刻薄，足令被批評者感到不快或影響其名譽，亦應認受憲法之保障，蓋維護言論自由俾以促進政治民主及社會健全發展，

¹¹⁵ 近期實務見解可參考：最高法院 109 年度台上字第 3101 號判決、最高法院 107 年度台上字第 3116 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 1320 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 528 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 346 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 551 號判決等。學說見解可參考：甘添貴，同註 20，頁 158。林東茂，同註 15，頁 102。許澤天，同註 32，頁 281。此外，司法院釋字第 509 號解釋亦有謂：「刑法第三百一十一條規定...係法律就誹謗罪特設之阻卻違法事由，目的即在維護善意發表意見之自由，不生牴觸憲法問題。」。

¹¹⁶ 司法院釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書。

¹¹⁷ 劉傳璟，同註 67，頁 134。臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 381 號判決、臺灣高等法院高雄分院 107 年度上易字第 31 號判決，亦有類似之說明。

¹¹⁸ 高金桂，同註 28，頁 203-204。

¹¹⁹ 甘添貴，論自由與妨害名譽，台灣本土法學雜誌第 14 期，頁 115，2000 年 9 月。

與個人名譽可能遭受之損失兩相權衡，顯有較高之價值，於此情形，自應認有刑法第 311 條第 3 款所定以善意發表言論，對於可受公評之事為適當評論之阻卻違法事由，而屬不罰之行為。」可茲參照。

少數學說則主張本條款為阻卻構成要件事由，論理略為：行為人既以善意發表言論，可知主觀上即不具誹謗故意，故其發言行為欠缺構成要件故意而不成罪¹²⁰。所列四款客觀事由，旨在輔助司法者(正確判斷構成要件故意之存否)，不必僅就行為人主觀意思，而可輔以客觀可見之行為作出判斷¹²¹。少數實務見解，近期如臺灣高等法院 107 年度上易字第 1346 號判決表示：「行為人以善意發表言論時，可認其主觀上不具誹謗故意、散布於眾意圖，即善意發表言論行為因欠缺構成要件故意及散佈於眾之不法意圖，而不具構成要件該當性，即不成立誹謗罪，是刑法第 311 條屬阻卻構成要件事由。」即明確支持此說¹²²。

第二項 公然侮辱行為得否適用本條款而不罰？

就公然侮辱得否適用本條款而不罰之命題，實務及學說上皆有爭議，尤以得否適用本條第 3 款之論爭最為激烈。

持否定見解者，有認為本條款之適用對象係關於事實之意見表達或評論，就誹謗罪特設之阻卻違法事由¹²³，而侮辱行為係對人為抽象、籠統性侮辱，性

¹²⁰ 林山田，同註 24，頁 266。張志隆，公然侮辱與誹謗罪規範之適用與區辨，國立成功大學法律研究所碩士論文，頁 112-113，2005 年。陳宜誠，論侵害人格犯罪之不罰規定，東吳大學法律系碩士論文，頁 86-87，2008 年。

¹²¹ 林山田，同註 24，頁 266。臺灣高等法院 87 年度上易字第 1193 號刑事判決謂：「以刑法第三百一十一條明定阻卻構成要件事由，只要行為人之行為係以善意發表言論而客觀上符合該條所規定之要件者，縱足以造成毀損他人名譽之結果，亦不該當於誹謗罪之構成要件，亦即其主觀上並不具備誹謗之故意及散佈於眾之不法意圖，藉以解決刑法實務上就主觀不法意圖判斷上之困難...」。

¹²² 持阻卻構成要件說之實務判決，可參考：臺灣高等法院高雄分院 107 年度上易字第 147 號判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 1870 號判決、臺灣高等法院 105 年度上易字第 1794 號判決、臺灣高等法院 105 年度上易字第 1251 號判決、臺灣高等法院 105 年度原上訴字第 19 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 104 年度上易字第 129 號判決、臺灣高等法院 94 年度上易字第 1252 號判決、臺灣高等法院 87 年度上易字第 1193 號刑事判決。

¹²³ 法院實務時有判決援引司法院釋字第 509 號解釋理由書所謂：「刑法第三百一十一條規定…係法律就誹謗罪特設之阻卻違法事由，目的即在維護善意發表意見之自由，不生抵觸憲法問題。」，作為否定公然侮辱行為適用刑法第 311 條之論據。可參考，臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 1028 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 108 年度上易字第 509 號判決、臺灣高等法院高雄分院 108 年度上易字第 345 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 291 號判決、臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 905 號判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 2312 號判決。

質上並非針對具體事件表達意見或評論，故無從適用本條款¹²⁴。亦有認為，宣洩情緒、謾罵(之侮辱行為)，並無法達到雙方理性溝通意見，復無助於事實真理發現或達到監督各種社會活動之功能，縱行為人能因此宣洩抒發情緒，實現自我，惟此種言論既屬空泛攻訐性言詞，該言論之表見自由在與他人名譽或人格尊嚴等發生權利衝突競合時，並無應受特別保護的優越性¹²⁵，故無須適用本條款(亦即侮辱之言論自由價值恆居於利益衡量之落敗方，毋庸適用本條款為利益衡量判斷)。另有判決指出，刑法第 311 條第 3 款之免責條款係就「事」為負面的合理評價時(例如指摘他人有婚外情、指摘他人官商勾結)，所設之免責條件，以保障言論自由，至於針對「人」所為貶損他人人格之穢語為辱罵，自不屬之，故公然侮辱行為不得適用本條第 3 款¹²⁶。

持肯定見解者則認為，就條文編排體例而言，刑法第 311 條既係規定於妨害名譽罪章，置於第 309 條公然侮辱罪及第 310 條誹謗罪之後，並未限定僅適用誹謗罪，在同為「妨害名譽」言論類型的公然侮辱罪，不應逕行排斥其適用¹²⁷。且行為人基於善意所發表之言論，亦可能出於抽象之言詞或動作¹²⁸，例如電視記者

¹²⁴ 最高法院 109 年度台上字第 3101 號判決、最高法院 107 年度台上字第 3116 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 1320 號判決、臺灣高等法院臺南分院 108 年度上訴字第 821 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 551 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 594 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 314 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 283 號判決、臺灣高等法院高雄分院 108 年度上易字第 560 號判決、臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 1028 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1463 號判決、臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 707 號刑事判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 979 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 108 年度上易字第 345 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 291 號判決。持此說之學說見解，可參考，林東茂，同註 15，頁 102。陳宜誠，同註 120，頁 90-91。張志隆，同註 120，頁 118。

¹²⁵ 臺灣高等法院 109 年度上易字第 76 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1692 號判決、臺灣高等法院高雄分院 108 年度上易字第 345 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 291 號判決、臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 905 號判決。

¹²⁶ 臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 551 號判決、臺灣高等法院臺中分院 109 年度上易字第 649 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 905 號刑事判決。

¹²⁷ 臺灣高等法院臺南分院 109 年度上易字第 38 號判決、臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 130 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1194 號判決、臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 762 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1292 號判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 2382 號判決、臺灣高等法院高雄分院 106 年度上易字第 681 號判決。學說見解，可參考：甘添貴，同註 20，頁 158。

¹²⁸ 臺灣高等法院臺南分院 109 年度上易字第 38 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1194 號判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 1492 號判決、臺灣高等法院 105 年度上易字第 736 號判決、臺灣高等法院 101 年度上易字第 2108 號判決。

報導公務員貪汙惡行時，直言其厚顏無恥或喪盡天良等¹²⁹。此外，本條之設計目的，乃在於調和人民言論自由、名譽、信用等基本權利，適用對象應涵蓋整個妨害名譽與信用罪，並非僅適用於誹謗罪¹³⁰。另針對公然侮辱行為得否適用本條第3款，有判決指出，公然侮辱之言詞，既包括不涉及事實之陳述，性質上即偏向於所謂意見之表達，在審究意見表達或評論之言詞是否構成公然侮辱之言詞，更應操作「合理評論原則」之不罰事由，與其說合理評論原則(刑法第311條第3款)是對於刑法第310條誹謗罪之阻卻不法要件事由，毋寧應視為係對於刑法第309條之阻卻不法事由¹³¹。

第三項 公然侮辱行為適用刑法第311條之要件

如前所述，文獻上部分見解認為刑法第311條(下稱本條)之適用範圍兼及於公然侮辱行為，則進一步的問題即為：1)各款要件應作何解釋、2)公然侮辱行為於如何情況得適用本條不罰？有待釐清。但由於當前文獻多僅針對公然侮辱行為適用本條第1、3款之情形加以說明，對於第2、4款則從略甚或不提，故在此僅就本條第1、3款之適用現況進行彙整及回顧：

壹、各款共通要件：善意發表言論

本條所列4款事由之適用，皆以善意發表言論為前提。綜觀我國學說及實務對此「善意」要件之闡釋，可彙整出如下不同見解：

學說及實務上有認為，**善意是指行為人發表言論之動機，非專以損害他人名譽為唯一目的**¹³²。持此見解之代表性論述，如甘添貴教授認為：「所謂善意，乃非

¹²⁹ 甘添貴，同註20，頁158。

¹³⁰ 甘添貴，同註119，頁115。

¹³¹ 臺灣高等法院109年度上易字第528號判決、臺灣高等法院109年度上易字第685號判決、臺灣高等法院109年度上易字第444號判決、臺灣高等法院108年度上易字第2391號判決、臺灣高等法院107年度上訴字第3900號判決、臺灣高等法院107年度上易字第2048號判決、臺灣高等法院107年度上易字第1786號判決、臺灣高等法院107年度上易字第353號判決、臺灣高等法院107年度上易字第325號判決。

¹³² 林子儀，合理評論原則與退報運動，載於：法律人會診退報案一對退報案第一審判決的法律評鑑，頁33，1994年。甘添貴，體系刑法各論，頁440，2007年9月，修訂再版。林山田，同註24，頁265。近期實務見解，可參考：臺灣高等法院109年度上易字第113號判決、臺灣高等法院109年度上易字第141號判決、臺灣高等法院高雄分院109年度上易字第111號判決、臺灣高等法院花蓮分院109年度上訴字第17號判決、臺灣高等法院臺南分院109年度上易字第38號判決、臺灣高等法院107年度上易字第82號判決、臺灣高等法院臺中分院107年度上易字第1272號判決、臺灣高等法院臺南分院107年度上易字第289號判決、臺灣高等法院臺中分院106年度

專以毀損他人名譽、信用，或以侵害他人感情名譽為目的之謂。¹³³」；林子儀教授謂：「而在判斷是否為『善意』的評論，其重點應是在審查表達意見人是否是針對與公眾利益有關的事項表達意見或作評論，其動機是否並非以毀損被評論人之名譽為唯一的目的。¹³⁴」；臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 281 號刑事判決亦指出：「按所謂『以善意發表言論』係指非出於惡意而發表言論，表意人只要係針對公益有關之事提出其主觀意見或評論，而非以損害他人名譽為唯一目的者，即可推定表意人係出於善意。」，可見係將善意要件理解為對行為人行為目的/動機之描述。

亦有學說認為，根據文義及立法理由來理解刑法第 310 條及第 311 條，立法者有意建構言論市場的二元化管制模式，刑法第 311 條所列之言論類型相較於個人名譽之損害，有較高的價值，只要發表言論者不是故意產出虛假資訊，即不受處罰；反之，對於刑法第 311 條以外之一般言論，立法者則採取較嚴格管制的管制標準，凡言論不真實即一概處罰，不容許行為人以善盡調查之能事或動機良善脫免刑事制裁¹³⁵。循此推理脈絡，本說認為，刑法第 311 條所謂「善意」與發言態度(動機是否惡劣)無關，而是應與民法上之善意概念作相同解釋¹³⁶，都是指對事實缺乏認知。換言之，由此「認知意義」的善意概念理解本條文，善意發表言論乃「行為人發表言論時不是明知言論內容為虛假」之意¹³⁷。

另有學者於其文獻「善意要件的必要性」之條目中，以：憲法上表現自由重在知的權利的保護，則判斷何者為應該自由流通的資訊，無須考慮到行為人的主觀。故行為人發言是否基於善意的動機，應該不是判斷違法性的必要要素為論據，反對將善意要件用於審查行為動機之觀點；並以：刑法第 311 條與真實性抗辯無關為

上易字第 989 號判決、臺灣高等法院高雄分院 106 年度上易字第 104 號判決、臺灣高等法院 105 年度上易字第 536 號判決。

¹³³ 甘添貴，同前註，頁 440。

¹³⁴ 林子儀，同註 132，頁 33。

¹³⁵ 何建志，誹謗罪之體系建構與法理分析：二元化言論市場管理模式，臺北大學法學論叢，第 54 期，頁 127、137，2004 年 6 月。

¹³⁶ 例如：善意受讓(可參考：民法第 801 條與第 948 條；第 759 條之 1)、善意第三人(民法第 87 條、民法第 759 條之 1 第 2 項等)。

¹³⁷ 何建志，同註 135，頁 115-117。

由，反對以認知意義解釋善意要件的看法¹³⁸。似認為善意要件並無存在的必要性，現行法下宜作贅文解¹³⁹。

近期法院實務，如臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 130 號刑事判決提及：「又所謂『適當之評論』，指個人基於其價值判斷，提出其主觀之評論意見，至於評論所用之語言、文字是否適當，並非一概而論，而應斟酌被告為此言論之心態、當時客觀之情狀、該語言、文字與評論之對象間是否有合理連結為斷。又本條免罰事由之前提，須『以善意發表言論』，然對人主觀之評論意見，除了正面之評價外，負面的評價亦所在多有，對被評論人而言，如認為該負面的評價使其名譽受損，自難認為評論之人係善意發表言論，故所謂『善意』與否自非以被評論人名譽是否受損、評論人是否意在使被評論人名譽受損為判斷之依據，而仍應以其評論客觀上是否適當為判斷之依據。如評論人係對被評論人之言行為適當合理之評論，縱其意在使被評論人接受此負面評價，亦難認係非善意發表言論。反之，評論人之評論並非合理適當，超過社會一般大眾可接受之程度，足認其非善意發表言論，如該言論又係公然為之，自成立公然侮辱罪。」¹⁴⁰，於判斷言論是否該當刑法第 311 條第 3 款不罰事由，將善意要件與適當要件作相同解釋。某程度上採納了善意要件為贅文的看法。

貳、 刑法第 311 條第 1 款之適用

依刑法第 311 條第 1 款規定，以善意發表言論且「因自衛、自辯或保護合法之利益者」不罰。本條款與正當防衛、緊急避難同屬允許行為人保護自身法益而犧牲他人法益之阻卻違法事由，故解釋重點即在於本條款與二者在成立要件上有

¹³⁸ 謝庭晃，妨害名譽罪之研究，輔仁大學法律學研究所博士論文，頁 236-238，2004 年 6 月。

¹³⁹ 相同觀察結論(即：認為謝氏採取贅文說)，可參考：謝清傑，刑法第 311 條第 3 款善意適當評論之適用問題，國立交通大學管理學院科技法律學程碩士論文，頁 47-48，2010 年 7 月。

¹⁴⁰ 此段論述，源於臺灣高等法院 102 年度上易字第 484 號判決(經選錄為高院暨所屬法院具參考價值裁判)，近期支持此說之判決，可參考：最高法院 109 年度台上字第 5012 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 346 號判決、臺灣高等法院臺南分院 109 年度上易字第 38 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1561 號判決、臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 762 號判決、臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 774 號判決。

何異同。其中，我國文獻對於「本條款之成立，是否須行為人之言論發表足以(適合於)排除或阻止侵害之繼續？」¹⁴¹」有所討論，可彙整如下：

一、學說見解

學說上有認為，本條款之設立目的在於容許個人於遭受侮辱誹謗時以言詞回擊，縱使侵害他人名譽亦不罰之，至於該言詞回擊是否為有效之防衛或辯護手段，則不影響本款之適用¹⁴²。但其言論是否依本款不罰，(雖未明文)仍應考量有無逾越適當合理性之界線，亦即以言論自由優先保障為原則，於具體個案進行利益衡量，僅在嚴重極端失衡之情況下(因發言所維護之利益遠低於發言所造成之損害)，始對此等言論不予以保障¹⁴³。簡言之，本說主張之要義在於，個人面臨他人侮辱或誹謗¹⁴⁴，得以妨害名譽之言詞加以回罵，僅須未逾越適當合理界線即可。

二、實務見解

法院實務，有判決明確引用並支持上開學說見解後段說明，認為本款之適用，應考量行為人是否出於以損害告訴人名譽為唯一之目的(善意之判斷標準)，以及使用利益衡量方式，判斷個案言論有無逾越適當合理界線，唯有在嚴重或極端失衡的情形下，此等言論自由始不予以保障。茲簡介該判決案例如下。

【家裡我最大案】

該判決案例，即臺灣高等法院臺南分院 107 年度上易字第 289 號判決，事涉兄弟甲乙二人因田地使用問題發生爭議，乙在社群網站公開表示：「...我是媽媽的監護人，也是代理人，我代表媽媽，所以現在家裡面我最大。以後家裡的事由我決定。我說了算。...」等語，而被告甲則於留言處回應：「狗屁大又臭～我名下 2.5

¹⁴¹ 依通說見解，正當防衛，有防衛手段必要性之要求，亦即防衛手段必須以足以排除、制止或終結侵害之方式行之；緊急避難，自條文所謂不得已之文義，亦可推導出：避難行為必須是足以(適合於)使利益免於緊急危難之有效手段。本註腳說明參考自：王皇玉，同註 11，頁 283-284、295。林鈺雄，同註 74，頁 250-251、265-266。

¹⁴² 本說提供之理由略為：立法者特設規定即係為排除正當防衛現在性、適當性(防衛有效性)的要求；法律不應強令個人於受汙穢、詆毀時冷靜理性澄清，採取言語回擊恐怕才是最自然且合人性之反應。詳請參考，吳耀宗，同註 31，頁 57-58。

¹⁴³ 吳耀宗，同註 31，頁 60。

¹⁴⁴ 反對見解(認為以誹謗行為回擊侮辱行為不該當刑法第 311 條第 1 款)，可參考：臺灣高等法院 108 年度上易字第 423 號判決。

分田地我不能更重（按：耕種）還要看你臉色～丟臉的事也 PO 臉輸（按：臉書）取暖！」、「我只要求屬於我名下的 2.5 分田地讓我自己來耕種！這樣也不行嗎？你如此霸道橫行嗎？」，法院認定甲之言論「依其用語、強度、前後文脈絡、具體個案之事實詳情等，予以綜合進行利益衡量，應非出於損害告訴人名譽為唯一目的，且尚未逾越適當合理性之界限，自屬自辯或保護合法之利益而以善意發表言論，符合刑法第 311 條第 1 款之阻卻違法事由，被告張貼此部分文字之行為自屬欠缺違法性而不罰。」¹⁴⁵。但該判決並未交代其利益衡量之具體過程，亦未說明被告甲之發言是否有助於自衛、自辯或保護合法利益(就應否審酌防衛行為有效性/適當性，判決似未明確表態)。

另有部分判決，不採納上述學說看法，以公然侮辱行為無助於「自衛、自辯或保護合法之利益」¹⁴⁶，或發言用語逾越必要程度為由¹⁴⁷，拒絕適用本條款。茲以臺灣高等法院 108 年度上易字第 517 號判決案例進行舉例說明。

【部落格貼文案】

該判決案例事實涉及:被告乙因不滿告訴人甲指稱其(乙)以匿名方式在甲之美食部落格留言騷擾，遂於其(乙)部落格貼文罵甲「滿嘴狗屎」、「千萬不要當個沒家教把你老木臉放在地上踩的豎仔」，並於回應網友之公開留言表示「沒家教乳臭未乾的小花(筆者按:指稱甲)很洋洋得意他會作文」。

針對本案，法院即指出:「被告自可逕就該事件(筆者按:告訴人指稱被告匿名在其部落格留言騷擾一事)加以澄清、反駁，以客觀、中性之文字單純發表言論就事論事即可，實無須使用本案具有針對性、攻擊性、具有輕蔑、貶損之負面評價意味之文字辱罵告訴人，使不特定之點閱本案文章者融入該文字建構之情景中，

¹⁴⁵ 臺灣高等法院臺南分院 107 年度上易字第 289 號判決。

¹⁴⁶ 臺灣高等法院 108 年度上易字第 517 號判決。

¹⁴⁷ 臺灣高等法院 107 年度上易字第 1842 號判決謂:「『自衛、自辯或保護合法』之利益之免責事由，除要求行為人主觀上以善意發表言論，即陳述之動機並非以損害他人名譽為唯一或主要目的外，所為言論客觀上須未逾自衛、自辯或保護合法利益之必要程度...被告如認告訴人之抗辯不實在，當可具體指陳其辯解及所提出之證據如何與事實不符，以供承審法院審認判斷抗辯是否屬實，斷無多次以『人品有問題』此等輕蔑言語指稱告訴人之必要，衡諸一般社會通念，其用語顯然逾越合理之程度，已淪為情緒性之人身攻擊，自非保護合法權利所必要，至為灼然...」。

自行解讀孰是孰非，況且剔除前開貶抑文字，並無礙被告敘述其與告訴人間之糾紛經過，被告所為本案文章及本件言論除主觀上發洩情緒以貶抑告訴人外，與被告所敘述之事件本身毫無語意關連，尚難見對被告『自衛、自辯或保護合法之利益』一事有所助益，自無從依刑法第 311 條第 1 款規定而能免罰。」，不承認毫無防衛效果之回罵行為根據本款阻卻違法¹⁴⁸。

參、 刑法第 311 條第 3 款之適用

依刑法第 311 條第 3 款規定，以善意發表言論且「對於可受公評之事，而為適當之評論者」不罰。本條款於公然侮辱案件實務上，係被告方最常援用之免責抗辯，但同時，本條款所訂之要件相較同條其他款次，亦最為抽象。針對本條款要件解釋，部分學說及實務主張本條款之立法，係參酌英美習慣法之合理評論原則¹⁴⁹，故應以美國法對於合理評論原則之闡釋為解釋依據；但晚近實務未完全採納此項解釋路徑，對於相關要件之解釋有所調整(尤其評論「適當」性之標準)，已發展出不同見解。本條目，先扼要介紹美國法上之合理評論原則，以及如何用該原則解釋本條款，而後說明我國實務及學說對本條款各要件解釋所持見解，以供對照：

一、美國法上合理評論原則之要義

所謂合理評論原則(the doctrine of fair comment)，係源自於 19 世紀初英國法院所發展之習慣法—合理評論特權(fair comment privilege)，而約在 19 世紀末與 20 世紀初，為美國法院繼受採用。此原則之作用在於保護意見表達之陳述(statements

¹⁴⁸ 對於保護合法利益有效果之公然侮辱行為，實務案例可參考：臺灣高等法院 106 年度上易字第 1037 號判決，事實略為：告訴人乙疑似利用職務之便，偽造其公司(日夏公司)之商業發票提示客戶，將日夏公司客戶之訂單，轉由另外兩家公司出貨，從中謀取利益。而被告甲為日夏公司負責人，為避免客戶再受蒙騙、日夏公司聲譽及財產繼續受損，故乘業務檢查取得告訴人乙 SKYPE 通訊軟體帳號、密碼之際，更改乙之帳號名稱標題為「Catherine is traitor」。法院認定：「被告於案發當日，雖曾以『Catherine is traitor』之言語批評告訴人乙，使告訴人乙感到遭人羞辱，但被告所為的批評，乃根基其所有相當理由確信之告訴人乙背信日夏公司之基礎事實情況下所為，且依被告所認知之情節，告訴人乙身為日夏公司員工，被告為日夏公司負責人，為免日夏公司之合法商業利益繼續受到侵害，情急之下所為之言論，應符合刑法第 311 條第 1 款所規定的因保護合法之利益，善意發表言論的要件，無庸負擔公然侮辱罪之刑責。」(本文以「乙」取代告訴人姓名)

¹⁴⁹ 學說見解請參考：林子儀，同註 132，頁 32-33。林子儀，言論自由與名譽權保障之新發展—評 Milkovich v. Lorain Journal Co. 案，載於：言論自由與新聞自由，頁 372-373，1999 年 9 月。實務見解請參考：臺灣高等法院高雄分院 106 年度上易字第 104 號判決。

of opinion)，以確保被告對公共事務之評論權以及滿足公眾對公共事務知的權利，且促進公眾辯論之民主價值。此原則之實際適用範圍非常混亂且複雜，但一般而言，此項抗辯或特權之行使，須符合下述四項要件：(1)評論之對象必須與公眾關心的事務有關(it is about a matter of public concern)；(2)評論是奠基在真實或可主張特權之事實陳述，且該等事實必須與評論隨同呈現，或者公眾已經普遍知悉(it is based on true or privileged statements of fact that are either set forth with the disputed statement or are generally known to the public)；(3)是批評者純粹的意見表達(it represents the actual opinion of the critic)；(4)作成評論之目的，不僅僅是為了對被批評者造成損害(it is not made solely for the purpose of causing harm to the one criticized)。而上開四項要件被滿足的舉證責任皆由被告負擔，一旦確定了四項要素已被滿足，被告之陳述即受保護而免責。至於該陳述是否愚蠢或偏頗，則非所問(是無須考量的因素)¹⁵⁰。

二、依美國法合理評論原則解釋本條款之論述

學說上有論者主張，本條款立法上係移植自上述英美習慣法之合理評論原則，因此本條款之解釋與理解應參酌上述原則之內涵。詳言之，本條款之保護對象為意見或「評論」的陳述，故於事實陳述並無適用；而所謂評論「適當」或合理與否，並非在審查該意見或評論陳述是否選用適當的字眼或形容詞，而是在審查評論所根據的事實或所評論的事實，是否已經為大眾所知曉，或者於評論時一併公開揭示；又所謂「善意」發表言論(評論)，則重在審查表意人針對與公眾利益有關之事項表達意見或評論，其動機是否以毀損被評論者之名譽為唯一目的¹⁵¹。法院

¹⁵⁰ 本段合理評論原則之說明，參考：Jeffrey E. Thomas, Statements of Fact, Statements of Opinion, and the First Amendment, 74 Calif. L. Rev. 1001, 1002 (1986).

¹⁵¹ 本段論述參考：林子儀，同註 132，頁 32-33。林子儀，同註 149，頁 372-373。

實務，有部分判決完全支持上揭學說¹⁵²，以上述美國法合理評論原則之內涵解釋本條款¹⁵³。

三、實務及學說對於各該要件之補充及不同闡釋

前已述及參酌美國法合理評論原則內涵解釋本條款要件之立場及其論述，而本條目就實務及學說對於本條款各該要件與上述闡釋不同或有所補充之處，擇要彙整如下，以供對照¹⁵⁴：

首先，實務及學說對於本條款所謂「可受公評之事」，除了前述明確援引美國法合理評論原則而認為係指與公眾利益有關之事項者外，其餘見解亦是從公益關聯性的角度理解本要件，但標準寬嚴不一。持較寬鬆解釋立場者，認為本要件是指「依該事實之性質，在客觀上係可接受公眾評論者¹⁵⁵，如國家或地方之政事、政治人物之言行、公務員執行職務之行為、與公共安全、社會秩序、公眾利益有關之事件等。¹⁵⁶」；或認為是指「依其事件之性質與影響，與大多數人利害攸關，應受公眾之評論或批評者而言。至於是否屬可受公評之事，其標準如何，則應就具體之事件，以客觀之態度，社會公眾之認知及地方習俗等資為審認。一般而言，凡涉及國家社會或多數人之利益者，皆屬之。¹⁵⁷」；持較嚴格認定立場者，則認為

¹⁵² 臺灣高等法院高雄分院 106 年度上易字第 104 號判決明揭：「又是否為『善意』之評論，其重點應是在審查表達意見人是否針對公共利益有關之事項作成評論，其動機非以毀損被評論人之名譽為唯一之目的。而判斷某種評論是否『合理』或『適當』，並不是在審查評論或意見之表達是否選擇了適當之字眼或形容詞，而係在審查其評論所根據之事實或所評論之事實是否已為大眾所知晓，或是否在評論時一併公開陳述，其目的在讓大眾判斷表達意見人之評論是否持平，是否為大眾所接受，社會自有評價及選擇。析言之所謂『合理評論』原則，一項陳述要符合該原則，其構成要件有四：①其為一種意見（opinion）之表達而非事實（facts）之陳述。②其所評論者必須與公眾利益有關之事項。③其評論所根據或其所評論之事實，必須要隨同評論一併公開陳述，或已經為眾所周知。④行為人為該評論時，其動機並非毀損被評論人之名譽為唯一目的。」

¹⁵³ 持此說之判決，可再參考：臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 1272 號判決、臺灣高等法院 107 年度上易字第 82 號判決、臺灣高等法院臺中分院 106 年度上易字第 989 號判決、臺灣高等法院 105 年度上易字第 536 號判決、臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 172 號判決、臺灣高等法院 102 年度上易字第 1626 號判決、臺灣高等法院高雄分院 101 年度上易字第 364 號判決、臺灣高等法院臺南分院 99 年度上易字第 483 號判決、臺灣高等法院高雄分院 98 年度上易字第 270 號判決、臺灣高等法院高雄分院 97 年度上易字第 662 號判決、臺灣高等法院 96 年度上易字第 2702 號判決。

¹⁵⁴ 本條款善意要件之闡釋(即所謂善意發表評論)，已於本節次條目壹、論及，茲不再贅述。

¹⁵⁵ 相同論述：甘添貴，同註 132，頁 441。

¹⁵⁶ 臺灣高等法院 102 年度上易字第 484 號判決。

¹⁵⁷ 臺灣高等法院 103 年度上易字第 1341 號判決。

可受公評之事乃指「與公眾利益有密切關係之公共事務而言」¹⁵⁸，似認為所評論之事務不只應與公眾利益相關，還必須要求是密切相關。

其次，針對本條款所謂「適當」評論之解釋，則甚有爭議，部分實務判決有不同於上述美國法合理評論原則之闡釋。例如最高法院 96 年度台上字第 986 號判決認為：「同法第三百十一條所定...第三款所稱『為適當之評論』指其評論不偏激而中肯，未逾越必要之範圍、程度者而言，至其標準仍應就社會共同之理念，以客觀之尺度資以決之；若對於可受公評之事，而評論不適當者，仍難免於不罰...」¹⁵⁹，似認為適當性之判斷取決於評論之用語是否偏激或中肯。

近年，以臺灣高等法院 102 年度上易字第 484 號判決為首(經選錄為高院暨所屬法院具參考價值裁判)之實務見解亦認為：「所謂『適當之評論』，指個人基於其價值判斷，提出其主觀之評論意見，至於評論所用之語言、文字是否適當，並非一概而論，而應斟酌被告為此言論之心態、當時客觀之情狀、該語言、文字與評論之對象間是否有合理連結為斷。...次按言論自由為一種『表達的自由』，而非『所表達內容的自由』，表達本身固應予以最大之保障，任何見聞及想法都『能』表達出來，但所表達的內容，仍應受現時法律之規範，表達人應自行負法律上之責任，因此『言論自由』概念下之『評論意見』是否是『適當』，仍應加以規制。而個人之評論意見，雖隨各人之價值觀而有不同看法，無一定之判斷標準，然仍應遵循法律及就事論事之原則，以所認為之事實為依據，加以論證是非，可為正面評價，亦可為負面評價，依各人的自由意志選擇，做道德上的非難或讚揚，但並非隨意依個人喜好，任意混入個人感情，表示純主觀的厭惡喜好，若係以不堪、不雅之詞語而為情緒性之謾罵，則得認為其已喪失評論之適當性，亦不具阻卻違法之要

¹⁵⁸ 臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 113 號判決。

¹⁵⁹ 相同見解，可參考：最高法院 95 年度台上字第 457 號判決、最高法院 96 年度台上字第 2193 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 981 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 109 年度上易字第 20 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1291 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 517 號判決、臺灣高等法院 107 年度上易字第 2043 號判決、臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 928 號判決、臺灣高等法院 107 年度上易字第 1376 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 107 年度上易字第 82 號判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 2382 號判決。持此見解之判決，數量上勝於前述採取美國法合理評論原則進行解釋之判決。

件。」¹⁶⁰，似要求行為人之評論必須針對具體事實而發(言論與評論對象有合理連結、就事論事)，且不得使用不堪或不雅之詞語謾罵，否則即不符適當性要件。

第四節 小結

本章針對公然侮辱罪之 1.保護法益、2.構成要件解釋，與 3.刑法第 311 條法定不罰規定適用，共計三大重點觀察面向，扼要彙整了公然侮辱罪於實務及學說之解釋論發展現況。

於本罪保護法益層次，略有四種不同見解：1)外在名譽說：主張本罪旨在保護個人參與社會生活所獲取之社會評價及其形塑之聲譽地位。2)感情名譽說：主張本罪旨在保護個人對於他人就其人格價值所為評價之主觀感受。3)複合體說：主張本罪兼及保護個人外在名譽與感情名譽。4)尊重請求說：主張本罪保護個人人格體現價值(內在價值)所導出之尊重請求權，至於是否承認個人之社會體現價值亦可導出尊重請求權，則有不同見解。

於本罪構成要件解釋層次，本文針對 1)「侮辱」，區分為客觀要件與主觀要件進行介紹。對於前者(客觀要件；侮辱行為)，彙整之內容包括：A)依各該法益觀點所開展之侮辱行為解釋、B)判斷標準，尤其提出部分實務見解習於倚賴查閱字典辭海對個案言論進行說文解字，判斷言論是否有負面意涵，進而決定是否構成足以貶損他人名譽之侮辱行為、C)侮辱行為與誹謗行為如何區分。針對後者(主觀要件；侮辱故意與特殊主觀構成要件要素)，本文則歸納整理實務與學說上對於侮辱故意內涵廣狹不同之理解，以及部分論者主張本罪尚有法未明文之特殊主觀構成要件要素。另針對 2)「公然」要件，文獻上有共識認為係指不特定人或多數人得

¹⁶⁰ 支持此說之實務見解，可參考：臺灣高等法院 109 年度上易字第 981 號判決、臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 130 號判決、臺灣高等法院 108 年度上訴字第 3074 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1561 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1291 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 517 號判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 2382 號判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 1037 號判決、臺灣高等法院臺中分院 106 年度上易字第 850 號判決、臺灣高等法院 105 年度上易字第 1164 號判決、臺灣高等法院 104 年度上易字第 2160 號判決、臺灣高等法院 103 年度上易字第 2608 號判決。然而，臺灣高等法院 107 年度上易字第 188 號判決，雖有援用此段論述，但於判決末尾竟表示：「在判斷某種評論是否『合理』或『適當』，**並不是在審查評論或意見的表達是否選擇了適當的字眼或形容詞**，否則無異於將言論品味是否妥當，交予刑事庭法官判斷、審查，勢將導致以刑罰箝制重要公共議題討論活潑性之惡果，較之於忍受他人欠缺品味之攻訐言論，其弊更烈，亦非刑法設有公然侮辱罪之目的」，論述上恐有矛盾之處。

以共見共聞之狀態，但就何謂(特定)多數人則有不同看法；又就本罪之加重成要件即 3)強暴要件，文獻有共識認為係指對人之身體直接或間接施加有形力，但就對被害人之物施加有形力得否構成強暴，則有不同見解。

於法定不罰規定即刑法第 311 條之適用，本文則依序說明了 1)該條文之犯罪階層體系定位：多數見解認為係阻卻違法事由，少數見解認為係阻卻(主觀)構成要件事由 2)公然侮辱行為得否適用本條不罰，目前學說與實務皆有肯否對立見解，而實務上持否定說者聲量上較具優勢(目前最高法院採取否定說)。3) 文獻對於本條款要件之解釋，尤其特別觀察公然侮辱行為在滿足何等要件下，得適用本條免責不罰之探討。就本條第 1 款之解釋，文獻上爭執之處在於，是否要求行為人妨害名譽之言論須有助於排除或阻止侵害。就第 3 款之解釋，學說上有力見解援引英美習慣法之合理評論原則之內涵解釋該條款，但目前實務主流意見似未完全接納此項解釋路徑，兩者之矛盾尤其突顯在對該條款「適當評論」要件之解釋。

第三章 實務與學理見解之分析檢討

第一節 保護法益之定性疑慮

如同本論文第一章「壹、保護法益之描述」章節條目所呈現，我國實務及學說上對於公然侮辱罪(下稱本罪)之保護法益如何定性，略有外在名譽說、感情名譽說、尊重請求權說、複合體說，四種不同見解。而本節將從憲法與刑事法角度審視並提出前三項法益定性隱含之缺陷¹⁶¹，尤其點出採取前二說可能致使本條文衍生之違憲疑慮。茲就各該法益觀點分別檢討之：

第一項 對外在名譽說之檢討

外在名譽說主張本罪保護法益為個人參與社會生活所獲得之人格評價與聲譽地位，然而其無法合理說明公然侮辱罪之行為態樣對於個人的社會評價有何高度侵害可能性。詳言之，本罪之行為態樣既然包含對人公然抽象謾罵(例如：罵三字經等髒話)，為本說所不否認(我國主流見解甚至認侮辱須限於未指摘具體事實)。則在此立論前提下，以不具有事實陳述要素之言論負面評價他人，是否有高度可能性會損及他人外在評價，令人質疑¹⁶²。

如同我國部分學說及實務檢討意見所指出，公然以抽象而不具事實要素之粗話辱罵他人，最有可能發生的情況，反而是旁觀者認為行為人沒有口德、品行極

¹⁶¹ 複合體說，因為係兼採外在名譽說與感情名譽說，其缺陷亦相同，故本文不予獨立檢討。

¹⁶² 許恒達教授即曾於研討會論文中指出：「公然侮辱罪只要求行為人對於特定被害人，在多數人的場合使用不當言詞謾罵，這種情狀不免讓被他人羞辱的被害人一時情緒憤慨，但事過境遷後，實際上根本不會直接改變社會對於該被害人的評價，有時甚至會同情被害人，反而增加了該被害人的名望。舉例來說，政治人物丁在公開活動中，被偏激的市民當面罵髒話，丁接續的處理表現了政治人物的風度與從容，當場亦有媒體報導該事件，丁的支持率往往立即上揚；這個例子意謂：公然侮辱罪之成罪手法不必然能損害個人的社會評價，反而在有些情況還會增加個人的社會好評...**(粗體為本文所加)**」，恰可為本文論點之有力佐證。詳請參考，許恒達，人格尊嚴、言論自由與名譽刑法：重新解讀公然侮辱罪，發表於：法與道德—論憲法與刑法的界線研討會，台北：韓忠謨教授法學基金會，2020年10月17日，頁2。法院實務亦有判決支持本文此處觀點，其指出：「...蓋『侮辱』並未針對『事實』指摘傳述，而個人在特定人或群體當中的『評價』，不致輕易因他人言論而影響或取代，即便是一句『卑鄙』、『無恥』，或甚至如本件被告所說的『fucking you』等難以入耳用詞，此類侮辱性言論對於『名譽』的傷害，仍沒有誹謗言論來得具殺傷力。...」，相同見解請參考：臺灣桃園地方法院 97 年度桃簡字第 3136 號判決、臺灣桃園地方法院 98 年度桃簡字第 1339 號判決、臺灣桃園地方法院 99 年度桃簡字第 480 號判決、臺灣桃園地方法院 100 年度桃簡字第 900 號判決等。

差，而調降行為人之社會評價，至於被辱罵者之社會評價則完全不受影響¹⁶³。此現象背後之成因，依本文理解，乃因個人之社會評價係奠基於大眾對於個人過去之生活歷程(事實)之理解，故，欲動搖他人對個人現有之社會評價，必須藉由扭曲他人對個人過去生活歷程的認識，或者將個人隱匿之過去生活歷程加以揭發，始能達成¹⁶⁴。由此可知，行為人在侵害手法上，自然須選用事實陳述為手段，至於單純的抽象謾罵則無降低他人社會評價之效果。

據上分析，本文認為，外在名譽說以個人之社會評價作為本罪之保護法益，恐怕是緣木求魚。自憲法觀點審視，此法益定性更恐使得本罪名在中度(以上)違憲審查基準之操作下¹⁶⁵，招致「限制言論自由之手段無助於達成保護名譽之目的」¹⁶⁶，違反比例原則之指摘¹⁶⁷。

第二項 對感情名譽說之檢討

感情名譽說認為本罪的保護法益是個人對於他人就其人格價值所為評價之主觀感受，亦即個人對於自身人格價值之主觀評價意識，通俗言之，就是指個人的自尊心或自尊感受。自刑事法角度而言，法益概念既然承載著指引構成要件解釋方向之「解釋機能」¹⁶⁸，則法益定性內涵上應盡量明確化，方能避免上開機能淪為空談、構成要件解釋過廣之疑慮。據此，著眼於感情名譽之侵(危)害與否，乃因

¹⁶³ 可參考，甘添貴，同註 20，頁 154。錢建榮、王怡今，不可能的任務－談檢察官對於妨害名譽罪的舉證責任，月旦法學雜誌第 133 期，頁 57，2006 年 6 月。謝庭晃，同註 138，頁 132、278。謝庭晃，同註 20，頁 99。錢建榮法官參與之實務判決，亦有相類似之說明，近期判決可參考，臺灣高等法院 109 年度上易字第 685 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 528 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 2391 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 168 號判決、臺灣高等法院 107 年度上易字第 2048 號判決。明確反對此看法之實務判決，可參考：臺灣高等法院 108 年度上易字第 38 號判決。

¹⁶⁴ 更詳盡之論述，請參考，許恒達，同註 162，頁 8、12。

¹⁶⁵ 刑法法規範之審查標準至少為中度。參考：許恒達，行為規範、保護法益與通姦罪的違憲審查－評釋字第 791 號解釋，月旦法學雜誌第 305 期，頁 31，2020 年 10 月。關於公然侮辱罪之違憲審查標準擇採之詳細討論，請參考本文第四章第一節。

¹⁶⁶ 亦即無法通過比例原則下(手段)適合性的檢驗。對於刑罰規範手段適合性之審查方式，文獻指出：「在適宜性之審查中，也必須判斷立法者所禁止的行為是否對公益有危險，若無危險，就表示立法者的干預措施係屬無的放矢，毋庸判斷其是否有助於目的之達成。」參考：許澤天，刑法規範的基本權審查，載於：憲法解釋之理論與實務(第七輯；上冊)，頁 282，2010 年。

¹⁶⁷ 相同見解可參考，李念祖，侮辱罪的憲法問題，在野法潮第 22 期，2014 年 7 月，頁 7-9。

¹⁶⁸ 王皇玉，同註 11，頁 143。許恒達，同註 12，頁 2。

人而異，不易確定¹⁶⁹，欲建立客觀判斷標準有其困難性(亦即:甚麼是客觀上足以侵害他人感情名譽之行為，完全無標準可循，言人人殊)，且縱使委由個案承審法官操作一般人客觀標準，結果恐怕仍是各該法官依其所理解之語言使用秩序約束人民，徒損法律安定性及司法威信¹⁷⁰。

除了感情名譽之侵害無客觀判斷標準可循，失之模糊的缺陷外，感情名譽是否值得作為法益而以刑法保護，亦飽受質疑。法院實務即曾提出反省意見，指出：「...名譽感情，充其量祇是『個人擁有較佳聲譽的主觀願望』，並無理由當然成為法律上可以主張的『權利』，也就是刑法保護的法益。...所謂被『侮辱』的被害人真有『內部名譽』(感情名譽)可言？至少，真的值得動用國家刑罰來保護這種個人主觀的情感？如果一個本來社會評價(外部名譽？)認為帥氣英挺的男子(根本的問題是，要多少人的評價才算成立？)，偏偏有人就是要刻意指稱他不帥、很醜，就應該被以公然侮辱罪處罰嗎？甚至，如果本來就被身旁許多人認為『卑鄙無知』的人，祇因其自認不應受此評價，難道對其公開說出心中真實感受言語之人一即使用詞不中聽—國家就可以繩之以公然侮辱罪處以刑罰？...甚值吾人深思。」，已然點出感情名譽不過是個人欲獲得一定社會評價之主觀期待，此種期待是否重要到值得以刑法保護，疑慮甚深。

依本文之見，自貫徹法益「可罰性限縮機能」角度出發，單純危害道德感情或使人不舒服而無具體利益損害之行為，不宜入罪處罰¹⁷¹，則僅引起他人感情不悅，或者使其獲得一定社會好評之期待落空的辱罵行為，即不宜入罪處罰¹⁷²。換

¹⁶⁹ 陳子平，同註 15，頁 320。本文獻直言感情名譽，各個人間存有不同之落差，未必適合成為法所要保護的利益。

¹⁷⁰ 類似之批評意見，如桃園地方法院 100 年度桃簡字第 900 號判決謂：「又即使是說出如『幹你娘』此類粗鄙、不堪入耳之言論者，國家就有理由以『感情受損』或『社會安寧和平秩序』遭破壞，此等『虛幻』法益遭侵害為由，而動之以刑罰？尤其，在欠缺事實基礎為立證之情形下，檢察官有無可能證明侮辱罪成立？或是祇能流於法官的主觀判斷，祇要法官認為不中聽的話（或以法官個人價值所界定的社會安寧秩序），就會構成公然侮辱罪？均甚值吾人深思。」

¹⁷¹ 許恒達，同註 12，頁 2-3。

¹⁷² 大法官釋字第 791 號解釋，審查通姦罪是否違憲，即表明：「...惟基於刑罰之一般預防犯罪功能，國家固得就特定行為為違法評價，並採取刑罰手段予以制裁，以收遏阻之效。然基於刑法謙抑性原則，國家以刑罰制裁之違法行為，原則上應以侵害公益、具有反社會性之行為為限，而不應將損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為亦一概納入刑罰制裁範圍。」亦是持反對刑法規範用以單純保護個人情感之見解。

言之，個人生活上遇事不順而感覺不快者時有之，擔保個人感覺良好應非刑法的任務所在。刑法既然以刑罰為規範手段，必須是針對比較嚴重的利益侵害而設，反面言之，所保護的應是人在社會中的最基本、不可或缺的利益¹⁷³。是故，將感情名譽解為本罪保護法益，恐有違反刑法謙抑性格。另自憲法層次審視，縱使可認為感情名譽受憲法第 22 條概括基本權保護，且保護人民之感情名譽符合憲法第 23 條所列之正當公益目的(如:防止妨礙他人自由)，在採取中度以上之違憲審查基準下，恐無法通過實質合憲性中狹義比例原則之審查，致使本條文違憲，詳言之，狹義比例原則，要求國家限制人民基本權所造成之損害與所欲達成之公益目的須合乎比例關係，不得顯失均衡。而本罪僅為維護個人感情名譽(主觀感情)，而限制人民不得發表侵害感情名譽之負面意見，嚴重阻礙發言者透過言論表現自我、自我實現，所追求之公益與衍生之損害成本，已然顯失均衡。是以，將本罪解為保護感情名譽之規範，恐使本條文違反比例原則，並非合乎憲法的解釋方法¹⁷⁴。

第三項 對尊重請求權說之檢討

壹、 無法合理說明人格體現價值如何能被不尊重之言行侵害

如第一章、第壹節所述，規範名譽概念論者主張本罪旨在保護個人在人性尊嚴的基礎上所具備的人格體現價值(內在價值)，或者說是由此人格體現價值所導出之尊重請求權¹⁷⁵。換言之，本說主張，基於維護個人之人格尊嚴，本罪對於個人之人格體現價值提供保護，而保護之方法在於將人格體現價值權利化，禁止他人對於個人之人格體現價值作出不尊重、不敬的表示。但令人費解的是，此說既然認為人格體現價值是取決於個人實際履行道德及法律義務的狀態、智力精神狀態(也就是個人實際狀態決定其人格體現價值高低)，則他人對於個人人格體現價值表示不敬之言行，因為沒有觸及到個人實際狀態(沒有讓個人淪為不履行道德、

¹⁷³ 黃榮堅，基礎刑法學(上)，頁 39-40，2012 年 3 月，4 版。

¹⁷⁴ 憲法解釋方法上，有所謂合憲性解釋原則，即在不逾越法律文字最大理解可能性或變更立法者明顯可知的意志之前提下，解釋法律應儘量選擇採取合乎憲法的解釋路徑，使法律合憲，以維護法律安定性並尊重立法者權威。本註腳說明，參考：許育典，憲法，頁 30-31，2019 年 9 月，9 版。

¹⁷⁵ 規範暨事實名譽概念論者亦贊同此部份的論述。兩種名譽概念理論之差別僅在於：是否承認個人之社會體現價值(外在名譽/社會聲望)，亦可導出尊重請求權。本引註說明，參考自：徐偉群，同註 14，頁 25-26。

法律義務之人，亦沒有減損個人智力精神)，無法侵害人格體現價值，由人格體現價值所導出的尊重請求權，也同樣不會被侵害才是。但本說竟然肯定個人的尊重請求權會受不敬行為侵害，則論證上恐有瑕疵¹⁷⁶。

貳、法益內涵稍嫌抽象空洞，且與人性尊嚴保護之關聯性薄弱

首先，縱使撇開由個人人格體現價值導出的尊重請求權如何能被不尊重言行侵害的問題不談，個人的「人格體現價值、社會體現價值」高低如何估計，以及何為對個人價值表示不尊重之言行，尊重請求權說無法提供任何具體化標準¹⁷⁷，恐怕有礙於法益解釋機能之發揮，易於衍生構成要件過廣的疑慮。

其次，本說宣稱，保護尊重請求權是為了保護建立在人性尊嚴上的人格體現價值(與社會價值)，此等將保護法益與人性尊嚴保障掛勾，使尊重需求具備保護必要性的論述路徑，本文亦持懷疑態度。藉由觀察尊重請求權說之發源地德國之侮辱法制發展史脈絡，本文想特別指出，尊重請求權(要求人與人互相給與合乎該人價值之尊重舉止)法益之提出，僅係德國過去為了抑制貴族間受辱時常發起決鬥的歪風，故以刑事立法方式確保各該貴族獲得來自他人之基本尊重，而此項高標準、貴族般尊重互動模式規範並沒有隨時代變遷而被淘汰/除罪化，反而在近代普及至德國全體人民，所有德國人民當今都享受高標準的尊重地位¹⁷⁸。因此，與其說確

¹⁷⁶ 德國學說之類似批評，可參考：Ernst A. Wolff, *Ehre und Beleidigung. Zugleich eine Besprechung des gleichnamigen Buches von H. J. Hirsch*, ZStW1969, S.889-890. Zaczyk, in: *Nomos Kommentar (NK)*, 1995, Vor § 185 Rn.9.轉引自：徐偉群，同註14，頁24。

¹⁷⁷ 日本學者平川宗信亦指出，尊重請求權所主張的，客觀地認識和評價個人之人格價值並給與個人相應的待遇是不可能實現的，因為判定個人價值(高低)與何為違反個人價值的(表示)行為，是相當困難的。該段落原文為：「『尊敬請求權』は、自己の全人格的価値を認識・尊重し、自己をそれにふさわしく遇することを要求するものである。しかし、現実の社会では、これは一つの理想であって、実際に実現できることではない。人の人格的価値を客観的に認識・評価すること自体不可能であるし、すべての人にそれにふさわしい処遇を与えることも不可能である。人格的価値を『人の視認される人格的身体的諸特徴とその社会的貢献の事実から合理的に判断せられる評価』と考えたとしても、ことは同じであろう。『尊敬請求権』の内容は具体的に確定できないし、現実に実現可能でもないのである。それは、具体的・現実的な権利というよりは、抽象的な理想のマニフェストであるというべきである。これを刑法的保護の対象とすることは、理想主義的ではあるが非現実的である。...また、保護の範囲をこのように制限しても、「人格的価値」の判定が困難な以上、行為がそれに「反する」かどうかの判定はやはり困難であろう。多少は事実反することを言われてもやむをえない人格というものもあるかもしれない。」詳請參考平川宗信，『名譽毀損罪と表現の自由』，有斐閣，頁156-157，2000年。

¹⁷⁸ James Q. Whitman, *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, 109 YALE L.J. 1279, 1314-1315 (2000).

保個人獲得相應於其價值的基本尊重是為了保護崇高的、抽象的人性尊嚴，不如說實際上僅係為滿足德國人民普遍享受貴族式尊重之期待，而要求人民採取高標準的禮儀互動模式。但是，未遵守此禮儀互動模式而粗魯待人，究竟會帶給個人甚麼樣的現實性損害，而值得以刑法保護，本說並未詳述，其求諸於抽象的人性尊嚴保護為法益保護必要性的論據，恐怕是「打太極」迴避尊重請求權是否適合作為刑法保護法益的問題。

茲扼要以美國比較法學者 James Q. Whitman 教授對於德國侮辱法制流變之介紹印證上述觀點：

Whitman 教授曾為文指出，當代德國侮辱法(the law of insult)之內容，相當大程度來源於近代(early modern)貴族決鬥文化¹⁷⁹，而德國學說對於侮辱法之討論聚焦在所謂表示尊重(showing respect)，也能夠追溯到德國法過去階層分明，強令低階地位者向高階地位者表示尊重，這種高度重視禮儀(deference)的法制史。至於納粹時期社會階層體系的消弭，則相當程度促進了全體德國人民皆能成為侮辱法之保障主體。

近代(early modern)¹⁸⁰，德國各地區統治者為了有效抑制貴族決鬥(aristocratic dueling)歪風，欲以法令引導貴族們透過法院解決侮辱糾紛，禁絕私人決鬥解決。因此在法律解釋與制度設計上，勢必絕大程度納入貴族們對於侮辱的理解(即侮辱是指有損他人榮譽的不尊重/輕視行為，例如對人吐痰或打巴掌等)¹⁸¹，以及貴族們普遍期待處理侮辱紛爭的解決方式，即強制道歉或撤回(當時貴族普遍認為，使受辱者拿取金錢賠償解決紛爭，對於受辱者而言是有損榮譽的，此項觀念的痕跡

¹⁷⁹ Whitman 教授認為，當代德國侮辱法固然受羅馬法影響，但相較之下，侮辱法內含的德國本土貴族決鬥文化色彩更是濃烈，兩者的差異主要展現在：1.前者主要關注下層階級者對上層階級者的尊重，尤其維持上層階級女性榮譽；但後者則兼及關注平等地位者間的輕微不尊重行為 2.前者承認以金錢賠償填補侮辱損害；但後者認為被侮辱者收受金錢賠償是相當可恥的，被侮辱者應透過暴力解決。See *id.* at 1316.

¹⁸⁰ 該文所稱近代，應係指 15 世紀中葉至 19 世紀之期間，以德國而言，即神聖羅馬帝國時期。

¹⁸¹ 否則，若發生侮辱法定義以外的侮辱糾紛，貴族們仍將會透過私人決鬥解決，無法有效達成法庭取代決鬥的政策目的。

甚至可見於 1900 年德國民法典立法之時)¹⁸²。於此敵視金錢賠償榮譽損害的社會氛圍下，民法對於侮辱紛爭解決毫無介入處理的可能，故侮辱法始終保留其刑法形式¹⁸³。

於 19 世紀初期，德國社會階級依舊嚴明，榮譽僅屬於上層階級者，如同決鬥文獻所提及的 *Satisfaktionsfähig* 一詞意味著，僅有高位階者有給予或接受榮譽滿足的資格，此項概念仍居於支配地位，但榮譽的享受者已稍微擴張至高階中產階級(*higher bourgeoisie*)¹⁸⁴。當時各邦國法律規定仔細區分了各該社會階層的可侮辱性(*insultability*)等級，以刑法確保社會階級較低者對於社會階級較高者表示適當的尊重禮儀。例如 1840 年漢諾威王國刑法(*Criminal Code for the Kingdom of Hannover*)規定：「侮辱...，在下列情況下應接受刑事處罰：I 如果侵害榮譽包含粗魯的身體攻擊(*a coarse physical assault*)。II 如果侮辱的對象是，侮辱者本於其社會地位或與被侮辱者之關係，應給予特別尊重(*respect*)或禮儀(*deference*)之人...」。此類法規所謂「尊重」，正是現代德國侮辱法存在的關鍵性分析術語的前身，亦即 19 世紀初期對於明確的社會等級制度有著強烈的依戀，培養出一種理解侮辱本質的特殊態度：傾向把侮辱理解為，以不尊重的表達方式對待一位認知到自己有權隨時獲得禮貌的、誇張尊重表示的人¹⁸⁵。因此，19 世紀初期法學家不乏探討著，未以符合某人社會階級或地位的正式頭銜稱呼他人，在何等情況構成(刑法處罰的)侮辱的議題¹⁸⁶。

西元 1871 年德意志帝國刑法典，對於侮辱法設立了形式上的平等的規範(侮辱罪)，然而改變規範形式並不意味著改變法律解釋潮流，當時法學家主流意見認

¹⁸² 1900 年德國民法典立法者拒絕全面性承認以金錢賠償填補非財產利益損害，尤其不承認金錢賠償名譽損害。其提供之理由即為：將非財產利益與財產利益置於同等的地位，而用金錢進行賠償，與人民民意相牴觸，且反倒有礙於非財產利益...本民法典，不應忽視主流民意觀點，尤其是社會中上層/較佳群體(*the better circles of society*)的觀感，只有社會中下層/最差群體(*the worst elements of society*)才會試圖利用這種規定獲取金錢賠償。Whitman, *supra* note 178, at 1317-1320.

¹⁸³ See *id.* at 1320.

¹⁸⁴ See *id.* at 1320-1321.

¹⁸⁵ 侮辱罪程序設計部分，19 世紀上半葉確立了私人起訴制度，背後成因即在於貴族仍延續往昔的榮譽概念，認為被侮辱者本身必須是主動處理侮辱紛爭的發起者(正如同主動發起決鬥一樣)，故不容政府主動直接干預侮辱紛爭事務。 *Id.* at 1322.

¹⁸⁶ *Id.* at 1322.

為，侮辱罪儘管規範上沒有明示，仍然是在保護榮譽(honor)，其內涵必須根據該人的客觀社會價值來衡量，故在此定義之下，社會階層較低者幾乎不受保護¹⁸⁷。至威瑪共和時期，德國法學界逐漸承認內在榮譽(inner honor)的概念，也就是建立在個人真正道德價值上的榮譽，雖然可算是榮譽普及化的緩慢推動，但 1920 年代的主流法律觀點仍然將榮譽理解為外在榮譽(external honor)¹⁸⁸。

納粹時期，法律上對於榮譽的理解發生重大變革，納粹法學家強調種族榮譽(race honor)是所有德國新法的基礎，保護種族名譽的具體措施包括：刑法管制雅利安人與非雅利安人間之性行為；重新引入決鬥制度，允許所有德國人無分社會地位，皆有權透過決鬥保護(種族)榮譽；法律上明確規範(管制)群體侮辱(group insult was cognizable in law)，主要用以保護納粹黨衛軍免受批評；此期間亦不乏有納粹法學家提議將刑法侵害榮譽之罪搬移到侵害人身財產規定之前¹⁸⁹。更重要的是，納粹法學承認榮譽是由不分社會階級的各德國人所共同構築，絕大程度放棄了過去內在/外在榮譽的二分法，將榮譽理解為是國家(民族)的榮譽，故所有德國人都是擁有榮譽的¹⁹⁰。在處理侮辱紛爭的程序面，雖有部分納粹法學家認為應接續威瑪共和時期對於細瑣的侵害榮譽案件大量湧入造成法院癱瘓的改革，欲排除人民對於此類案件全面性私人起訴(full-scale private prosecutions)的法律權利，例如 1930 年代有修法提議欲以法官前有拘束力的調解(binding arbitration before a judge)取代全面性私人起訴，但在主流意見認為榮譽至關重要，不能排除於刑法保護之外之強烈聲浪下被拒絕¹⁹¹。無論從侮辱法的實質面與程序面進行觀察，無法否認的是，納粹時期促進了榮譽(的享有)逐漸擴散滲入德國社會底層人民，且法院之

¹⁸⁷ Whitman 教授以 1890 年一則判決加強本處的論述。該判決解釋道：「每個人都有權要求他的同胞市民給予一定程度的尊重...一般來說，對於一個人的整體評價包括由榮譽區分來的所有類型，也就是說，榮譽與一個人的社會地位、性榮譽相關聯，這些類型的榮譽之所以被提及，是為了說明榮譽損害不總是按照劃一標準來衡量，而是根據被侮辱人所處的社會圈普遍規範(prevaling norms in the social circle)而定。」。Id. at 1324-1325.

¹⁸⁸ Id. at 1326.

¹⁸⁹ Id. at 1328-1329.

¹⁹⁰ Id. at 1329-1330.

¹⁹¹ Id. at 1330-1331.

門永遠為德國人保護榮譽的訴求(即侮辱罪私人起訴)敞開¹⁹²，這反而不是康德平等尊重思想被提倡而生的結果¹⁹³。

在二次世界大戰後，德國法學界逐漸將(侮辱法的)關注重點由榮譽價值轉變為人的尊嚴(human dignity)價值，進而主流觀點認為侮辱法保護的個人榮譽是以內在道德進行衡量¹⁹⁴。然而，早期的榮譽思想仍繼續縈繞著侮辱法，例如，侮辱法加重處罰之強暴侮辱(physical assault/ Beleidigung mittels einer Tätlichkeit)之學理定義為「行為人出於表達對侵害對象價值不尊重的主觀意思，對該人身體施以直接立即的影響力，如吐口水、打巴掌、剪去頭髮等。也因為表達對侵害對象的特別不尊重，無須以實際身體接觸為前提，故縱使打巴掌未擊中目標對象也能構成強暴侮辱；但身體觸摸，若不帶有特別減損觸摸對象的價值的涵義¹⁹⁵，(則不構成強暴侮辱)...」¹⁹⁶，此等說明與 19 世紀貴族受侮辱而發起決鬥的事由：「第一級(最輕微)侮辱是透過言語、文字或手勢傳達輕蔑或貶低的意思；第二級侮辱是詛咒或指出他人具備可恥的品質，如稱呼他人為笨蛋或低能；第三級侮辱則多透過對人揮拳或打巴掌的方式表現...，但威脅要對某人揮拳、勾引或猥褻他人的妻子、女兒、姊妹或其他女性受撫養人、以言論或行為危及(指控)他人道德完整性，例如指控他人犯竊盜罪、詐欺罪，此等行為如同對人迎面揮拳(的侮辱程度)，均可構成第三級侮辱，面對這種極端的冒犯，(當時的紳士貴族認為)僅能透過暴力流血衝突解決。」相當近似¹⁹⁷。

¹⁹² Whitman 教授指出，二戰後之研究表明，1950 年代的侮辱罪私人起訴行動主要由社會底層的德國人所發動，這個觀察結論恰可用作衡量納粹時期對於侮辱法影響的參考標準。*Id.* at 1331.

¹⁹³ 該文提及，康德於 18 世紀晚期主張人人在道德上是平等的，我們應敬重其他人，若對他人表示不尊重或否認他人必須被尊重，是違反我們的道德義務的，因為他們是人。(原文如下:As Kant forthrightly declared in the late eighteenth century, pursuing his grand theme of the moral equality of all persons: “To show disrespect for others (contemnere), i.e., to deny them the respect [Achtung] we owe to each human being as such, is always a violation of our moral duty: For they are human beings.”) 該文亦強調，康德哲學思想實際上並沒有動搖或引導 19 世紀至 20 世紀中期以前德國對於名譽保護的法律設計與解釋。*Id.* at 1322、1331.

¹⁹⁴ *Id.* at 1333-1334.

¹⁹⁵ 舉例可對照參見 Whitman 教授文中他處所述，德國侮辱法未必處罰在公開場合抓握/觸摸女性胸部的行為，因為此等行為可能意味著行為人對於女性性價值表示欣賞/好評的意思，而非傳達出貶辱該女性人格價值的意思(例如稱呼女性為妓女才是貶損此類人格價值的典型行為)。*Id.* at 1307-1311.

¹⁹⁶ *Id.* at 1335-1336.

¹⁹⁷ *Id.* at 1336-1337.

綜上所述，德國侮辱罪與其近代本土貴族決鬥文化有相當密切的淵源，而後在納粹時期強調德國人民盡享民族榮譽的思潮推動下，大幅度促進了榮譽普及至社會底層的德國人民，而不再只是近代貴族所獨享，時至今日，德國境內的猶太人、土耳其人亦同樣平等享受榮譽保護。但當今的侮辱罪，雖持尊重請求權說之論者稱本罪旨在保護「個人在人性尊嚴的基礎上所具有的人格體現價值」，但剝去這層抽象而華麗的包裝，吾人看到的恐怕是一種「**不容他人表達貶損自身價值言論**」的貴族式尊重需求，將此等尊重需求生硬地與人性尊嚴保障連結，不但有悖於人性尊嚴「保護及尊重人之為人的最基本利益，旨在使個人之精神、物理存在免於被剝奪，防止個人被置於強制狀態，成為國家、社會或他人之支配物，其必然是一種最低底線的保障，其作用非在確保人民舒適、安逸的生活，也不是完全與痛苦害怕隔絕，更不是提高生活水準的社會政策¹⁹⁸。」的基本宗旨，更有泛論人性尊嚴導致憲法上人性尊嚴概念貶值的疑慮。此外，發動刑法管制未造成他人具體生活利益損害的侮辱(例如:基於貶損他人的主觀意思，稱呼他人為笨蛋)，亦有悖於法益保護、刑法謙抑性的基本理念:「刑法既然以刑罰為規範手段，**必須是針對比較嚴重的利益侵害而設**，反面言之，所保護的應是人在社會中的**最基本、不可或缺的利益**...¹⁹⁹」。是故，本文認為不宜以德國法所謂尊重請求權作為本罪保護法益。

第二節 侮辱要件之界定過於寬泛與不明確

本文於第一章第貳節次，已敘明不同法益觀點對於「侮辱」之解釋。而本條目緊扣本文「尋找公然侮辱罪合憲解釋空間」之行文目的，針對目前各該法益觀點對侮辱之闡釋，其解釋之妥當性(尤其是否為合乎憲法之解釋)加以檢討，最終得出研究結論:上開解釋手法或使公然侮辱罪(下稱本罪)構成要件涵蓋過廣，違反比

¹⁹⁸ 李建良，自由、平等、尊嚴(下)——人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題，月旦法學雜誌第154期，頁198-199，2008年3月。

¹⁹⁹ 黃榮堅，同註173，頁39-40。

例原則；或使構成要件違反法律明確性原則之違憲疑慮²⁰⁰，皆非合乎憲法之解釋取徑。以下分別詳述之：

第一項 外在名譽說之解釋恐使侮辱要件涵蓋過廣

本說主張侮辱行為在定義上，係指足以貶損他人社會評價、聲譽地位(或謂：社會上客觀存在之人格地位)之行為，而其具體實例則可包含：罵人豬八戒、混蛋、雜種；對人伸出中指向上(比中指)等客觀上帶有貶低意義之言論²⁰¹。

然而，本文認為，外在名譽說對於侮辱之解釋並未完全貼合保護法益，有使本罪擴張管制到「無減損個人外在名譽抽象危險」之言論類型。詳言之，依照外在名譽說之舉例，甚至是持此說之實務判決所認定之侮辱，皆承認對於他人罵髒話或以帶有貶低意義之言詞稱呼他人，得成立侮辱。但是，誠如本文在保護法益定性疑慮章節所述，一般人聽聞某甲以髒話或不涉及事實指摘之貶低意義言語罵某乙，不至於因此調降某乙之社會評價，亦即不具有事實要素之言論恐怕欠缺侵害他人外在名譽之高度危險性。

再者，持本說之部分實務判決為了得出侮辱的客觀認定標準，時常援引辭典，論證行為人之言論帶有貶低他人人格之意涵，並逕行認定構成足以貶損他人外在名譽之侮辱(即本文前章節所介紹之說文解字法²⁰²)。此項論證方法，更加劇了構成要件涵蓋過廣現象。詳言之，首先，辭典對於言詞用法的解說僅能揭示出某詞語在過往(辭典編寫以前)通常語言使用習慣下的可能涵義，無從精確判斷現在、將來某時空背景下個案言論的客觀意涵²⁰³，近期即有論者自語意學與心理學角度，指出髒話在不同語意情境下，除了用以負面評價他人外，尚可能有同儕間交流情

²⁰⁰ 大法官釋字第 636 號解釋林子儀大法官與許宗力大法官部分協同意見書指出：「一般人民或雖不能依文字語言習慣或日常生活經驗，對法律規定之文本予以合理解釋，而理解系爭法律規定之意義，惟如經執法機關或法院探究立法過程或立法理由，而能明確該法律規定之意義，或因其對系爭法律規定之反覆解釋適用，已形成明確內容，並經依法公布或其它公示方法，而為受規範之一般人民所習知者，亦可認該系爭規定之內容為受規範之一般人民所理解，並因此能預見其行為是否受該法律所規範，而與法律明確性原則無違。」，本文據此認為，公然侮辱罪縱使規範文義上有違反法律明確性之嫌疑，但只要尋找到無違法律明確性之構成要件解釋，並以之提供執法機關或法院反覆解釋適用且加以公示週知人民，即可亡羊補牢，使本罪脫免遭宣告違憲的命運。

²⁰¹ 林東茂，同註 15，頁 96。

²⁰² 詳細介紹，請參考前述本文第二章第二節第一項之說明。

²⁰³ 類似見解，可參考：林慈偉，同註 55，頁 231。

感、顯示男子氣概、壯大聲勢自我防衛等多元意義²⁰⁴。其次，縱使字典顯示某詞語具有貶低他人的負面意義，亦無法當然推論行為人使用該詞語即具備侮辱故意²⁰⁵，因為相同的髒話，在不同的對話情境中，發話人欲以該詞語追求的目的或作用非僅有單一可能性，關於這點，澳洲應用語言學者 Ruth Wajnryb 即在其論著中強調，字詞唯有置於特定脈絡，才能夠討論其意義及達成的作用，例如說出王八蛋這個字眼，可能用在不小心踢痛腳趾時(發揮清滌作用)、目睹停車位被另一名駕駛搶走，故對之罵聲王八蛋(發揮惡言作用)、碰到許久未見的好友，用你這老王八蛋與他打招呼(發揮社交作用)²⁰⁶。

是以，本文認為，外在名譽說對於侮辱要件之解釋，將對人罵髒話/以含有貶抑意味的言詞稱呼他人納入本罪構成要件管制的侮辱行為，已將本罪處罰範圍擴張至「無減損個人外在名譽抽象危險」之言論類型，在部分實務見解說文解字法的推波助瀾下，更是處罰了：依行為時語意情境判斷，無侮辱意涵的髒話使用行為。倘若依循此項解釋路徑，可能致使本罪衍生構成要件涵蓋過廣的疑慮²⁰⁷，即超乎保護外在名譽的立法目的，額外且過度干預了無/低可能性危害外在名譽的言論，實非合乎憲法之解釋操作。

第二項 感情名譽說與尊重請求權說之解釋恐使本罪欠缺法律明確性

壹、公然侮辱罪之法律明確性審查應從嚴

憲法學理上所謂法律明確性原則，主要用於審查法規範之形式合憲性，其內涵係指立法者制定法律時，應要求法律在內容上清楚、確定並且明確，如此方能

²⁰⁴ 林慈偉，罵人「婊賣家」之行為是否成立公然侮辱罪--評臺灣高等法院 101 年度上易字第 369 號及臺灣板橋地方法院 100 年度易字第 2669 號刑事判決，法令月刊，第 11 期，頁 54-56，2012 年 11 月。

²⁰⁵ 此論點係立於實務主流見解對於侮辱故意採取較嚴格解釋之立場而提出(本文在侮辱故意節次之介紹曾提及，實務見解不乏承認：宣洩一時激動情緒、以加強語氣表達反對意見、意在對事件發表負面評價而非貶損人格等情形欠缺侮辱故意不構成罪)。

²⁰⁶ 詳請參考，Ruth Wajnryb 著/嚴韻譯，髒話文化史，頁 54-55，2012 年 4 月，二版。

²⁰⁷ 構成要件涵蓋過廣之說明，參考：司法院大法官釋字第 632 號解釋許宗力大法官部分協同與部分不同意見書：「因系爭規定無異於禁止任何促使人為性交易之廣告，則連促使成年人與成年人間為性交易之廣告，亦在本條刑罰處罰之列，業已遠遠超出兒少條例保護兒童及少年之規範目的。...是本席認為系爭規定因涵蓋過廣而難謂與比例原則暨平等原則無違。多數意見顯然也意識到系爭規定因涵蓋過廣，將導致違憲結果，才對其作合憲性的目的限縮解釋，將已採必要隔絕措施之成年人間性交易廣告排除於系爭規定之適用範圍。」由此可見，刑法規範若逾越其規範目的，處罰非規範目的所欲禁止之行為，即可能有涵蓋過廣，違反比例原則之疑慮。

使人民確實知悉法律對其有何具體要求，進而人民可在預見與計算該法規的情況下，採取相應的生活行動²⁰⁸。然而，我國司法釋憲實務亦承認，立法者為因應所規範生活事實之複雜性及求取法律適用於個案之妥當性，仍得適當使用不確定法律概念，倘該法律用語之意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即無違法律明確性原則²⁰⁹。

除此之外，釋憲實務亦根據法規範所限制之基本權，設有寬嚴不同之審查標準，如大法官釋字第 636 號解釋明白揭示：「基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。依本院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違...又依前開憲法第八條之規定，國家公權力對人民身體自由之限制，於一定限度內，既為憲法保留之範圍，若涉及嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否符合法律明確性原則，自應受較為嚴格之審查。」；另有大法官個人意見指出：「法律明確性原則固為法治國家之重要原則，明確性三要件亦普遍受到認同，惟其實際運用時，卻因所涉憲法上權利之特質，以及法領域之異同，而對明確性程度有高低不一之要求。換言之，法律明確性原則與比例原則類似，並非一成不變之原則。一般而言，關於限制表現自由之法律，為避免寒蟬效應，應具備極高度之明確性。稅法方面，『課稅要件明確主義』為租稅法律主義之內容，自亦要求高度明確性。刑法與人身自由息息相關，強烈要求犯罪構成要件之明確性，不俟贅述。反之，關於民法規定，明確性之要求極低，故容許公序良俗條款及誠信原則（民法第 72 條、第 148 條）等一般條款之存在。至於包含警察法在內之之一般行政法，既容許概括條款及不確定法律概念，可見亦未必高度要求明確性。

²⁰⁸ 許育典，同註 174，頁 62。

²⁰⁹ 主要參考：司法院大法官釋字第 432 號、第 521 號、第 617 號、第 702 號解釋。

要之，法律明確性原則如何運用，須視個案情形而定，未可一概而論。」²¹⁰，故綜合上述，倘若法規範所限制之基本權，涉及嚴重人身自由干預或者涉及言論自由，於法律明確性之審查標準上應從嚴，而本文所探討之公然侮辱罪，其構成要件涉及言論自由之限制；法律效果涉及人身自由干預之刑罰，故於法律明確性之審查標準應盡可能從嚴，要求其內容具備極高度明確性。

貳、感情名譽說與尊重請求權說解釋之法律明確性疑慮

感情名譽說主張，侮辱係指一切足使他人精神上、心理上感受難堪或不快之粗鄙言論，其內容上並無限制，可包括對於他人之能力、德行、身分、地位、容貌、學歷、身體或婚姻狀況加以嘲笑、謾罵或揶揄。

依本文理解，上述定義可謂是涵蓋了一切危害他人感情名譽(自尊感受)之負面評價言論，然而誠如部分學者所指出：「情感名譽，各個人存有不同之落差...所稱公然侮辱對於名譽感情傷害甚大者，亦須有社會性評價的考量後，始可獲得理解...」²¹¹，亦即甚麼樣的言論會造成感情名譽之侵害(或危害)乃因人而異，甚難界定出可依循之客觀標準，若欲以：通常一般人聽聞此等負面評價言論都會自尊心受損—作為客觀標準，本文認為完全不可能，因為實踐上須要大量訪問民眾對於被罵粗話/負面評價的話語是否會自尊心受損，姑不論民眾是否能判斷甚麼程度算是自尊心受損(持感情名譽說之論者恐怕也無法具體說明)，要求受訪民眾誠實且認真回答當然亦極度困難。因此，所謂「足使人精神上、心理上感到難堪」之侮辱行為闡釋，難以使表意人事前預見甚麼樣的言論是本罪處罰的侮辱，進而選擇是否仍要發出言論(即受規範者無法預見其行為觸法可罰)。若循上述解釋，恐已違反法律明確性原則，且造成嚴重寒蟬效應(表意人因畏懼刑罰，一概迴避使用帶有負面意義的言論)。

²¹⁰ 司法院大法官釋字第 767 號許志雄大法官協同意見書。司法院大法官釋字第 767 號黃昭元大法官協同意見書亦有相類敘述。

²¹¹ 陳子平，同註 15，頁 320。

尊重請求權說對於侮辱之解釋，亦有相同疑慮。本說主張，侮辱係對他人人格完整性、道德價值或社會尊重價值表示否定、輕蔑或不尊重之價值判斷。然而個人之價值(尤其道德價值)如何測度？甚麼樣的言論表示算是不尊重？在解釋上都呈現高度不明確與不穩定性，對此問題，日本學者平川宗信明確批評：「尊重請求權，要求一個人的整體人格價值得到承認和尊重，自我也要得到相應的對待。然而，在現實世界中，這只是一種理想，而不是在實踐中可以實現的。既不可能客觀地認識和評價一個人的人格價值，也不可能給予所有的人應有的待遇。即使我們認為人格價值是『從一個人可見的個人、身體特徵及其社會貢獻的事實中可以合理判斷的評價』，也是如此。『尊重請求權』的內容無法具體確定，也不具有實際可行性。應該說，它是一種抽象的理想宣言，而不是一種具體的現實權利²¹²。」可資參考。舉例而言，尊重請求權說論者慣常主張：以「白癡」或「智障」之語，辱罵智力狀態「無瑕疵」之人，是典型構成本罪侮辱之行為。但是，所謂智力狀態無瑕疵如何具體檢驗，欠缺公定客觀標準，遑論科學上對於智力的定義也仍有爭議²¹³；又如德國法上之文學家 Böll 案，涉及行為人在未提出任何實質論點之情況下，於書評中表示 Böll 是一個「虛偽的、道德墮落」的作家，其作品都是「令人厭惡的垃圾」²¹⁴，依尊重請求權說之邏輯，應先檢驗受辱罵之作家是否曾做出不誠實與其他有損於個人道德價值的行為，若否，則「虛偽的、道德墮落」之指控即非該作家應得之評價，行為人之辱罵行為即屬侵害尊重請求權、名譽法益。但個人之為人是否虛偽、道德是否淪喪，在認定上相當抽象且容有仁智之見，個人擁有如何之道德價值、如何之評價算是與該人道德價值不相襯之評價，根本無從檢證。是以，本文認為尊重請求權說對於侮辱之闡釋，可謂無標準可循且有欠明確，亦不適合用以合憲解釋本罪構成要件。

²¹² 平川宗信，『名譽毀損罪と表現の自由』，有斐閣，頁 156，2000 年。

²¹³ 「數字越高不代表你越聰明！三個對智力測驗常見的誤解」，聯合新聞網，2018 年 9 月 12 日，網址：<https://udn.com/news/story/6904/3363183>(最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

²¹⁴ 案例參考 BVerfGE 61,1(12)；Dieter Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, S. 1704 此二文獻轉引自：劉傳璟，同註 67，頁 149。案例簡介，另可參考許宗力，談言論自由的幾個問題，載於：法與國家權力(二)，頁 215，2007 年 1 月，初版。

第三節 侮辱與誹謗之區分適用現況檢討

本條目之論述重點在於釐清公然侮辱罪與誹謗罪之射程範圍，對於實務及學說將妨害名譽言論區分適用兩罪之見解進行簡要評析，在支持區分侮辱與誹謗之前提下(本文認為此區分之正當性尚可支持，將於第四章提出法益重構觀點補充論述)²¹⁵，指出當前主流實務操作可再調整之處。在此，本文深知各項區分標準理論皆有其說理極限，批評者必然能舉出難以區分之邊際案例，但本文所關注者乃如何在現行法架構下盡可能合理分配兩罪之適用範圍，除了追求周全保護名譽法益，亦須避免行為人之言論因為區分理論之操作而不得主張特定之不罰/免責抗辯，構成過度限制。

第一項 主流實務對於兩罪所適用之行為態樣分配並不妥適

如本文於第一章第貳節所述，我國刑法妨害名譽罪章明確採取分設公然侮辱罪與誹謗罪以保護名譽法益之立法模式，且著眼於兩罪之構成要件不同、僅後者得援用真實性抗辯等重要區分實益，因此我國實務及學說無不致力於發展「某妨害名譽之言論何時應落入公然侮辱罪/誹謗罪射程範圍」之具體標準。目前主流實務見解係以「系爭言論有無指摘具體事實」為標準分流適用兩罪，倘若言論夾敘夾論(有具體事實之指摘，亦有對該事實之評論意見)，多數見解仍肯認系爭言論已指摘具體事實，應僅論以誹謗罪，亦即其判斷標的為言論整體，不就行為人之言論切割論斷。少數實務與有力學說見解則認為，應依「言論性質為事實陳述/意見表達」區分適用兩罪，亦即言論性質為事實陳述，適用誹謗罪；言論性質為意見表達則適用公然侮辱罪。對於夾敘夾論之言論，本說傾向認為宜將行為人之言論切割為事實陳述部分與意見表達部分，分別論以兩罪。

就侮辱與誹謗之抽象區分標準而言，本文認為主流實務見解以「整體」言論「是否具體指摘事實」為區分適用兩罪之標準，並不妥適。此標準最明顯之瑕疵在於：將夾敘夾論之妨害名譽言論整體導入誹謗罪處理，無法說明「評論」之意見

²¹⁵ 反對區分之見解，可參考：徐偉群，同註14，頁46-48。

部分何以該當刑法第 310 條第 1 項所謂「指摘或傳述足以毀損他人名譽之事」之構成要件，若構成要件不該當，則如何得適用刑法第 311 條第 3 款之合理評論原則阻卻違法²¹⁶？此外，主流實務見解將公然侮辱罪之射程(適用)範圍侷限於對人抽象謾罵，據此一概以侮辱並非對事發表評論為由，排除公然侮辱行為適用刑法第 311 條第 3 款阻卻違法，如此見解恐怕忽略了對人或對事發表負面評價實際上界線模糊、不易判斷，行為人發言批評他人多數情形當係出於與被批評者發生爭執或對其言行高度不滿，則雙方發生爭端之事實或被批評者之所做所為是否該當該條款所謂「可受公評之事」？又，行為人之出言抽象謾罵是否可認係「對事發表評論」(如：極度不贊同他方之行為)？凡此問題皆存有模糊空間，但法律效果卻天差地別，若委由個案承審法官自行判斷，除動搖法安定性，亦使司法審判者得逕以「行為人之言論屬對人抽象謾罵，非對事發表評論，自不得適用合理評論原則阻卻違法。」拒絕審酌行為人之免責抗辯，衍生出對言論自由保障不周之疑慮。

第二項 以言論性質為「事實陳述/意見表達」為區分適用基準可資贊同

少數實務與有力學說見解主張，依言論性質屬事實陳述/意見表達為區分基準，將事實陳述部分歸由誹謗罪處理；意見表達部分審酌是否成立公然侮辱罪。本文認為此見解在現行法架構下較能合理有效達成兩規範間之分工，且兼顧言論自由與名譽法益之保障。理由在於，將公然侮辱罪之射程範圍理解為所有妨害名譽之意見表達，可避免前述主流實務見解無法合理說明對事評論何以該當誹謗罪構成要件之說理困境；且對事評論雖與事實陳述同樣可能危害他人名譽，但對事

²¹⁶ 典型主流實務見解之論述，可參考臺灣高等法院 108 年度上易字第 2446 號判決：「刑法第 311 條...之規定，係法律就誹謗罪特設之阻卻違法事由，目的在維護善意發表意見之自由。蓋言論自由為一種『表達的自由』，而非『所表達內容的自由』，表達本身固應予以最大之保障，但所表達之內容，仍應受現時法律之規範，表達人應自行負法律上之責任，因此『言論自由』概念下之『評論意見』是否是『適當』，仍應加以規制。...從而，關於『伴隨事實陳述之意見表達』此種類型之意見表達，其『事實陳述』部分，依司法院釋字第 509 號解釋意旨，行為人至少應證明其言論內容，依其所提出之各項證據資料，足以在客觀上認為行為人有相當理由確信其為真實為限，即於此客觀上一般人得以認為有相當理由係真實之基礎上為適當之意見表達或評論，方得受言論自由之保障。而該針對特定、具體事實，依個人價值判斷而衍伸提出主觀且與事實相關連之意見表達或評論部分，縱該用語、字詞屬於負面批評，因該言論係個人主觀評價之表現，其用字譴責是否妥當，社會大眾均有評論之空間，無所謂真實與否，則仍屬『意見表達』之言論範疇，須透過『合理評論原則』，亦即「以善意發表言論，對於可受公評之事為適當評論」之誹謗罪阻卻違法事由審究。」明確肯定對於事實發表意見(評論)，應適用專屬於誹謗罪之阻卻違法事由。

評論「本身」並無驗證其言論真偽之必要²¹⁷(評論所奠基之事實是否為真實，僅涉及刑法第 311 條第 3 款評論是否具適當性之判斷，不得將評論部分論以誹謗罪)，此項特點與公然侮辱罪僅關注不涉及事實指摘之妨害名譽言論類型，適用上具有較高之契合度，反而宜導入公然侮辱罪加以處理，而非誹謗罪。

但對於以「事實陳述/意見表達」分配兩罪適用範圍之見解，學說上並非全無批評聲浪，本文認為若欲支持此項區分方法，有必要對批評論點加以回應，茲扼要論述學理上相關批評，以及提出本文之回應：

批評論點主要提出三項反對理由：第一，論者批評道「意見係以事實為論述基礎，若認為公然侮辱罪規範對象為不涉及事實之意見，在認知上顯然有誤²¹⁸。」；第二，論者認為「如果認為意見是侮辱罪所保障的內涵，也與現行法的規定不符，因為現行刑法中第 311 條...多數說認為該條出於保障個人言論核心的表意自由，所為特別規定，而個人言論核心就是意見的自由表達，所以意見表達更應受到特別保障，此為刑法中第 311 條的設立目的。若認為誹謗罪所規範的內容為事實，則刑法第 311 條，對於誹謗罪應該就沒有適用的餘地，如此見解，不但推翻法條設立意旨，也與通說認知相違背²¹⁹。」；第三，論者主張「事實與意見之區分本有其困難性，如果再將侮辱罪與誹謗罪的區分方式疊架於其上，無異是雪上加霜²²⁰。」。

本文認為，批評論點之前兩項論據並無說服力：

首先，意見表達在經驗上固然時常植基於事實之上，但此並非必然，例如部分白人優越主義者對於有色人種抱持高度歧視與敵意，每見到具備有色人種特徵者即出言謾罵，在此情況其謾罵之用語，仍可能理解為係表達其對於他人種族特徵低劣之確信、具備某種族特徵者不配與其接受相等待遇等主觀看法或態度，不失為意見表達，但依個案情形，完全欠缺具體事實為其負面意見表達之基礎，亦

²¹⁷ 林子儀，同註 149，頁 380。

²¹⁸ 張志隆，同註 120，頁 145。

²¹⁹ 張志隆，同註 120，頁 145。

²²⁰ 張志隆，同註 120，頁 145。

即其負面評價係基於他人外在特徵，而非該他人外顯於社會之生活歷程事實，由此可見，意見表達恐怕僅係通常有事實基礎，但非必然；況且意見及所憑據之具體事實，兩者關係之重要性僅展現在刑法第 311 條評論是否適當之判斷(當前已有不少實務見解要求行為人須表明評論所根據之具體事實，除非該事實本已眾所周知，否則其評論即無法堪稱適當。)，與言論得否定性為意見表達之命題無關。將公然侮辱罪之適用對象理解為不涉及事實陳述、毋庸檢驗事實真偽之意見表達，未見有何謬誤之處。

其次，批評觀點認為將誹謗罪之適用對象限於事實陳述，可能無法適用刑法第 311 條阻卻違法，違反該條文立法目的，本文認為此項批評誠屬多慮。理由在於，事實陳述仍然可適用該條文第 1 款、第 2 款、第 4 款，此點觀諸實務學理無人提出反對意見，何處有批評論者所稱無法適用之問題？實令人費解。若其所指摘者乃單純事實陳述無法適用該條第 3 款之疑慮，學說上對此問題固然有認為應放寬該條之適用範圍，使之及於事實陳述之言論類型²²¹。但本文認為，該條款之適用僅排除侵害他人隱私之真實事實陳述，至於客觀上不實之事實陳述則理論上仍有該條款適用。詳言之，在將刑法第 311 條定性為阻卻違法事由之共識基礎上，進入本條審酌得否阻卻違法之前提必然係該事實陳述已該當誹謗行為，即該言論係客觀上虛偽，且行為人無相當理由確信其所述為真實(參照刑法第 310 條第 1 項、第 2 項)，或者該言論係揭發他人未涉及公益之隱私事項(參照刑法第 310 條第 3 項但書)。自規範形式客觀文義而言，該條款所稱「可受公評之事」已限定該等事項須為得週知大眾訴諸公共評論，似已排除揭發他人未涉及公益之隱私事項之適用可能性，縱使行為人對該隱私事項有切身利害關係，亦當適用該條第 1 款而非第 3 款，避免假評論之名任意散布他人隱私資訊；但該條第 3 款所謂「評論」，客觀文義可解為「批評討論」²²²，兼及包含提出「事實」與公眾討論與對該事實

²²¹ 何建志，同註 135，頁 124。

²²² 參考教育部重編國語辭典修訂本(網路版)，網址：<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdict/gswweb.cgi?ccd=ghLkPR&o=e0&sec=sec1&op=v&view=0-1>(最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

發表個人批評「意見」，並無批評觀點所謂全然排除誹謗罪事實陳述適用本條款之疑慮。實質而論，如本文於第三章第四節所主張，著眼於該條款肩負權衡並調和言論自由與名譽權衝突之重要機能，解釋上宜盡量放寬該條各款之適用可能性，不宜因妨害名譽行為態樣之定性排除適用。

最後，批評觀點指出本說之困境在於意見表達與事實陳述不易區分，本文認為誠屬切中要害之正確批評。意見表達與事實陳述之區分，概念上固然可認為前者乃個人對於人事物之主觀價值判斷；後者乃個人對於過去或現在之事件過程之描述，而兩者之差異亦突顯在「有無可證明性」，亦即事實陳述得以驗證其真偽；意見表達則欠缺可證明性²²³，看似兩者截然可分。然則於邊際案例上無不突顯其區分障礙。例如我國司法院院字第 2179 號解釋所探討之爭議問題：某甲於多數人面前謾罵乙女為娼妓，究應論以公然侮辱罪或誹謗罪²²⁴？於此案例，一方面可認為乙女是否曾與人從事性交易且以此為職業，具備可證明性，有解為事實陳述之論理空間；但另一方面，該言論亦可能係甲欲表達其對乙女其他不良行為感到不齒，其將乙描述為娼妓僅係誇張化之修辭援用，意在表示乙女之行為形同娼妓令甲瞧不起，非在指稱乙從事性交易業務之事實，若作此理解，則該言論之性質即近似於無法亦毋庸驗證其言論真偽之意見表達。

然而，本文認為，縱使上述區分基準於邊際案例運用上有其模糊之處，但仍不宜忽略意見表達與事實陳述區分之重要意義而斷然放棄此基準。

在刑法層次，事實陳述與意見表達對名譽法益造成之侵害態樣不同。侵害名譽法益之事實陳述，係透過干擾個人呈現於公眾之過去生活歷程，造成公眾對於被害個人產生負面認知，進而損及被害個人之生活利益，且在該公開生活歷程資訊更正前，被害個人之生活利益侵害狀況有持續擴大之可能。至於侵害名譽法益之意見表達，乃他人對個人特徵或過去生活歷程加以負面評價，被害個人遭損及

²²³ 王澤鑑，同註 69，頁 42-43。

²²⁴ 司法院(30)年院字第 2179 號解釋。其提案問題原文：「...重慶司法院院長居鈞鑒。刑法第二百零九條第一項之公然侮辱罪。侮辱當時是否須被害人在場聞見始行構成。又如某甲對多數人罵乙女為娼。是而僅觸犯違警罰法第四十四條第一項第三款之罰則。抑應構成公然侮辱罪或誹謗罪。均不無疑義。理合電請迅予解釋示遵。...」。

之生活利益，依本文之見，僅可能為心理健康傷害與附隨之生理傷害(如失眠、頭痛等)，且因為未指出事實之意見表達本身較欠缺說服力，非如侵害名譽法益之事實陳述一般，可帶動他人群起發表負面評價，造成名譽法益侵害持續擴大現象。兩者相較，侵害名譽法益之事實陳述因其侵害之生活利益面向較廣，且有造成該生活利益侵害持續擴大之可能性，故宜以較高之法定刑度上限加以對應；相對而言，侵害名譽之意見表達則對個人生活利益影響範圍較狹窄，且無侵害效果向將來繼續擴大之特性，故其法定刑度上限較前者為低亦屬合理(我國刑法於設定兩者之法定刑度上限即呈現此態勢，本文認為誠屬妥當)。

在憲法層次，因為意見表達係個人表達其對於事務之思想或看法²²⁵，相較於事實陳述，意見表達與個人人格發展之關係更形密切²²⁶，故憲法有給予意見表達較高保障程度之必要，此點無論觀諸我國或德國法主流憲法學說，甚至美國法有力實務見解，皆如是主張。我國代表性論述，例如司法院大法官釋字第 509 號解釋吳庚大法官協同意見書指出：「按陳述事實與發表意見不同，事實有能證明真實與否之問題，意見則為主觀之價值判斷，無所謂真實與否，在民主多元社會各種價值判斷皆應容許，不應有何者正確或何者錯誤而運用公權力加以鼓勵或禁制之現象，僅能經由言論之自由市場機制，使真理愈辯愈明而達去蕪存菁之效果。」對於意見表達採取近乎絕對保障之觀點²²⁷；美國哥倫比亞特區聯邦上訴法院亦於 *Ollman v. Evans* 案，指出聯邦最高法院 *Gertz v. Robert* 案所稱：「根據憲法第一修正案的規定，沒有所謂虛假不實的想法(idea)，無論一項意見(opinion)看起來是多麼的惡毒，我們對它的匡正不是依靠法官與陪審團的良心，而是依靠與其他想法的競爭。²²⁸」似已將習慣法上僅給予誹謗訴訟有條件豁免權之合理評論原則，轉變為對所有意見表達提供以憲法第一修正案為基礎之絕對的誹謗訴訟豁免權(即：

²²⁵ 許育典，同註 174，頁 223。

²²⁶ 王澤鑑，同註 69，頁 42。當然，本文並不否認，行為人為事實陳述亦係經由其個人思維篩選而提出，亦與個人人格展現有關。

²²⁷ 參考司法院釋字第 509 號解釋吳庚大法官協同意見書。雖未正面提及意見表達是否係受憲法絕對保障，但贊同意見表達應享有較諸事實陳述更高保障之見解，可參考：林鈺雄，同註 67，頁 348。吳耀宗，同註 31，頁 55。

²²⁸ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 339-340(1974).

意見表達受憲法言論自由絕對保障)²²⁹；德國憲法學通說更是主張，**事實陳述必須滿足有助於意見形成之前提，方可受言論自由保護，若係明知或已證實為不實之事實主張，則排除於言論自由保護範圍之外**²³⁰，似已將意見表達解為言論自由保障之核心，至於事實陳述僅係因有助於意見形成而附帶被保障而已。

是以，本文認為以言論類型係「事實陳述/意見表達」為區分適用兩罪之基準誠屬必要，其於邊際案例判斷上之所以有較為模糊之缺陷，依本文之見，可能係因對陳述之客觀情境脈絡探求不足，以及未嚴格切割整體語句個別定性所造成。針對客觀情境脈絡探索不足之問題，或可參考前述 *Ollman v. Evans* 案提出之判斷標準，提醒司法者應斟酌該表達陳述之一般正常用法、陳述時之事實情境與前後文脈絡、表達該項陳述時之客觀社會狀態，與該陳述可否驗證為真實，共計四項標準綜合評判²³¹。並且應盡可能對言論進行切割，取出含有事實之言論部分論以誹謗罪；其主觀評價部分論以公然侮辱罪²³²。若法院已確認該言論已侵害名譽法益(即已造成被害人基於名譽資訊所衍生之正當生活利益被侵害)，但窮盡一切證據調查方法仍難以自發言客觀情境脈絡推斷該言論屬性，則本於有疑惟利被告之刑事法原則，法院應為對被告有利之犯罪事實認定²³³，亦即將該言論定性為意見表達²³⁴，適用公然侮辱罪與刑法第 311 條各款規定。

²²⁹ *Ollman v. Evans*, 750 F. 2d 970, 974-975(1984).

²³⁰ 劉傳璟，同註 67，頁 36-38、41。BVerfGE 61,1(8)；85,1(15)；90,1(15)；90,241(249)；99,185(197)。轉引自：劉傳璟，同註 67，頁 37。

²³¹ *supra* note 229, at 979.

²³² *Ollman v. Evans* 案有謂：「各該法院針對事實陳述與意見表達之區分方法雖有分歧，但公認此項區分任務是艱鉅的...事實陳述乃指對於過去或現在狀況的陳述，該狀況可透過感官印象加以了解。陳述的內容如果是『瓊斯先生在公司派對中喝了十杯酒，在回家的駕車途中側撞了兩台交通工具，實難想像將此陳述內容理解為是意見表達；反之，如果陳述內容是『瓊斯先生是個卑鄙的政治家』此等明顯表達(言論)作者的政治、道德或審美觀點，而非作者的感官認識，此項陳述當屬意見表達的典型。然而語言與交流的複雜性使得許多陳述無法清楚地與此二言論類型相吻合，這些陳述造成的主要區分困難在於，乍看之下這些言論是對於事件的看法，但其本身並不僅是看法的紀錄，可能隱含了作者所沒有揭露之事實。例如『瓊斯先生是個酒鬼/酗酒者(alcoholic)』這項陳述與表述特定歷史事件同樣，明顯可能對名聲造成損害。」*supra* note 229, at 978-979. 然而，本文認為，本案判決用以佐證事實與意見難以區分所舉之例，係未對整體言論切割所造成，只須將「瓊斯先生是個酒鬼/酗酒者」切割解讀為：瓊斯先生曾經飲酒(事實陳述)；瓊斯先生有過量飲酒習慣(意見表達)即可解決。

²³³ 本原則之說明，參考自：林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，頁 164-165，2015 年 9 月，7 版。

²³⁴ 德國聯邦憲法法院亦認為，言論若結合了事實與意見表達，並且難以區分，就必須將該言論全部視為意見表達，以獲得較周全之憲法言論自由保障。BVerfGE 85, 1 (15f.)；241(248)。轉引自劉傳璟，同註 67，頁 39。

第四節 公然侮辱罪與刑法第 311 條之適用關係檢討

如本文第一章第參節所示，公然侮辱罪(下稱本罪)與刑法第 311 條(下稱本條)之適用關係爭議，於刑法層次所觸及的問題略有：刑法第 311 條在犯罪階層體系上之定位為何？公然侮辱行為得否適用本條款而不罰？若肯認公然侮辱罪亦可適用本條款不罰，則係全部款項皆有適用還是部分適用而已？各款要件又應作如何之解釋與運用？而本文對於上述問題，仍擬採用合乎憲法取向之解釋態度，亦即將核心思考重點擺在：如何解釋公然侮辱罪與刑法第 311 條之適用關係，可以最大程度調和名譽法益與言論自由間之基本權衝突，進而履行憲法針對妨害名譽相關罪名禁止保護(名譽法益)不足與禁止干預(言論自由)過度之誡命。本節將先我國文獻對於前二問題之見解先予檢討，指出刑法第 311 條宜定位為阻卻違法事由，且侮辱行為亦有刑法第 311 條各款之適用，主流見解完全否定侮辱行為適用本條款阻卻違法，並不妥適。至於侮辱行為如何適用本條各款之問題，則留待第四章重構公然侮辱罪之構成要件解釋論後再做說明。茲就前二問題檢討如下：

第一項 刑法第 311 條之犯罪階層體系定位為何？

首先，就刑法第 311 條之犯罪階層體系定位問題，本文認為宜將本條定性為阻卻違法事由，而非阻卻(主觀)構成要件事由。理由主要有二：

第一，透過立法理由之說明可知，本條之設立目的在於調和名譽法益與言論自由之衝突現象，倘若妨害名譽之言論符合本條要件，名譽法益之保障應向言論自由適度退讓，刑法對於此類言論不加管制處罰²³⁵。換言之，立法者應係肯認以善意發表該條四款之言論自由價值，高於因該等言論發表而受損害之名譽法益，據此決定刑法不保護該名譽法益之持有者而令其容忍。在肯定(名譽)法益侵害之前提下，對侵害方與被侵害方之法益價值加以利益衡量之思考模式，恰可對應至

²³⁵ 本條文最早規範於刑法第二次修正案(1918 年)第 319 條，其立法理由謂：「...蓋保護名譽應有相當之限制，否則箝束言論足為社會之害，故以善意發表言論而有本條所列情形者，不問事之真偽概不處罰，本案酌採多數國立法例規定本條，庶於保護名譽及言論自由兩者，折衷以求適當。」請參考，黃源盛，同註 17，頁 741。

刑法犯罪階層體系中之阻卻違法事由²³⁶，反倒與構成要件判斷法益侵害與否的基本思維不相契合²³⁷。

第二，阻卻構成要件說一方面指出「善意」發表言論係指行為人之發言非以損害他人名譽為唯一目的，另一方面又認為出於善意發表言論即不具誹謗故意，除有混淆誹謗故意與妨害名譽意圖，判斷標準不明確之嫌，亦較難解釋誹謗故意既然只要求行為人對其指摘或傳述之事有所認識，並決意加以指摘傳述即可成立²³⁸，則無論出於刑法第 311 條各款所列何種情形，皆應肯認有誹謗故意，論理上方為一致。此外，將阻卻構成要件事由與罪名分別於不同條文規定，可謂鮮見於我國刑法，故自此規範形式面觀察，將本條理解為阻卻構成要件事由，亦恐怕有悖於立法者明顯可辨之原意。

綜上所述理由，本文認為多數學說與實務見解將刑法第 311 條定性為阻卻違法事由，應屬妥適之看法，值得贊同。

第二項 公然侮辱行為得否適用刑法第 311 條不罰？

針對公然侮辱行為得否適用刑法第 311 條不罰之問題，主流實務及部分學說見解係持否定說(各款均拒絕適用)，其提出之理由包括：

壹、 本條立法理由所謂「以善意發表言論而有本條所列情形者，**不問事之真偽概不處罰**」已清楚指出凡屬本條所列舉之四款情形，即使行為人發表之言論事後被證明為不實，也不在處罰之列²³⁹，可見本條之適用對象必為可茲檢

²³⁶ 阻卻違法事由職司刑法中利益衡量機能，此觀諸最常見的法定阻卻違法事由—正當防衛、緊急避難即可明證：緊急避難允許救助高價值法益而犧牲相對較低價值之法益；正當防衛行為雖侵害他人法益，但因防衛行為除保護個人權益外，更捍衛整體法秩序，故無論防衛法益與犧牲法益價值孰輕孰重，防衛法益在利益衡量上會恆優於犧牲法益。兩者的指導思想皆為利益衡量。

²³⁷ 許澤天教授亦持相同見解，請參考：許澤天，言論自由與刑法—誹謗與仇視族群的處罰，科技部補助專題研究計畫期末成果報告(第 2 年)，計畫編號：MOST 102-2410-H-006-033-MY2，頁 18，2016 年 10 月 29 日。

²³⁸ 誹謗故意之定義，參考：林山田，同註 24，頁 262。

²³⁹ 何建志，同註 135，頁 117。近期部分高等法院判決，亦提及：「...該條(刑法第 311 條)立法理由既然稱『不問事之真偽』，即認該條所規範的言論仍有『真偽』之分，自係指事實陳述而言，而非評論。...」，但該等判決仍肯定公然侮辱行為得適用刑法第 311 條(第 3 款)不罰，或使合理評論原則成為公然侮辱罪之不成文阻卻違法事由。較新判決，請參考：臺灣高等法院 109 年度上易字第 528 號判決、臺灣高等法院 109 年度上訴字第 2232 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 685 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 444 號判決。

驗事實真偽之妨害名譽言論類型，亦即應限於指摘傳述具體事實的誹謗行為²⁴⁰，至於不指摘具體事實，對人抽象謾罵之侮辱行為則無適用空間。

貳、立於本條規範目的係在價值衡量個案言論與名譽何者較值得保護，進而決定個案言論得否阻卻違法的觀點，侮辱性言論或許具有實現自我之功能，但與誹謗性言論不同的是，其缺乏事實真理發現或達到監督各種社會活動之功能，言論價值較低，利益衡量上必定劣於名譽或人性尊嚴價值，故本條應旨在處理誹謗性言論與被害名譽利益衡量，而不包含侮辱性言論²⁴¹。

參、本條第3款所謂評論，係針對「事實」提出意見表達或評論²⁴²，就誹謗罪特設之阻卻違法事由。例如指摘他人有婚外情、指摘他人官商勾結等等，至於針對「人」所為貶損他人人格之穢語為辱罵，則不屬之²⁴³。而侮辱言論係對人之主觀抽象情緒謾罵，並非具體之評論，並無本條款適用。

然而，本文認為上述理由不乏有進一步檢討之空間：

首先，針對理由「壹」從立法理由文義推論本條限於事實指摘方有適用之見解，固然有其道理，尤其有論者將刑法第311條與刑法第310條第3項結合觀察，認為此二規定係立法者對於是否允許瑕疵不實資訊流通所設定之標準，於符合刑

²⁴⁰ 非引據立法理由，而認為從本條四款所定情形，直接可推論出侮辱行為不得適用本條之見解，請參考：林東茂，同註15，頁102。陳宜誠，同註120，頁87。

²⁴¹ 請參考臺灣高等法院109年度上易字第76號判決：「刑法第309條第1項之公然侮辱罪，一旦有公然侮辱之行為，即應負有刑事責任，與刑法第310條、第311條誹謗罪之成立，尚有不罰規定或免責要件有所不同。查：被告為了辦理貸款，明知身為社區主委之告訴人確有協同處理，且被告事後亦有辦得貸款，猶於前揭時地以向全體住戶散發函文及張貼公告之方式，辱罵告訴人『毫無同理心』等語，其主觀上顯非出於善意對可受公評之事為適當評論，乃情緒化之謾罵字眼及貶低他人言語，依社會一般理性正常人聽聞後之觀感，含有輕蔑、貶損其社會評價之意，所為顯構成公然侮辱，自無主張刑法第311條善意阻卻違法之可言。又此種宣洩情緒、謾罵之言詞，並無法達到雙方理性溝通意見，復無助於事實真理發現或達到監督各種社會活動之功能，縱被告能因此宣洩抒發情緒，實現自我，惟此種言論既屬空泛攻訐性言詞，該言論之表見自由在與他人名譽或人格尊嚴等發生權利衝突競合時，並無應受特別保護的優越性，是被告上開辯解，不足為採。」

²⁴² 最高法院穩定見解指出：「刑法第311條係關於事實之『意見表達』或『評論』，就誹謗罪特設之阻卻違法事由。而刑法第309條所稱『侮辱』者，係以言語、舉動或其他方式，對人為抽象的、籠統性侮辱而言，至同法第310條稱『誹謗』者，則係以具體指摘或傳述足以毀壞他人名譽之事而言，二者有所分別。是以刑法第311條針對誹謗行為，雖定有不罰事由，然於公然侮辱行為，並無適用餘地。」，雖未援引立法理由為拒絕適用之根據，但同樣提及本條適用於關於事實之意見表達，公然侮辱行為不得適用本條不罰。請參考，最高法院109年度台上字第3101號判決、最高法院107年度台上字第3116號判決。

²⁴³ 臺灣高等法院臺中分院109年度上易字第551號判決、臺灣高等法院臺中分院109年度上易字第649號刑事判決。

法第 311 條各款情形，行為人善意不知該資訊不實，即可不罰，反之則回歸適用刑法第 310 條第 3 項，要求行為人確保其流通之言論非不實且無侵害他人隱私²⁴⁴。但是，本文認為，自本條規範內容及立法理由之形式而論，立法理由所謂「不問事實真偽」，亦可理解為無須探究個案言論真實與否，縱然是無從驗證真偽之侮辱性意見表達，同樣可適用本條不罰；且自刑法第 311 條第 3 款所謂「評論」之文義，亦可推知針對事實表達負面評價意見之言論態樣亦可適用本條不罰，非僅限於事實指摘之行為態樣。另自本規範旨在調和名譽與言論自由衝突之實質功能而言，侮辱之言論同樣有立法理由所謂「於保護名譽及言論自由兩者，折衷以求適當」之基本權衝突解決需求；且在當今主流學說肯定意見表達之保障程度不應低於事實陳述之前提下²⁴⁵，本文認為宜採取盡量擴大適用本條之解釋態度，以貫徹本條立法目的。

其次，依本文理解，理由「貳」似乎試圖以侮辱性言論價值必然低於名譽權或人性尊嚴保護價值為由，排除侮辱性言論適用本條之立法預設可能性。對於此項觀點，本文亦不贊同，原因在於該觀點低估了侮辱性言論之價值，也同時高估了被害法益之價值。詳言之，誠如我國憲法有力學說所指出，憲法提供言論自由保障之主要目的在於保障個人自主尊嚴，並非因為表意人之言論對社會產生積極的工具性利益(例如:發現真理、健全民主制度等)所以才加以保障，正如同吾人承認個人之生命權(或其他基本權)在憲法上受到保障，其理由係因該基本權係有自主尊嚴的個人在生活中所不可缺少，絕對不是因為該人之生命對於社會或他人提供了積極的利益²⁴⁶。是以，侮辱性言論既然受憲法言論自由保護之主要理由在於尊重個人獨立自主、充分表現自我與追求自我成長與實現，而非注重該言論帶給

²⁴⁴ 何建志，同註 135，頁 107-110、116-117。

²⁴⁵ 吳耀宗，同註 31，頁 55。林鈺雄，同註 67，頁 348。王澤鑑，同註 69，頁 42。德國憲法學通說更認為，事實陳述須有助於意見之形成，且非明知或可證實為不實者才受言論自由保護，亦可見得意見表達受較高度保障，此說明謹參考自：劉傳璟，同註 67，頁 36-42。另可參考：司法院釋字第 509 號解釋吳庚大法官協同意見書：「按陳述事實與發表意見不同，事實有能證明真實與否之問題，意見則為主觀之價值判斷，無所謂真實與否，在民主多元社會各種價值判斷皆應容許，不應有何者正確或何者錯誤而運用公權力加以鼓勵或禁制之現象，僅能經由言論之自由市場機制，使真理愈辯愈明而達去蕪存菁之效果。」亦可見得高度寬容與保障意見表達言論型態之態度。

²⁴⁶ 林子儀，言論自由之理論基礎，載於：言論自由與新聞自由，頁 50，1999 年 9 月。

社會何等利益，則縱使司法者面對言論自由與名譽權相衝突而不得不操作利益衡量決定何權利應適度退讓，即不宜「抽象」以侮辱性言論之工具性價值不足(缺乏事實真理發現或達到監督各種社會活動之功能)而低估侮辱性言論有助於表意者表現自我之價值，因為兩者抽象而言，係居於平等地位之基本權。另一方面，理由(二)之見解亦忽略，未涉及事實指摘之侮辱性言論在該判決個案中究竟會對他人的名譽權，產生何等危險或實害，以致於須以個案具體利益衡量解消基本權衝突現象，甚至認為侮辱性言論之言論自由在該具體個案經衡量後必須退讓(受刑法處罰)。亦即，以該判決個案而言，被告係以發函文、貼公告方式向社區全體住戶公然評價社區主委「毫無同理心」，則縱使肯認「毫無同理心」係對該社區主委之高度負面評價，亦因該言論無涉於事實指摘，當無減損被害者(外在)名譽之危險性，至多僅能解為侵害感情名譽，但個人主觀上不堪遭受負面評價的感受是否係名譽權保障之內涵(進而與人性尊嚴保護相關)，且是否重要程度必然高於表意人發表侮辱性言論表現自我的價值，本文皆持高度質疑態度，反對以抽象的侮辱性言論價值低於被辱罵者名譽權價值為由，逕行排除刑法第 311 條之適用。

最後，針對理由「參」所指出:刑法第 311 條第 3 款之「評論」限於針對事實提出意見表達或評論，至於非針對事實而對人之人格加以貶損則不包括在內。此部分論述，本文認為係正確且可資贊同，因為除了形式上本條規範對於評論之對象已明文限於「可受公評之事」；自其解決基本權衝突之規範目的進行思考，亦可知符合本條款之言論因為其流通，除了有助於個人表現自我，尚有助於社會公共利益，故在與被害者名譽權發生衝突時給予較高程度保護，令被害者之名譽權保護適度退讓；但至於對個人外在特徵加以負面評價，例如，對來自越南的外籍新娘表示:「你們越南來的人素質都有問題，在台灣一直生小孩，只會造成劣幣驅逐良幣²⁴⁷。」即屬對於他人原國籍的特徵加以負面評價貶辱，此等侮辱性言論無助

²⁴⁷ 改編自:「越娘遺毒說 廖本煙為『失言』道歉」,TVBS 新聞,2006 年 4 月 7 日,網址:<https://news.tvbs.com.tw/politics/368643> (最後瀏覽日:2021 年 3 月 17 日)、

「失言惹風波 周燦德公開道歉」,華視新聞,2004 年 7 月 13 日,網址:<https://news.cts.com.tw/cts/politics/200407/200407130149796.html> (最後瀏覽日:2021 年 3 月 17 日)。

於促進公眾針對關乎公益之事實共同討論，故若損及他人名譽法益，在利益衡量上即無令他人名譽法益當然退讓之必要性。然而，前述理由(三)進一步認為刑法第 311 條第 3 款係就誹謗罪特設之阻卻違法事由。例如指摘他人有婚外情、指摘他人官商勾結等等，而侮辱言論係對人之主觀抽象情緒謾罵，並非具體之評論，故無刑法第 311 條第 3 款適用。對此部分論述，本文則持反對意見。本文認為侮辱行為之構成，並未限於對人之抽象謾罵，但凡係未指摘事實，而有危害他人名譽法益之意見表達皆可涵蓋在內。詳言之，公然侮辱罪與誹謗罪係立法者所建構用以分工保護名譽之規定，前者關注未涉及事實指摘之妨害名譽行為(言論性質偏向意見表達)；後者則關注指摘事實之妨害名譽行為(言論性質偏向事實陳述)²⁴⁸，若不作如此理解，則難以解釋意見表達既然未涉及事實指摘，無真偽之分，如何能該當誹謗行為之構成要件(刑法第 310 條第 1 項所謂指摘或傳述足以毀損他人名譽之「事」)，進而再依刑法第 311 條第 3 款阻卻違法？因此，當行為人之言論夾敘夾論，先為事實指摘而後對該事實表達負面意見，例如：電視記者報導某公務員貪汙惡行時，直言其厚顏無恥、喪盡天良²⁴⁹，就其報導之公務員貪汙事實，因涉及以事實指摘方式危害他人名譽，應檢驗是否成立誹謗罪；但就該記者直言該公務員厚顏無恥、喪盡天良，則屬非指摘事實之負面意見表達，應探討是否構成公然侮辱行為，復因對具體事實表達意見本屬最典型的評論方式，自有刑法第 311 條第 3 款之適用。

綜上所述，本文認為否定見解拒卻公然侮辱行為適用刑法第 311 條之三點理由皆欠缺說服力。反而，形式上，基於該條第 3 款所謂適當評論之文義，以及立法理由與條文編排體例皆未明示立法者有排除適用之意思²⁵⁰；實質上，著眼於以

²⁴⁸ 林鈺雄教授亦持此見解，請參考：林鈺雄，同註 67，頁 348-349。許宗力教授亦認為侮辱性言論與誹謗性言論之區別在於，前者為意見表達，後者則為事實陳述。請參考：許宗力，大法官釋憲與人權保障－言論自由(一)，台大開放式課程，網址：<http://ocw.aca.ntu.edu.tw/ntu-ocw/ocw/cou/104S203/1>(最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)，及該網站所附課程講義投影片 2，頁 4。

²⁴⁹ 舉例參考自：甘添貴，同註 20，頁 158。

²⁵⁰ 請參考，甘添貴，同註 20，頁 158。臺灣高等法院 109 年度上易字第 2009 號判決：「刑法第 311 條既係規定於第 309 條公然侮辱罪及第 310 條誹謗罪之後，並未限定僅適用誹謗罪，且行為人基於善意所發表之言論，亦可能出於抽象之言詞或動作，倘對於可受公評之事，而為適當之評論，雖係公然侮辱，亦應認其出於善意而不罰。…」。近期支持此說之實務判決，可參考：臺灣高等法院

意見表達方式危害他人名譽之行為可能該當公然侮辱行為，而此等意見表達亦有與被害者名譽權兩者基本權衝突解決之需求，且憲法言論自由對於意見表達之保護程度不應低於事實陳述，既然立法者已設刑法第 311 條用以調和言論自由與名譽權之衝突，當無斷然拒絕適用之理。

第五節 援引憲法觀點解釋之必要性

參考本文前章節之說明可知，我國實務與學說對於公然侮辱罪之解釋與操作仍有未竟圓滿之處，詳言之：自憲法層次加以審視，將本罪保護法益定性為個人外在社會評價之觀點（外在名譽說），忽略了侮辱行為乃不含事實要素之抽象謾罵，並無損及個人外在名譽之可能性²⁵¹，以保護外在名譽為理由限制侮辱言論之發表，恐屬手段無助於達成目的，無法通過憲法第 23 條比例原則（適當性）之審查²⁵²，此項法益定性缺陷，與支持此說之實務見解不時以說文解字法為判斷言論是否構成侮辱之主要標準，更加劇了構成要件涵蓋過廣，對言論自由限制過度之現象。

將本罪保護法益定性為個人對於其社會評價之主觀感受（感情名譽說）則有「法益適格性」之疑慮。亦即，考慮到刑法法律效果具有嚴峻性，對於刑法規範之合憲性審查，宜承認刑法法益具有控管規範目的之機能，純粹的悖德行為或單純冒犯他人感覺之行為，或者無法捉摸其具體內涵之保護內容，於規範目的正當性之審查階段，即得以該保護利益重要性或公益關聯性不足而認定該規範違憲²⁵³。循此論理脈絡，本罪若係以確保個人對於其社會評價的主觀感受（自尊心）良好為目的，恐怕即在保護公益性極低，不適於以刑法保護之利益，難以通過規範目的正

臺南分院 109 年度上易字第 38 號判決、臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 130 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1194 號判決、臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 762 號判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 1292 號判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 2382 號判決、臺灣高等法院高雄分院 106 年度上易字第 681 號判決。

²⁵¹ 類似見解，如臺灣高等法院 108 年度上易字第 2391 號判決謂：「其實單純意見表達的『公然侮辱』，很難認定對於『名譽』造成侵害...蓋『侮辱』並未針對『事實』指摘傳述，而個人在特定人或群體當中的『評價』，不致輕易因他人言論而影響或取代，即便是一句『卑鄙』、『無恥』或『不要臉』此類侮辱性言論，對於『名譽』的傷害沒有誹謗言論來得具殺傷力。」。

²⁵² 類似意見請參考：李念祖，同註 167，頁 8。

²⁵³ 許恒達，同註 165，頁 28-32。

當性之審查²⁵⁴。退步言之，縱使不採納法益於合憲性審查具有控管規範目的之見解，在審查刑法規範至少採取較嚴格審查基準(中度以上)之前提下，於衡平性審查階層，亦宜認為保護感情名譽之微量公益，顯然低於言論自由與人身自由受干預加總之價值，兩者不具有合比例之關係。

另將本罪保護法益定性為個人在人性尊嚴的基礎上所具有的人格體現價值及其衍生之尊重請求權(尊重請求權說)，本文認為，則恐有違反法律明確性，以及其理論主張之保護法益極度空泛，究其實質可能僅在保護個人享有貴族式尊重的需求，恐怕欠缺刑法法益適格性，無法通過前述規範目的正當性之審查。亦即公然侮辱罪行為規範部分涉及言論自由限制；制裁規範部分涉及人身自由之限制，著眼於刑罰嚴厲性與避免產生寒蟬效應，法律對於此二類型之基本權加以限制，應恪遵法律明確性原則(審查標準高度從嚴)²⁵⁵。但尊重請求權說以人性尊嚴保障為依歸，主張個人有權獲得相應於其內在價值之尊重表示，如此將衍生出個人內在價值高低如何驗證、甚麼樣的言論算是不符合個人內在價值的不尊重表示？此等問題恐怕難以發展出一致性標準，尤其台灣為移民社會(與美國較為相似)，非如德國具有長久延續的封建歷史與貴族決鬥文化底蘊，對於人際關係互動上如何稱得上是該當侮辱的不尊重行為，更是全然不知²⁵⁶，縱使司法者配合採取尊重請求權

²⁵⁴ 近期亦不乏有實務見解，質疑感情名譽是否適當作刑法法益保護，判決謂：「...接下來的疑問是，所謂被『侮辱』的被害人真有『內部名譽』(感情名譽)可言？至少，真的值得動用國家刑罰來保護這種個人主觀的情感？如果一個本來社會評價(外部名譽)認為帥氣英挺的男子(根本的問題是，要多少人的評價才算成立？)，偏偏有人就是要刻意指稱他不帥、很醜，就應該被以公然侮辱罪處罰嗎？甚至，如果本來就被身旁許多人認為『卑鄙無知』的人，祇因其自認不應受此評價，難道對其公開說出心中真實感受言語之人一即使用詞不中聽一國家就可以繩之以公然侮辱罪處以刑罰？」，括號為該判決文所加，詳請參考：臺灣高等法院 109 年度上易字第 528 號判決。

²⁵⁵ 司法院釋字第 636 號解釋、司法院釋字第 767 號解釋許志雄大法官協同意見書。

²⁵⁶ 許宗力院長曾為文指出：「台灣自清領以來，就是處於這種沒有名譽權之認識的法文化氛圍。日治以來，開始適用日本戰前刑法，但是否繼受自歐陸法制的名譽權因此開始在台灣落地生根，在有更多細緻的法律史及社會學相關研究發表以前，尚難斷言。但無論如何可以確定的是，目前台灣適用的中華民國憲法、刑法與民法，多是取經於歐陸的結果，所以即使名譽權在我國具有憲法權利之地位，在體認這是硬生生切斷傳統文化的鍊結，所為橫向接枝移植的背景，甚至回顧台灣本土移民社會與美國開國當初有幾分近似的歷史，我們對名譽權的認識與權衡，就不宜也不能與歐陸國家亦步亦趨，在作憲法層次的法益權衡時，似不宜賦予名譽權與歐洲國家，尤其是德國相同的比重...」明白揭示了台灣本土屬於移民社會，缺乏德國近代重視保護貴族榮譽之歷史，故對於名譽權(尤其榮譽部分)的保護，沒有認識亦較不看重。更詳細之論述請參考：許宗力，言論自由與名譽保護---以歐洲人權法院與我國法院判決之比較為中心，國科會補助專題研究計畫期末成果報告，計畫編號：NSC101-2410-H030-055-MY2，頁 7-8，2013 年 7 月。

說廣為判決宣導，一般人民(受公然侮辱罪規範者)恐怕仍是難以預見其行為是否該當侮辱²⁵⁷。

另外對於尊重請求權之保障是否即等同人的內在價值保障，而與人性尊嚴保護有密切關係，本文亦持高度懷疑態度²⁵⁸，理由在於，該說論者一方面肯定人的內在價值不受外界評價所影響，但另一方面卻認為由人格內在價值導出的尊重請求權會被外界評價侵害，其論理矛盾之處不言可喻。而誠如本文第三章所簡介之德國侮辱罪發展史，侮辱罪乃源於近代德國為遏止貴族以私人決鬥方式解決榮譽(honor)侵害紛爭，政府遂依從貴族看待榮譽之思維，立法保障貴族被尊重之期待，鼓勵貴族們透過法院解決紛爭。直至現代，侮辱罪僅保護主體擴及於全體德國人民，但其解釋仍帶有濃厚的決鬥規範痕跡²⁵⁹。故本文懷疑，尊重請求權之本質恐怕仍是保護個人受貴族式尊重的需求，所謂人性尊嚴保護不過是被嫁接，用以提升該利益保護重要性的話術。進而本文主張尊重請求權亦非適格之刑法法益²⁶⁰，於規範目的正當性(重要性)之審查時，即有違憲之疑慮。

綜上所述，本文認為當前文獻針對公然侮辱罪保護法益定性與法益觀點所衍生之構成要件解釋，迄未提出可終局消除本罪合憲性疑慮之見解。而本諸公法學上所謂合憲性解釋原則(也就是，在未逾越條文文字最大理解可能性，且未明顯違反立法者明顯可知的意思之前提下，當法律有多種解釋可能性時，宜盡量採取使該法律合憲之解釋路徑，藉以維護法安定性、尊重立法者政策規劃目的²⁶¹)，在公然侮辱罪當前解釋上充斥違憲疑慮時，即有必要先行探詢有無合憲性解釋本罪之可能²⁶²，而非逕行主張該條文違憲應除罪化。

²⁵⁷ 李念祖教授亦認為，何謂侵犯人格尊嚴的公然侮辱，有難以通過立法明確性原則要求之虞。詳請參考：李念祖，同註 167，頁 8。

²⁵⁸ 徐偉群教授雖與本文此段論理不盡相同，但亦提出過類似質疑。氏認為名譽僅係外部創造的資訊，且人性尊嚴並無絕對的內涵，反對德國規範名譽論所宣稱名譽是個人人性尊嚴一部分之見解。請參考：徐偉群，同註 14，頁 41。

²⁵⁹ See James Q. Whitman, *supra* note 178, at 1316-1337.

²⁶⁰ 許宗力，同註 248，所附簡報 2-1，頁 44。

²⁶¹ 許育典，同註 174，頁 30-31。

²⁶² 我國釋憲實務亦曾運用合憲性限縮解釋刑事法構成要件，例如司法院釋字第 623 號解釋謂：「兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定：『以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五

依本文研究，晚近已有論者提出名譽法益之全新理解；亦有學說與地方法院判決陸續主張以「仇恨性言論」概念限縮解釋本罪構成要件，本文認為此等意見皆為本罪解釋論上消弭違憲疑慮之重要素材，殊值深入分析探討其可行性，將於後續章節簡介並評析。



年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金』，乃在藉依法取締促使人為性交易之訊息，從根本消弭對於兒童及少年之性剝削。故凡促使人為性交易之訊息，而以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容者，具有使兒童少年為性交易對象之危險，一經傳布訊息即構成犯罪，不以實際上發生性交易為必要。又促使人為性交易之訊息，縱然並非以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容，但因其向未滿十八歲之兒童少年或不特定年齡之多數人廣泛傳布，致被該等訊息引誘、媒介、暗示者，包括或可能包括未滿十八歲之兒童及少年，是亦具有使兒童及少年為性交易對象之危險，故不問實際上是否發生性交易行為，一經傳布訊息即構成犯罪。惟檢察官以行為人違反上開法律規定而對之起訴所舉證之事實，行為人如抗辯爭執其不真實，並證明其所傳布之訊息，並非以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不具有使兒童及少年為性交易對象之危險，自不屬該條規定規範之範圍。」，即係採用合憲性解釋之手法，將兒童及少年性交易防制條例第 29 條之散布性交易訊息罪構成要件，限縮解釋為，僅未採取必要之隔絕措施，而使其訊息之接收人有包含 18 歲以下之人之可能性者，方屬該當該罪構成要件之行為。

第四章 公然侮辱罪之解釋論重構芻議

第一節 自公然侮辱罪之違憲審查談既有解釋觀點之違憲疑義

前章節本文固然已經扼要指出公然侮辱罪之既有解釋觀點隱含之違憲疑慮，然而著眼於：1)避免違憲疑慮之批評稍嫌空泛、2)透過實際操作違憲審查有助於吾人更深刻認識到既有見解通不過違憲審查之現象，以及3)藉由觀察既有觀點無法通過審查的理由，更能夠指引後續合憲性解釋之方向，避免重蹈覆轍，又4)透過違憲審查，可順道審視部分指摘本罪違憲應除罪化之觀點所持理由之正確性²⁶³，故本文認為在提出公然侮辱罪解釋論建議之前²⁶⁴，有必要透過完整且細膩地對本罪進行違憲審查，且特別在其中指出既有解釋觀點之憲法層次缺陷。

在本節次論述架構上，第一部分，先彙整並擇採當前釋憲實務與學說提出之刑罰規範合憲性審查模型，第二部分，探討本罪所限制之基本權，以及於違憲審查應採取何等寬嚴標準。第三部份，檢驗本罪是否係追求憲法上正當目的。第四部分，檢驗本罪(手段)是否有助於上述公益目的之達成。第五部分，檢驗本罪是否屬於相同有效達成該公益目的之手段中對限制基本權最小侵害者。第六部分，檢驗本罪所欲達成之公益目的是否與本罪(手段)所干預基本權之程度合乎比例性。

壹、合憲性審查模型之建構

依我國憲法學說，探討國家行為限制人民基本權利(自由權)是否合乎憲法意旨，應依序操作如下三道思維層次：1.基本權利保障範圍之詮釋：確立某基本權利保護之生活領域或法益；2.基本權利是否受有限制之判斷：確定國家所為涉及某基本權利行使之行為，是否構成基本權利之限制；3.限制基本權利是否具有憲法上合理化事由(阻卻違憲事由)之審查：國家行為若已限制人民基本權，除非國家能提出憲法上正當理由，否則即屬對人民基本權利之違法侵害，此所謂阻卻違憲事由可概分為「形式阻卻違憲事由」與「實質阻卻違憲事由」，前者一般稱為法律保

²⁶³ 例如於手段必要性之審查階層，本文將針對部分見解主張公然侮辱紛爭以民事損害賠償制度處理即可，施以刑罰乃違反必要性原則之主張，加以檢驗並回應。

²⁶⁴ 本文對本罪之解釋論建議，請參考後述本章第二節以下。

留原則，指國家限制人民基本權必須有(廣義)法律上之依據始得為之；後者則一般稱為比例原則，係在審究限制之原因與限制程度，特別是審查有無逾越必要程度²⁶⁵，包括四項之派生子原則之檢驗：1)目的正當性(目的合憲性)、2)適合性原則(適當性)、3)必要原則(手段必要性)、4)狹義比例原則(均衡性)²⁶⁶。

而我國釋憲實務，雖未於各該解釋就上開思考層次逐一詳細交代，但關於限制人民基本權法規之合憲性審查，基本上遵循上述審查步驟，例如近期大法官釋字第 791 號解釋審查舊刑法通姦罪之合憲性，即先提到：「系爭規定一明定：『有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。』禁止有配偶者與第三人間發生性行為，係對個人得自主決定是否及與何人發生性行為之性行為自由，亦即性自主權，所為之限制。按性自主權與個人之人格有不可分離之關係，為個人自主決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，屬憲法第 22 條所保障之基本權...。²⁶⁷」肯定有配偶者與第三人間發生性行為係屬憲法第 22 條概括基本權中之性自主權保障範圍內，而通姦罪之規定構成對人民性自主權之限制。其後大法官始言道：「系爭規定一既限制人民受憲法保障之性自主權，應符合憲法第 23 條比例原則，即須符合目的正當性，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護法益之重要性亦合乎比例之關係。²⁶⁸」指出於本罪實質合憲性部分，應操作憲法第 23 條比例原則，及其衍生之四項子原則，判斷系爭國家行為(通姦罪立法)是否具備實質合憲性。至於所未交

²⁶⁵ 本段說明，參考：李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊第 9 卷第 1 期，頁 53-71，1997 年 3 月。許宗力，基本權利：第六講—基本權的保障與限制(上)，月旦法學教室第 11 期，頁 61-72，2003 年 9 月。另有學者補充，國家限制基本權行為之實質合憲性，尚應審酌是否違反其他憲法上原理原則(例如法律明確性原則、禁止溯及既往原則等)，請參考：吳信華，釋憲案件中基本權利的判斷與合憲性的審查釋字第 626 號評析，月旦裁判時報第 8 期，頁 5，2011 年 4 月。類似之審查體系，可參考詹鎮榮教授繪製之「基本權利(自由權)限制之合憲性審查」圖表，網址如下：<http://www.ccj.url.tw/VerfR/PDF/%E9%99%90%E5%88%B6%E8%87%AA%E7%94%B1%E6%AC%8A%E4%B9%8B%E5%90%88%E6%86%B2%E6%80%A7%E5%AF%A9%E6%9F%A5.pdf> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

²⁶⁶ 許宗力，基本權利：第六講—基本權的保障與限制(下)，月旦法學教室第 14 期，頁 51-59，2003 年 12 月。黃舒芃，比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊第 19 期，頁 5-7，2016 年 9 月。關於各子原則內涵詳見本引註文獻或後述說明。

²⁶⁷ 司法院釋字第 791 號解釋理由書。

²⁶⁸ 司法院釋字第 791 號解釋理由書。

代之形式合憲性(法律保留)審查,可推測係因該審查於本案不具有重要性,系爭限制人民基本權之手段既以法律形式明定,已符合法律保留要求,根本毋庸贅言²⁶⁹。

基於上述思考層次有助於澄清思路、大幅減輕論證不必要之旁枝負擔²⁷⁰、與釋憲實務之審查架構相仿,且便於學術共通討論,本文認為遵循上述基本權限制合憲性之思考步驟,應屬妥適。但就基本權保障內涵之詮釋、基本權是否受有限制之兩步驟審查,本文擬於本案審查時合併為「本罪限制之基本權」一個步驟探討,因為若審查者未先鎖定個案之國家措施疑似限制了某項基本權,則無從詮釋某項基本權之保障內涵與判斷是否確實限制了該基本權,故似可直接簡化為檢驗本案國家行為(本罪)侵害了何等基本權。

另外本文欲於本條目補充確立者乃,因公然侮辱罪本身係刑法規範,對於刑法規範之合憲性審查是否有必要拆分行為規範與制裁規範所干預之不同基本權,分別加以審查?詳言之,刑法規範係由行為規範與制裁規範所構成,行為規範係禁止或命令人民為特定行為之規範;制裁規範則是國家處罰違反行為規範之人民,用以維護行為規範適用效力(確保人民遵守行為規範)之規範²⁷¹。以本文探討之刑法第 309 條公然侮辱罪為例,其行為規範即為「禁止公然侮辱人」,制裁規範則係法院對於違反行為規範之人判決有罪,得科處「拘役或三百元以下罰金」。本罪之行為規範係禁止人民發表特定言論,構成對言論自由之限制;本罪之制裁規範則構成對行為人人身自由或財產權之限制²⁷²。根據此項行為規範與制裁規範限制基

²⁶⁹ 明顯符合司法院釋字第 443 號解釋所訂標準:「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣,凡不妨害社會秩序公共利益者,均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障:關於人民身體之自由,憲法第八條規定即較為詳盡,其中內容屬於憲法保留之事項者,縱令立法機關,亦不得制定法律加以限制(參照本院釋字第三九二號解釋理由書),而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利,則於符合憲法第二十三條之條件下,得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定,與所謂規範密度有關,應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異:諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者,必須遵守罪刑法定主義,以制定法律之方式為之。(底線為本文所加)」。

²⁷⁰ 許宗力,同註 265,頁 61。

²⁷¹ 許玉秀,刑罰規範的違憲審查標準,載於:民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集,頁 392,2005 年。薛智仁,會台字 12664 號聲請釋憲案法律鑑定書,頁 1。

²⁷² 論述參考:薛智仁,同前註,頁 2。關於罰金所限制之基本權利,許玉秀前大法官則認為,罰金看似限制財產權,但因為有易服勞役的易刑處分,不宜與一般對財產權之限制相提並論,應認為係對一般行動自由之限制。本引註說明參考自:許玉秀,同前註,頁 393。然而我國釋憲實務似傾向認為罰金仍屬財產權之限制,請參考司法院釋字第 792 號解釋所謂:「按刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪,國家刑罰權之行使,應嚴格遵守憲法罪刑法定原則,行為之處

本權不同之差異現象，有論者即主張：「(行為規範與制裁規範)兩者之存在目的與正當性不一樣，所限制的基本權也不一樣，所以憲法上的正當性基礎也不會一樣，因此必須分別以比例原則審查。²⁷³」而審查順序上，係以確認行為規範之合憲性為先，制裁規範之合憲性為後，因為若確認行為規範為違憲，制裁規範即無從依附²⁷⁴。

然而，本文認為上開分割審查之見解，固然有助於刑法規範審查更為清晰細緻，且提醒違憲審查者必須注意不同基本權之限制皆須具備合憲性(具備阻卻違憲事由)，但是行為規範與制裁規範乃相互密切連結，行為規範若脫離制裁規範，將無法評估其對基本權之限制程度；相應地，制裁規範若脫離行為規範，則無法審究其作為基本權限制手段所欲達成之公益目的大小²⁷⁵。故對於刑法規範之違憲審查，本文擬採取合併觀察行為規範與制裁規範所干預之全部基本權，包裹式進行違憲審查之論述手法²⁷⁶。

貳、 本罪所限制之基本權

公法學上對於「基本權之限制」之認定，係觀察人民之基本權利是否因為國家行為之介入，導致增加行使上之困難或根本無法行使，至於是否出於強制手段、是否為法律行為、是否國家刻意為之、是否直接造成等皆非所問，亦即認定重心聚焦於國家行為之「後果」而非形式或目的²⁷⁷。

罰，以行為時之法律有明文規定者為限，且法律所定之犯罪構成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性。」。

²⁷³ 劉傳璟，同註 67，頁 92。許玉秀前大法官更早即為文指出：「基本權的違憲審查標準，既然取決於基本權的類型，不同基本權的侵害，可能必須採取不同的審查標準，則在數個基本權受到限制或剝奪時，即不可能只進行單一審查。刑罰規範對基本權的干預，既然是透過行為規範宣示對基本權類型的限制及限制範圍，而以制裁規範剝奪或限制生命、人身自由或財產的方式，達到保護特定法益的目的，行為規範和制裁規範所干預的基本權並不相同，應該分別審查。」，許玉秀，同註 271，頁 394。

²⁷⁴ 許澤天，同註 166，頁 268-269。

²⁷⁵ 薛智仁，同註 271，頁 3。

²⁷⁶ 許恒達，同註 165，頁 20-21。

²⁷⁷ 許宗力，同註 265，頁 69-70。

公然侮辱罪禁止人民公然發表指涉特定人之侮辱言論，否則法院即得在行為人無其他不罰事由之前提下，判定構成犯罪並科處拘役或罰金。此項規定疑似涉及言論自由、人身自由與財產權之限制，扼要檢驗如下：

一、 構成言論自由之限制

我國憲法第 11 條保障之言論自由保障範圍，依我國司法院釋字第 577 號解釋之闡述，係在保障積極的表意自由與消極的不表意自由，內容上並包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述²⁷⁸。學說上並進一步指出，無論言論所發表之對象為公共事務或私人事務、內容是否有水準或有價值，皆受到保障²⁷⁹。言論之表現形式、時間地點選擇亦在保障範圍內²⁸⁰。本件公然侮辱罪挾拘役與罰金以禁止人民公然發表指涉特定人之侮辱言論，而依本文前述節次說明，侮辱行為在立法預設乃不具有事實要素之意見表達，故本罪名規定足認係對人民積極對外為意見表達之限制。

二、 構成人身自由之限制

我國憲法第 8 條所謂人民身體之自由(人身自由)，係指人民有身體活動自由之權利，不受國家權力的非法侵犯，防止國家非法逮捕、拘禁，以及加諸在人身體上的強制行為²⁸¹。我國釋憲實務亦指出拘束人民身體自由於特定處所即屬人身自由之限制²⁸²。而觸犯公然侮辱罪之行為人，若遭法院判定科處拘役，則行為人之身體將受拘束於特定處所，故構成人身自由之限制。

三、 構成財產權之限制

²⁷⁸ 參考司法院釋字第 577 號解釋。

²⁷⁹ 許宗力，同註 214，頁 195-196。許育典，同註 174，頁 220。

²⁸⁰ 許宗力，同註 214，頁 196-197。

²⁸¹ 許育典，同註 174，頁 193。法治斌、董保城，憲法新論，頁 216，2012 年 9 月，5 版。

²⁸² 司法院釋字第 636 號解釋謂：「人民身體自由享有充分保障，乃行使憲法所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第八條對人民身體自由之保障，...係指國家行使公權力限制人民身體自由，必須遵循法定程序，在一定限度內為憲法保留之範圍。所謂法定程序，依本院歷來之解釋，凡拘束人民身體自由於特定處所，而與剝奪人民身體自由之刑罰無異者，不問其限制人民身體自由出於何種名義，除須有法律之依據外，尚須分別踐行正當法律程序，且所踐行之程序，應與限制刑事被告人身自由所踐行之正當法律程序相類。(底線為本文所加)」。

我國憲法第 15 條財產權之保障範圍包括個人對物之權利存在狀態之保障，以及權利人對於物或權利得自由利用之財產權價值保障。針對前者，我國釋憲實務所謂財產權「旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害。²⁸³」可為驗證。而觸犯公然侮辱罪之行為人，若遭法院判定科處罰金，原則上即應被迫繳納金錢²⁸⁴，無論認為行為人損失了罰金數額之金錢所有權，或者行為人本於全部金錢所有權所享有之自由使用財產價值受損，均足堪認定係對財產權之限制。

參、 違憲審查標準之選擇

依司法院釋字第 584 號解釋許宗力大法官協同意見書所示，違憲審查中選擇採取不同寬嚴審查標準之考量因素包括：1)系爭法律所涉及之事務領域，根據功能最適觀點，由司法者或政治部門作決定較可能達到正確之境地 2)系爭法律所涉之基本權種類、對基本權干預之強度 3)憲法本身揭示之價值秩序等，皆為影響選擇不同審查標準之因素²⁸⁵。本文著眼於第一點與第三點評估因素較為抽象，已超乎本文能力所及，故擬主要針對第二點考量因素，即法律所涉基本權種類與基本權干預強度加以論述，並比較我國釋憲實務近似之釋憲標的，當作選擇審查標準之重要定錨點：

一、 本罪針對「言論自由」之限制，於審查標準選擇有何影響？

本罪係以拘役罰金為手段，限制人民不得於公然情狀發表指涉特定人之侮辱言論。而依本文觀察歸納，我國釋憲實務對於限制言論自由之國家行為採取何等違憲審查標準之判斷，主要審酌之因素包括：

(一) 系爭言論自由之限制係「事前限制」或者「事後處罰」

²⁸³ 參考司法院釋字第 400 號解釋。

²⁸⁴ 但不排除可能易服勞役，參考刑法第 42 條第 1 項：「罰金應於裁判確定後二個月內完納。期滿而不完納者，強制執行。其無力完納者，易服勞役。但依其經濟或信用狀況，不能於二個月內完納者，得許期滿後一年內分期繳納。遲延一期不繳或未繳足者，其餘未完納之罰金，強制執行或易服勞役。(底線為本文所加)」。

²⁸⁵ 參考司法院釋字第 584 號解釋許宗力大法官協同意見書。

釋字第 744 號解釋針對化粧品衛生管理條例要求廠商於宣播廣告前，應事先將廣告內容申請主管機關核准，否則科處罰鍰之規定，認為「係就化粧品廣告採取事前審查制，已涉及對化粧品廠商言論自由及人民取得充分資訊機會之限制。按化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。(底線為本文所加)」明白表示事前限制乃屬對於言論自由重大之限制，故應推定違憲，採取嚴格審查標準。

對比釋字第 794 號解釋之審查標的為菸害防制法禁止菸品促銷或者菸品廣告以品嚐會、演講會、公益活動等類似方式宣傳(即解釋文所稱系爭規定三)，否則處以罰鍰，此項對商業性言論事後限制之規定，本解釋即表示：「系爭規定三限制廣告或促銷菸品之目的，即在減少菸品之使用、防制菸害及維護國民健康。此等目的係為追求重要公共利益，而屬合憲。又菸品業者之顯名贊助行為，經個案認定結果，如其直接或間接目的或效果在於對不特定之消費者推銷或促進菸品使用，即為系爭規定三所禁止之宣傳，以避免菸品業者假贊助之名，而達廣告或促銷菸品之實，同時產生破壞菸品去正常化之負面效果，衝擊菸害防制政策。就此而言，系爭規定三之限制手段與上述立法目的之達成間，確具實質關聯，亦屬合憲。是系爭規定三與憲法保障言論自由之意旨尚無違背。(底線為本文所加)」僅採取中度審查標準。

而針對言論之事前限制(prior restraints)規定應採取較事後處罰(subsequent punishment)規定更嚴格之審查標準，除有美國聯邦最高法院實務見解為根據外²⁸⁶，其實質理由乃在於，事前審查將阻絕言論所蘊含之思想、意見或資訊無法進入言

²⁸⁶ New York Times Co. v. U.S., 403 U.S. 713, 714 (1971). 「Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity.」... The Government 'thus carries a heavy burden of showing justification for the imposition of such a restraint.' ... (底線為本文所加)。

論自由市場，不但有礙人民表現自我、實現自我，並使得言論自由市場之言論匱乏，更危險者乃使執政者代替大眾選擇何等言論符合其利益或喜好方得傳布，故言論事前限制之合憲性，即容有疑義²⁸⁷。

(二) 系爭言論自由之限制係「針對內容」或者「非針對內容」

釋字第 445 號解釋之解釋標的，涉及集會遊行法第 11 條規定「申請室外集會、遊行，除有同條所列情形之一者外，應予許可。」，而該條除書包括「主張共產主義或分裂國土(第 1 款；即違反同法第 4 條規定之行為)」之活動內容，以及選擇「同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可(第 4 款)」之地點²⁸⁸。

針對除書之前者，本解釋指出：「以違反集會遊行法第四條規定為不許可之要件，係授權主管機關於許可集會、遊行以前，先就言論之內容為實質之審查。…倘於申請集會、遊行之始，僅有此主張而於社會秩序、公共利益並無明顯而立即危害之事實，即不予許可或逕行撤銷許可，則無異僅因主張共產主義或分裂國土，即禁止集會、遊行，不僅干預集會、遊行參與者之政治上意見表達之自由，且逾越憲法第二十三條所定之必要性。」；針對除書之後者，本解釋則表示：「其中有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無牴觸。」，可見係依言論自由之限制屬於「言論內容之限制」或者僅係「時間、地點及方式」之非內容限制異其審查標準，後者較諸前者賦予立法者較大之裁量空間，即採取之違憲審查標準調降之意²⁸⁹。

(三) 系爭限制之言論內容價值高低

²⁸⁷ 參考司法院釋字第 644 號解釋林子儀大法官協同意見書。亦可參見，司法院釋字第 407 號解釋吳庚大法官協同意見書所示：「憲法上表現自由既屬於個人權利保障，亦屬於制度的保障，其保障範圍不僅包括受多數人歡迎之言論或大眾偏好之出版品及著作物，尤應保障少數人之言論。蓋譁眾取寵或曲學阿世之言行，不必保障亦廣受接納，唯有特立獨行之士，發為言論，或被目為離經叛道，始有特加維護之必要，此乃憲法保障表現自由真諦之所在…，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。」。

²⁸⁸ 司法院釋字第 445 號解釋。

²⁸⁹ 相同觀察，敬請參考：釋字第 718 號解釋湯德宗大法官協同意見書、釋字第 744 號解釋詹森林大法官協同意見書。

釋字第 414 號解釋之審查標的為藥事法要求藥商刊播藥物廣告前應就廣告內容申請主觀機關核准之規定，亦即涉及對於商業性言論限制之規定。本解釋表示：「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。(底線為本文所加)」，已然揭示言論所蘊含之價值高低，係影響限制該言論之規範應採取何等審查標準檢驗之因素，亦即言論內容蘊含之價值越高，其保障程度越高(違憲審查標準調升)；言論自由蘊含之價值越低，其保障程度越低(違憲審查標準調降)。此項考量因素亦為晚近釋字加以維持²⁹⁰。

而觀諸我國釋字對於其他言論內容限制規定所採取之違憲審查標準，似可推論出，商業性言論、猥褻性言論屬於價值較低之言論；政治性言論則屬於價值較高之言論。例如釋字第 794 號解釋針對商業性言論之限制規定，認為：「國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊，避免商品廣告或標示內容造成誤導作用，或為增進其他重要公共利益目的(如保護國民健康)，自得立法採取與上述目的之達成間具有實質關聯之手段，限制商品廣告。」僅採取中度審查標準；釋字第 617 號解釋認為：「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。惟性言論與性資訊，因閱聽人不同之性認知而可能產生不同之效應，舉凡不同社群之不同文化認知、不同之生理及心理發展程度，對於不同種類及內容之性言論與性資訊，均可能產生不同之反應。故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或法律授權訂定之命令加以限制者外，仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化

²⁹⁰ 最近期釋字，請參考：司法院釋字第 794 號解釋。

之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障。」對於刑法第 235 條限制猥褻性言論之規定，尊重立法者之判斷，似已適度調降審查標準；釋字第 445 號解釋標的，同時涉及政治性言論內容管制與言論事前限制，認為：「集會遊行法第十一條第一款規定違反同法第四條規定者，為不予許可之要件，乃對『主張共產主義或分裂國土』之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違...對於在舉行集會、遊行以前，尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作為集會、遊行准否之依據部分，與憲法保障集會自由之意旨不符。」以集會遊行(政治性言論)是否有造成明顯而立即危險之事實狀態，作為得否加以管制之判斷依據，似已賦予政治性言論較高之保障程度。

回歸公然侮辱罪宜採取何等違憲審查標準之命題，本文之考慮如下：

- (一) 本罪對於言論自由之限制形式係事後處罰(/事後追懲)，對言論自由之限制程度不如事前限制般嚴重，非必然採取嚴格審查標準。
- (二) 本罪屬於針對言論內容之限制，至少採取中度審查標準

本罪屬於針對言論內容之限制，或者屬於非內容限制，本文認為非無疑問。詳言之，認為非內容限制之觀點可能指出，本罪僅管制不得於「公然」情狀發表指涉特定人之侮辱言論，係屬言論發表地點之限制，亦即人民選擇非公然之地點發表侮辱言論即不受限制，故屬非內容限制。然而，本文認為，參酌美國有力學說係以系爭規定是否旨在(aimed at)限制言論「傳播影響(communicative impact)」之效果為區分內容/非內容限制之標準²⁹¹，而本罪之規範目的既然設定為防免個人名譽法益受公然侮辱言論效果侵害，則宜解為係內容限制；又對於內容/非內容限制區分，本文認為宜謹慎認定構成非內容限制，避免對言論自由保障不周，否則政府若規定侮辱性之言論僅得於無人在場的深夜文山區醉夢溪畔發表，是否依照

²⁹¹ Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, at 789-790 (1988). 持此看法之中文文獻，請參考：湯德宗，對話憲法•憲法對話(下冊)，頁 316-317，2016 年 8 月，修訂 3 版。林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，載於：言論自由與新聞自由，頁 155，1999 年 9 月。

論者之邏輯，因為人民仍有發表之管道(即深夜文山區醉夢溪畔)可茲發表，解為非內容之方式限制？如此看法恐怕難以落實憲法保護言論自由意旨。故本文認為本罪應屬內容限制，至少應採取中度審查基準。

(三) 本罪限制之言論價值偏低，不宜採用嚴格審查標準

我國釋憲實務就言論價值高低之評判，參照前述釋字第 414 號解釋與第 794 號解釋，似傾向以言論是否攸關「公意形成、真理發現或信仰表達」為評判標準。而本罪之規範對象，若依我國通說見解與本文見解，係以不含有事實要素之抽象言論評價他人，而有侵害他人名譽法益危險之行為。

以上述釋憲實務標準檢驗本罪規範之言論類型，首先所謂信仰表達若係指個人透過充分表達自身觀點以追求自我實現，則系爭言論因為涉及個人表達對他人行為不滿或認為他人之某項特質相當低劣，故可肯認具備此項功能。其次，本言論是否具備公意形成與真理發現之功能，則須考量本罪解釋論上是否承認公然侮辱行為亦得適用刑法第 311 條，若持否定說，則本罪對於言論自由之限制範圍恐將擴及至高價值言論(尤其政治性言論)，例如針對政治人物之施政，痛批其賣國或厚顏無恥，而危害該政治人物名譽之言論，在此審查標準即提高。然而，若如本文見解採取肯定說，則已然透過刑法第 311 條(尤其第 2、3、4 款)排除符合侮辱定義又同時具備公意形成與真理發現價值之言論，故在此即得主張本罪限制之言論價值偏低，故無須採取嚴格審查標準，而採取中度審查基準即足。

二、 本罪針對「人身自由」之限制，於審查標準選擇有何影響？

本罪係以最高科處拘役之方式限制人民之人身自由，亦即違犯公然侮辱罪者可能被科以一日以上，六十日未滿之人身自由拘束。然而是否法律涉及限制人身自由即一律應將審查標準調升至最嚴格？此乃首要問題。

固然有大法官意見書認為，人身自由為其他自由權利之基礎，政府若欲採取限制人身自由作為達成一定目的之手段，其合憲與否應採取嚴格審查標準²⁹²。但

²⁹² 參考司法院釋字第 588 號解釋許宗力、王和雄、廖義男、林子儀、許玉秀大法官部分協同、部分不同意見書。

觀諸我國釋憲實務總體解釋趨勢，則完全未呈現出「國家行為涉及人身自由干預即必須採取嚴格審查標準」之規律，例如：釋字第 646 號解釋即採取近似於德國模式之中度審查標準²⁹³；近期釋字第 799 號解釋更是明言「對人身自由之限制是否抵觸憲法，則應按其實際限制之方式、目的、程度與所造成之影響，定相應之審查標準。²⁹⁴」，不採取一律嚴格審查之觀點，而是實際審酌各項因素再決定審查標準。

本文認為，衡酌公然侮辱罪於刑法上係屬「微罪」²⁹⁵，限制人民人身自由之程度較其他絕大多數刑法條文為輕(若本文觀察無誤，應係最輕)，且不分情況一律採取嚴格審查標準，恐嚴重影響立法者透過刑事立法履行國家對於特定法益或個人基本權禁止保護不足之憲法義務²⁹⁶，本文認為本罪對於人身自由之限制，在違憲審查標準選擇上，發揮劃定最低採取中度審查標準門檻之效果即可。

三、 本罪針對「財產權」之限制，於審查標準選擇有何影響？

倘若行為之不法程度較低，法院得不科處行為人之人身自由，而選擇科處罰金，更精細而言，本罪對於行為人財產權之限制程度為最高新台幣 9000 元罰金。而財產權固然是個人自由開展生活所需要，並非不重要之基本權，然而本罪對於財產權之限制尚屬輕微，參照釋字第 780 號解釋針對道路交通管理處罰條例第 54 條第 1 款闖越鐵路平交道科處 1 萬 5 千至 9 萬罰鍰之財產權限制程度外加吊扣駕照之工作權限制，僅採取類似中度審查基準；另外釋字第 689 號解釋針對社會秩序維護法第 89 條無正當理由跟追他人，經勸阻不聽之行為科處 3 千元罰金限制

²⁹³ 司法院釋字第 646 號解釋謂：「惟對違法行為是否採取刑罰制裁，涉及特定時空下之社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等諸多因素綜合之考量，而在功能、組織與決定程序之設計上，立法者較有能力體察該等背景因素，將其反映於法律制度中，並因應其變化而適時調整立法方向，是立法者對相關立法事實之判斷與預測如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重。(底線為本文所加)」。當然，可能係上述法律事務領域之考量，故調降審查標準，但如此亦可說明縱使某法律係以刑罰為法律效果，並不當然應採取嚴格審查標準。

²⁹⁴ 司法院釋字第 799 號解釋。

²⁹⁵ 微罪之用語，參考 106 年 3 月 30 日總統府司法改革國是會議第五分組第三次會議記錄，同註 10。

²⁹⁶ 許澤天，同註 166，頁 283-285。

財產權外加新聞採訪自由、工作權之限制，亦僅採取類似中度審查標準。故本文認為，單純斟酌本罪對於財產權之限制程度，僅得對應採取寬鬆或中度審查基準。

四、 審查標準選擇結論

綜上所述，本文考量本罪對言論自由之限制程度，採取中度審查標準即足，另本罪對人身自由與財產權之限制程度，綜合而言僅發揮劃定最低審查標準為中度之門檻效果，故本件合憲性審查，宜採取中度審查標準。

肆、 形式合憲性審查

如前述審查模型架構條目所提及，檢驗本罪是否具備形式合憲性，即係在處理系爭規定是否符合憲法第 23 條所謂「以上各條列舉之自由權利除...，不得以法律限制之。(底線為本文所加)」之法律保留問題。而我國釋字第 443 號解釋「...諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之。涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則(底線為本文所加)」明白揭示限制人民身體自由之國家措施必須以法律規定；限制人民其他自由權利亦應由法律規定，但容許明確授權行政命令對其規定內涵加以補充。本罪為限制言論自由、人身自由與財產權之規定，但已以刑法(法律)加以明定，當無違反法律保留原則，具備形式合憲性。

伍、 實質合憲性審查

一、目的正當性

就本罪目的正當性之審查，須先行處理之議題為，是否應納入法益適格性之考慮，要求本罪之保護目的必須具備相當程度之重要性，或者僅以合乎憲法第 23 條所列四類公益目的即足？

我國釋憲實務見解傾向採取後者寬鬆認定之看法²⁹⁷，例如釋字第 617 號解釋，涉及刑法第 235 條散布販賣猥褻物品罪之合憲性審查，該號解釋指出：「為維持男

²⁹⁷ 許恒達，同註 165，頁 25-26。許宗力，同註 266，頁 52。許澤天，同註 166，頁 275-276。

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。」並未質疑該條規範保護大眾性道德情感與社會風化並非適格刑法法益而不具備目的正當性。觀察釋字第 791 號解釋之論述架構更可明瞭釋憲實務對本議題之立場，該號解釋涉及刑法第 239 條之合憲性審查，於目的正當性審查上指出：「系爭規定...以刑罰制裁通姦及相姦行為，究其目的，應在約束配偶雙方履行互負之婚姻忠誠義務，以維護婚姻制度及個別婚姻之存續，核其目的應屬正當。」，但復於手段必要性審查中表示：「基於刑法謙抑性原則，國家以刑罰制裁之違法行為，原則上應以侵害公益、具有反社會性之行為為限，而不應將損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為亦一概納入刑罰制裁範圍。」明顯係於手段必要性審查時始納入刑法法益重要性之思考，而未在目的正當性審查中設定公益重要性門檻。

相對地，我國部分刑法學者則主張刑法法益理論應於目的正當性審查階段發揮控管規範目的之機能²⁹⁸，至少負面排除不得動用刑法管制之利益類型，如此操作之優點在於避免後續必要性與衡平性審查階層負擔過重，並且彰顯憲法慮及刑罰嚴厲性，對於刑法規範目的亦從嚴審查之意旨²⁹⁹。

對此議題，本文認為宜承認刑法法益控管合憲性審查目的正當性門檻之機能，理由在於，若寬鬆認定一切合乎憲法最低價值之利益皆能夠符合目的正當性之要求，則恐怕僅能夠消極排除明顯違憲之目的(如：實施一黨專政、族群淨化、實現男尊女卑的社會秩序等³⁰⁰)，使得本階層審查效能不彰，將利益重要性之問題遞延至後續階層處理，並無實益。而且對於違憲審查之標準提高，則應相應地調升追求目的重要性要求，在比較法上亦非全然不被接受，例如美國法院採取三重基準之違憲審查標準，合理關聯性審查要求政府措施追求之目的為合法利益即可；中度

²⁹⁸ 許恒達，同註 165，頁 31。蔡聖偉，關於通姦罪合憲性的鑑定意見，頁 1。網址如下：
<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E8%94%A1%E8%81%96%E5%81%89%E6%95%99%E6%8E%88%E4%B9%8B%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B.pdf> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

²⁹⁹ 許恒達，同註 165，頁 28-30。

³⁰⁰ 許宗力，同註 266，頁 51。

審查標準，要求實質重要的政府利益；嚴格審查標準，則要求急迫且非常重要之政府利益³⁰¹。又如德國藥房判決，將國家限制職業自由所追求之公益目的區分為一般公益、重要公益與極端重要公益，根據職業自由之限制屬於一般執行行為限制、主觀限制，或客觀限制，要求政府限制措施必須出於追求相應程度之公益要求³⁰²。

執上述刑法法益標準回歸審查本罪之保護利益是否具備目的正當性：

消極而言，法益概念所排除不得以刑法加以保護之利益狀態包括：未侵害他人自由發展可能性之道德禁忌(例如近親性交)、個人感受(例如色情文學引起的不愉快)³⁰³，以及無法捉摸之抽象保護客體(如公共和諧)等³⁰⁴。

基此，若認為公然侮辱罪旨在保護個人感情名譽，即無法通過目的正當性審查，因為個人主觀之自尊感受，確屬上述法益概念消極面所欲排除之利益狀態，即消極清單所稱個人感受，故應認為不具備法益適格。至於認為本罪旨在保護尊重請求權，亦有無法通過審查之疑慮，因為誠如前章節所述，保護尊重請求權實際上恐怕僅係為滿足德國人民普遍享受貴族式尊重之期待，而要求人民採取高標準的禮儀互動模式，不無保護個人尊嚴感受之意味³⁰⁵，而縱使接受保護尊重請求權即係維護個人奠基於人性尊嚴上之內在價值完整性，則如此之利益狀態恐怕過於空泛，屬於上述消極清單所稱無法捉摸之抽象保護客體，因此尊重請求權說亦有無法通過目的正當性審查之疑慮。

³⁰¹ 林子儀，同註 291，頁 143-147。

³⁰² BVerfGE 7, 377. 轉引自司法院釋字第 711 號解釋湯德宗大法官協同意見書。許宗力，比例原則之操作試論，載於：法與國家權力(二)，頁 124，2007 年 1 月。

³⁰³ Claus Roxin(著)；許絲捷(譯)，法益討論的新發展，月旦法學雜誌第 211 期，頁 264，2012 年 11 月。本文獻提及，未受任何阻礙的生存狀態，並非個人發展的前提，個人在社會中必須容忍情緒干擾，故防免情緒不愉快不足以當成刑法保護法益。

³⁰⁴ Claus Roxin(著)；許絲捷(譯)，同前註，頁 264-265。

³⁰⁵ 類似看法，請參考：徐偉群，同註 14，頁 41。徐教授指出：「人格尊嚴，除了用來指稱尊嚴感之外，並不是名詞，而只是名詞化的形容詞。...德國學說裡的規範理論，一方面否認人的尊嚴感是妨害名譽罪的保護對象，另一方面則主張名譽是人格尊嚴的一部份，使得名譽概念不可能有內容。」

積極而言，雖然何種利益狀態堪稱法益並無絕對明確的標準，但基於刑法作為最後手段保護個人自由和平生活從而充分實現各該基本權利之任務取向，該等個人利益或制度目的必須是個人自由發展與基本權實現所不可或缺³⁰⁶。

以此積極標準審視感情名譽說與尊重請求權說，亦可得出兩者無法通過審查之結論，因為兩說皆未能指出侵害個人感情名譽或對人不尊重之評價言論，究竟對個人造成何等現實性損害或基本權侵害；又個人自由發展人格，本不以自尊感受良好或受到禮貌對待為必要前提，反而焦慮與不悅等負面情緒是生活中的常態，不宜使刑法擔負維持個人情緒良好或禮儀互動合宜之任務³⁰⁷。

至於主張本罪旨在保護個人外在社會評價或聲譽地位之見解，則尚可通過目的正當性審查，因為個人之社會評價係客觀上社會大眾對於個人評價之匯集，並非負面清單所謂道德禁忌、個人感受，又社會評價或聲譽地位概念上固然抽象，但既然是客觀資訊的匯集，理論上可透過資訊蒐集加以掌握(儘管現實上難以精確量化估計個人之社會評價)，並非難以捉摸之客體。另外本說亦強調個人社會評價之優劣將關鍵性決定其在社會上與人互動合作之順遂程度³⁰⁸，在此基於人類為群體之動物，個人自由發展與基本權實現(例如工作權之實現)必然需要透過與他人互動始得完成，故尚可認為符合法益之積極標準。

二、手段適合性

所謂手段適合性，係在審查國家限制基本權之手段是否適合於所追求公益目的之達成³⁰⁹，以本件審查而言，即必須確認本罪透過對犯罪者科處拘役或罰金，是否有助於嚇阻未來潛在犯罪者實施相同犯行(消極一般預防)，維持強化社會大眾之遵法意識(積極一般預防)，以及預防過去犯罪者將來再犯(特別預防)之刑罰作用，終局達成保護個人名譽法益之目的³¹⁰。

³⁰⁶ 許恒達，同註 165，頁 29。Claus Roxin(著)；許絲捷(譯)，同註 303，頁 262-263。

³⁰⁷ 類似觀點，請參考：徐偉群，同註 14，頁 43-44。

³⁰⁸ 蔡墩銘，同註 25，頁 122。

³⁰⁹ 許宗力，同註 302，頁 125。李建良，同註 265，頁 69。黃舒芃，同註 266，頁 5-6。

³¹⁰ 刑罰目的之說明，參考：王皇玉，同註 11，頁 14-19。林鈺雄，同註 74，頁 15-19。

參酌德國聯邦憲法法院見解，所謂適合性僅要求立法者採取之措施對於目的之達成有些微之助益或效果即足³¹¹。而認定手段是否適合，涉及因果流程之預測，亦即立法者預測採取之限制手段有助於保護法益，此項預測所根據之事實基礎或經驗是否足以證實其判斷，在此德國聯邦憲法法院發展出三種寬嚴不同之審查標準，即明白性審查、可支持性審查與強烈內容審查³¹²。

接續本文前述衡酌本罪對於言論自由、人身自由、財產權之基本權侵害程度，與避免過度阻絕立法者透過刑事立法履行國家對名譽權不得保護不足之憲法誠命，本文認為宜採取中度審查基準(可支持性審查標準)，當立法者對於限制手段是否適宜達成目的之預測事實基礎合乎事理、說得過去即可通過適合性審查³¹³，但若用以預測之經驗基礎客觀上難以期待被證實(例如刑罰一般預防效力)，則宜尊重立法者評價優先權限³¹⁴，即尊重立法者之預測³¹⁵。

本罪是否有助於消極一般預防，亦即本罪之存在究竟嚇阻了多少潛在犯罪者打消犯罪意思，客觀上難以期待被證實，目前透過犯罪學實證研究，充其量僅得出增加刑罰嚴厲性(the severity of punishment)無助於提升消極一般預防效果，反倒是執行處罰之確實性(the certainty of punishment)與增加潛在犯罪者犯行被發現之機率有助於提升嚇阻效果³¹⁶；積極一般預防亦同，因為所謂大眾的遵法意識或者

³¹¹ 許宗力，同註 302，頁 125。司法院釋字第 578 號解釋許宗力大法官協同意見書。

³¹² 許宗力，同註 302，頁 126。許澤天，同註 166，頁 283。

³¹³ 此處見解同於，司法院釋字第 646 號解釋：「對違法行為是否採取刑罰制裁，涉及特定時空下之社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等諸多因素綜合之考量，而在功能、組織與決定程序之設計上，立法者較有能力體察該等背景因素，將其反映於法律制度中，並因應其變化而適時調整立法方向，是立法者對相關立法事實之判斷與預測如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重。」

³¹⁴ 薛智仁，同註 271，頁 10-11。許澤天，同註 166，頁 283。許玉秀，同註 271，頁 397。

³¹⁵ 此處見解同於，司法院釋字第 578 號解釋許宗力大法官協同意見書：「適合原則之操作涉及的另一特殊問題是，必須審查立法者對事實的預測。立法者之所以選擇採取系爭手段，當是評估事實未來之發展，判定系爭手段係有助於目的之達成，所以審查手段是否有助於目的之達成，就是審查立法者對事實之預測。既然是預測，就應容認立法者有預測錯誤的『權利』，除非極盡調查之能事，能夠證實系爭立法措施在立法當時就已經明顯是一個完全無效之手段。司法者倘以事後諸葛亮自居，以立法者預測錯誤為由逕指摘違憲，反自陷違反權力分立之境地。...涉及事實判斷之審查，就有寬嚴不同審查標準之選擇。本件宜採中度審查基準，已如前述。」

³¹⁶ 可參考：許福生，犯罪與刑事政策學，頁 266、276-277，2012 年 9 月。並可參考 Valerie Wright 博士發表之實證研究摘要，Valerie Wright, Deterrence in Criminal Justice: Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment, 1-7 (2010)，網址如下：https://www.ceic.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_client/centre_documentaire/CEIC-R-3633.pdf (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

對法規範之信賴，本屬極度抽象無法觀測之概念³¹⁷。故在無證據推翻本罪具備一般預防效果之前提下，必須尊重立法者關於本罪有助於嚇阻潛在犯罪者侵害名譽法益，以及透過處罰犯本罪者，有助於強化或維持大眾對於刑法規範之信賴，此二部分之預測。

至於本罪是否有助於特別預防，學說上有認為透過自由刑將行為人隔離於監獄中必然可避免法益遭受其侵害，可藉此肯定刑罰具有一定程度(特別預防)效用³¹⁸，然而本文認為應視施用之刑罰種類與該罪構成要件行為態樣而定，例如刑罰種類為死刑，固然透過永久隔離效果有助於預防再犯；又如行為人進監服刑之原因若為觸犯刑法第 248 條發掘墳墓罪，則透過自由刑之隔離效果，固然亦能預防該人在服刑期間再次掘墓。然而，以本罪之構成要件行為態樣乃對人公然侮辱，而所施以之刑罰縱使為拘役(自由刑)而非罰金，亦無法排除其在監獄內再次犯本罪之可能，例如受刑人於入監講習之公然情狀，出言侮辱其他受刑人。故，本罪是否確實有助於特別預防似無法逕行判斷，但著眼於其效果難以期待立法者就其經驗性預測舉證證明，故宜同樣尊重立法判斷。

然而，縱使對於刑罰是否可達成一般及特別預防效果宜尊重立法者之預測，但若刑法行為規範之限制對象本身即欠缺侵害(危害)預設保護法益之效果，則仍可認為系爭刑法規定(手段)限制人民之基本權完全無助於法益維護(目的)之達成，違反必要性原則³¹⁹。據此，如本文前章所示，外在名譽說無法解釋以抽象不含有事實要素之言論辱罵他人，是否能、如何能對他人客觀社會評價發生危害，亦即社會他人對個人之評價，絕大多數情況不至於因為聽聞第三人針對個人發表侮辱

³¹⁷ 薛智仁，同註 271，頁 11-12。

³¹⁸ 許玉秀，同註 271，頁 397。

³¹⁹ 請參考，司法院釋字第 669 號解釋許宗力大法官協同意見書：「有關適合性之審查，立法者以重度自由刑處罰製造、販賣、運輸空氣槍之行為，是否具備適合性，取決於空氣槍之流通與犯罪、社會治安間之關聯性高低：尤其是空氣槍是否為常見之犯案工具，以致於重刑全面禁止之於保護社會治安與大眾安危，具有手段與目的之關聯性...而既然空氣槍之流通危害社會治安的前提事實不能証立，就表示立法者採重懲製造、販賣、運輸空氣槍的措施，根本就是無的放矢，遑論是否有助目的之達成。是系爭規定單就適合性原則之審查即非合憲，必要性之審查更無論矣。(底線為本文所加)」。

言論(例如外在名譽說論者時常舉例的構成要件行為:罵三字經)而據此調降對該個人之評價,反倒是行為人較易遭受聽聞者評價為修養不佳、情緒控管能力差勁,而受有社會評價下降之後果。因此,本文認為禁止/處罰發表公然侮辱言論(限制手段)對於向將來預防外在名譽受侵害,可謂助益甚微,難認係合乎事理之立法判斷,是以,若認為本罪旨在保護個人之社會評價,恐使本罪無法通過手段適當性之審查。至於感情名譽說與尊重請求權說,若撇開無法通過前階層目的正當性審查之疑慮不談,則因為公然侮辱行為有危害個人主觀感情名譽(使人自尊心受損)、尊重請求權(使人無法獲得相應於其內在價值之尊重表示)之效果,尚可認為此項立法判斷合乎事理,說得過去。關於刑罰預防效果部分,亦因為本罪之限制手段(對犯本罪者施以拘役或罰金)是否有助於嚇阻潛在犯罪者、維護或強化人民對於刑法規範之信賴,以及預防犯本罪者將來再犯侵害名譽法益,皆屬難以期待立法者舉證此項預測有堅實之經驗事實基礎可擔保有此等實效,故司法審查者必須先尊重立法者評價優先權限,認定通過適合性原則審查。

三、手段必要性

所謂手段必要性,係在審查立法者所採取限制基本權之手段,是否係眾多相同有效適合達成目的之手段中對基本權限制程度最小者³²⁰。換言之,若欲指摘某罪限制基本權之手段不具有必要性,則論者必須指出 1)替代手段對於基本權之限制程度更輕微 2)替代手段對於法益保護目的之達成係相同有效。在本罪是否符合「手段必要性」之公共討論上,學者許恆達教授認為保護名譽以民事損害賠償制度因應即足³²¹,但未明白揭示是以現行民事制度因應即足³²²,或者是要修法承認

³²⁰ 許宗力,同註302,頁127-128。

³²¹ 許恆達教授於網路評論文章之原文為:「再考量刑罰具有最後手段性,不應該輕易重用刑罰解決人際紛爭,侮辱罪的最重刑度也只有一年有期徒刑,這類極輕度犯罪,根本採用民事損害賠償即足;甚而,人際互動過程的不尊重言行可能出於迥異目的,有時是純粹羞辱、侮蔑他人,也有出於實現政治及社經主張的需求,從言論自由的保護看來,兩種情況應該獲得不同的法律評價,但差異性的言論保障需求,卻未從落實在公然侮辱罪的條文中。這都顯示公然侮辱罪的刑事制裁早已過時,更欠缺動用刑法制裁必要性...。(底線為本文所加)」請參考:許恆達,同註5。

³²² 近年亦有立法委員,採取與許教授近似之論述理由,提案刪除本罪。請參考:立法院(102)院總第246號委員提案15120號議案關係文書,同註4。立法院(103)院總第246號委員提案16396號議案關係文書,同註5。

懲罰性損害賠償金制度始為足夠；學者劉傳璟教授之碩士論文則提及：「...討論以其他制裁手段是否足以保護名譽權...認為民事損害賠償即足夠者，都是基於有高額賠償金的制度，尤其是懲罰性損害賠償金³²³」，雖未指出高額損害賠償金係更小侵害手段，但無礙於提供吾人審視高額損害賠償是否為更小侵害手段之思考契機；監察委員陳師孟氏、高涌誠氏則是主張以刑罰限制妨害名譽行為，並非最小侵害手段，以民事損害賠償制度即可達到相同效果³²⁴。

本文認為，主張以民事處理公然侮辱紛爭，固然充分顯示出「慎刑」之人權保障思維，然而是否足以據此認定本罪欠缺手段必要性，則有進一步研討空間。首先若論者主張的是，單純採取現行民事損害賠償制度解決紛爭，因為相較於使行為人負擔民事損害賠償責任外尚須受本罪拘役或罰金制裁，至少排除了拘役對於人身自由之限制與罰金對於財產權之限制，此兩部分之基本權侵害，故可認為單純以民事損害賠償制度處理，係對基本權侵害較小之替代手段無疑。然而此項替代手段是否與本罪刑罰相同有效則有疑問，因為損害賠償制度與刑罰之目的有別，以本罪進行舉例，公然侮辱之民事損害賠償(民法第 195 條第 1 項)旨在填補「過去」被害人名譽權損害；而公然侮辱罪(本罪)則旨在透過嚇阻或引導人民避免從事公然侮辱行為，以預防「將來」名譽法益侵害，兩者之規範目的既然有根本上的不同，無法相提並論，自難比較單純採取損害賠償制度與併行刑罰制度是否相同有效³²⁵。

³²³ 劉傳璟，同註 67，頁 102。

³²⁴ 近期我國監察委員陳師孟氏、高涌誠氏於 108 年 10 月 23 日監察院第 5 屆第 1 次諮詢委員會會議，主張公然侮辱罪違憲(文中提及本罪不符合手段必要性)欲聲請大法官解釋。請參考該申請案內容，同註 7，頁 11。相同見解之碩士論文，可參考：張志隆，同註 120，頁 165。

³²⁵ 請參考：薛智仁，同註 271，頁 13-14。對此問題，我國釋字第 509 號解釋就誹謗罪是否違憲，所提出論理為：「至於限制之手段究應採用民事賠償抑或兼採刑事處罰，則應就國民守法精神、對他人權利尊重之態度、現行民事賠償制度之功能、媒體工作者對本身職業規範遵守之程度及其違背時所受同業紀律制裁之效果等各項因素，綜合考量。以我國現況而言，基於上述各項因素，尚不能認為不實施誹謗除罪化，即屬違憲。況一旦妨害他人名譽均得以金錢賠償而了卻責任，豈非享有財富者即得任意誹謗他人名譽，自非憲法保障人民權利之本意。」，似認為民事損害賠償對於目的達成之效用不如併採刑事處罰，此項說理本文並不贊同，因為誠如正文之說明所示，民事損害賠償與刑罰之目的根本不同，無法比較有效性是否相同；並且刑罰之預防效果無法證明，故無法論斷單採民事賠償制度或兼採民事賠償與刑事處罰，是否相同有效。

若論者主張的是，採用懲罰性損害賠償金制度取代刑罰侵害較小，本文則持質疑態度，亦即自抽象法益位階順序衡量³²⁶，固然財產權之限制看似小於身體權之限制程度，然而恐怕忽略了高額之損害賠償金對於個人生活之影響程度可能不亞於拘役帶來的數日人身自由限制，並且本罪之刑事制裁僅用以處罰故意行為，不包括過失行為，但民事侵權行為制度係採用過失責任原則，當行為人有過失即須對其侵害被害人行為結果負賠償責任³²⁷，除非將懲罰性損害賠償限於故意，否則是否為更小侵害手段亦屬有疑³²⁸。

而縱使肯定採用懲罰性損害賠償金制度取代刑罰乃侵害較小手段，但兩者之（一般與特別）預防效用難以比較，誠如薛智仁教授所指出，犯罪學上至今無法證實也無法推翻刑罰的嚇阻效果，民事損害賠償制度的預防效果有多大，縱使加以研究，亦勢必遭遇與研究刑罰嚇阻作用之瓶頸，因此在當今欠缺證據論斷民事法律效果與刑罰何者預防效用較高之情形下，必須尊重立法者評價優先權限³²⁹，亦即立法者若認定以刑罰方式管制公然侮辱行為，相較於以使用懲罰性損害賠償制度，預防法益侵害之效用更高，則司法審查者必須尊重此結論³³⁰，否則任何罪名都課以立法者證實刑罰預防作用較懲罰性損害賠償更高，勢必所有罪名都違反手段必要性，如此恐癱瘓刑事立法。故本文認為，上述公共討論所提出之替代手段皆不足以否定本罪之手段必要性，可預期我國司法者亦將尊重立法者為達成預防名譽

³²⁶ 臺灣高等法院 98 年上訴字第 2176 號判決之闡釋明確，可茲參照：「法益本身依其價值評價之強度，而呈現法益位階。生命、身體、自由、名譽、財產五者，按其順序，而高低位階化。生命法益最高，其次身體法益，其次自由法益，其次名譽法益，而財產法益最低。此五種傳統法益，稱之為『個人法益』。」。

³²⁷ 楊芳賢，債編總論(上)，頁 235，2016 年 8 月。

³²⁸ 許宗力教授明確指出懲罰性損害賠償相較於刑罰手段，未必是侵害較小手段。參考：許宗力，同註 214，頁 208。

³²⁹ 薛智仁，同註 271，頁 14。

³³⁰ 類似看法，亦可參考：司法院釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書：「本席同意多數意見的看法，認為單從立法者選取刑法規範約制人民言論自由之作法本身，尚無法推導出系爭規範已過度干預言論自由之違憲結論。因為做為可能之替代方案的民事損害賠償制度，固在干預強度上較為輕微，可是其是否可達到與刑法保護法益相同的有效性強度，尚非無疑義。有關誹謗行為是否應予除罪化的問題，因此仍應尊重立法者於衡量政治、社會、文化等各種情狀後所為的政策決定，而無法逕由釋憲機關代為決定。（底線為本文所加）」。

法益侵害之目的，「並無與拘役或罰金相同有效且侵害較小之手段」此項判斷，不至於指摘本罪違反手段必要性³³¹。

然而，即使「公然侮辱紛爭以現行民事損害賠償或懲罰性損害賠償制度即可處理，動用刑罰乃違反手段必要性」之主張依上開說明並不成立。外在名譽說仍然無法通過手段必要性審查，因為縱使吾人肯認本罪對於預防個人社會評價受損有其助益，可通過手段適合性審查，但於手段必要性審查層次，在中度審查基準下，若認為本罪旨在保護個人之社會評價，將導致本罪涵蓋過廣(over-inclusive)³³²，違反手段必要性，因為如前所述，絕大多數情況他人不至於因為聽聞第三人針對個人發表侮辱言論而據此調降對該個人之評價，若僅為了預防公然侮辱行為侵害個人社會評價之極少數情況，即不分情形全面處罰公然侮辱行為(一竿子打翻一船人)，又未針對無危害他人社會評價之公然侮辱行為設計免責規定，如此即有涵蓋過廣，而違反手段必要性之疑慮。至於感情名譽說與尊重請求權說之解釋，則無此問題，可預期司法者將尊重立法者為達成預防名譽法益侵害之目的，「並無與拘役或罰金相同有效且侵害較小之手段」此項判斷，認定通過手段必要性審查。

四、手段與目的之衡平性(手段合比例性)³³³

³³¹ 目前本文尚未查得主張施以行政罰即可相同有效達成目的，故本罪欠缺手段必要性之批判意見，但基於相同論理，即 1)行政罰未必是較輕微手段 2)無從實際驗證行政罰是否具有與刑罰相同程度之預防法益侵害效果，本罪仍可通過必要性審查。關於行政罰與刑罰之有效性無從比較之觀點，請參考：許澤天，同註 166，頁 287-290。

³³² 涵蓋過廣係於手段必要性階層審查，詳細說明請參考：湯德宗，違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想，載於：憲法解釋之理論與實務（第六輯）（下冊），頁 616，2009 年 7 月。該文獻指出：「至於『限制較少之替代手段』檢驗，乃在究問係爭手段『過猶不及』的程度：是否『涵蓋過廣』(over-inclusive)——一竿子打翻一船人，而殃及無辜？是否『涵蓋不足』(under-inclusive)——猶有漏網之魚，逍遙法外？」。另可參考司法院釋字第 799 號解釋黃昭元大法官部分不同意見書，於必要性審查階層提及：「另一個可能也涵蓋過廣而值得檢討的罪名是刑法第 227 條。如果是成年人與未滿 16 歲之未成年人間（表面上合意）之性交或猥褻行為，或仍得以雙方心智成熟度有別為由，從寬列入性侵害犯罪，以保護未成年人。但如雙方都是未滿 18 歲之未成年人，則較無上述顧慮，況刑法第 227-1 條也明文規定應減輕或免除其刑，故刑法第 227 條之適用對象至少應予限縮，而將上述雙方均未滿 18 歲之情形，從強制治療的適用範圍予以排除，以避免過苛。」。

³³³ 「衡平性」之用語，係師法自：許恒達，同註 165，頁 18。亦有以「手段合比例性」稱呼本階層之審查，可參考：許宗力，同註 302，頁 133。李建良，同註 265，頁 69。另有稱之為「手段與目的之均衡性」，可參考：許澤天，同註 166，頁 291。

手段與目的之衡平性，係在審查系爭限制基本權之手段所追求之目的或增進之公益，與該手段對基本權造成之損害或不利益，是否不成比例³³⁴，以本件審查而言，即係確認本罪對於名譽法益提供保護之正面效益與對於言論自由、人身自由、財產權限制之負面效果是否有過度失衡之狀況。

於保護名譽法益之正面效益部分，評估之要點包含：1)系爭法益之價值(或稱公益重要性)、2)刑罰對於保護系爭法益可產生之預防效益是否偏低；於本罪限制言論自由、人身自由、財產權之負面效果部分，則須評估系爭規定對於基本權之限制程度，抽象而言須審酌受限制之基本權重要性、係限制該基本權核心或者外圍保護領域、有無和緩配合措施等³³⁵。以下分別進行論斷：

(一) 保護名譽法益之正面效益評估

1. 系爭保護法益之價值

針對保護法益價值之評估，為力求明確討論與比較，本文認為得參考德國聯邦最高法院與我國釋憲實務對於公益重要性之分級，詳言之：

德國聯邦憲法法院，對於公益目的重要性之分級描述主要分為三級，依公益重要性由高到低分別為：1)極端重要公益：又稱為絕對公益，係指公認獨立於社會共同體當時之社會氛圍外，且先於立法者存在的公共價值，例如國民健康、市民生命與安全、交通安全、降低失業與促進就業等、2)重要公益：又稱為相對公益，指基於立法者特別的經濟、社會政策目的所產生，亦即係因立法者之設定始取得重要性之公共價值，例如消費者保護、司法救助、手工業效能之維護等、3)一般公益：泛指上述兩層次公益以外之其他合法目的³³⁶。

而我國釋憲實務之價值判斷基本上與此項重要性分級近似，例如列為特別重要公益目的者略有：保障視障者就業機會(第 649 號解釋)、防免人民生命身體健康遭受直接立即難以回復之危害(第 744 號解釋)、建立政黨公平競爭環境，健全民

³³⁴ 許宗力，同註 302，頁 133。許澤天，同註 166，頁 291。

³³⁵ 關於衡平性之評估因素，參考：薛智仁，同註 271，頁 14-18。許宗力，同註 302，頁 134-136。

³³⁶ 本段說明，一併參考：許宗力，同註 302，頁 124。湯德宗，同註 332，頁 601。

主政治，落實轉型正義(第 793 號解釋)、維護社會大眾人身安全、性自主權及人格權(第 799 號解釋)；符合重要公益目的則有：維護交通安全或社會安寧(第 445 號解釋)、乘客生命、身體安全及確保社會治安(第 584 號解釋)、維護公務員公正廉明(第 637 號解釋)、維護私立學校之健全發展，保障學生之受教權利及教職員之工作權益(第 659 號解釋)、防止性交易活動影響第三人之權益(第 666 號解釋)、被跟追人身心安全之身體權或行動自由(第 689 號解釋)；而認為非屬重要公益目的者略有：維護監獄信譽(第 756 號解釋)、基於純粹節約行政成本之考量(第 760 號解釋)或行政便宜考量(第 766 號解釋)³³⁷。

回歸本罪保護法益價值之評估。當前對於本罪保護法益尚未取得共識，目前主要有外在名譽說、感情名譽說，以及尊重請求權說，三種不同見解。如同本文於目的正當性審查所述，感情名譽僅為個人欲獲取好評之主觀期待或自尊感受；尊重請求權與其說是直接保障崇高之人格尊嚴，不如說僅係為滿足德國人民普遍享受貴族式尊重之期待，而要求人民採取高標準的禮儀互動模式。此二種利益狀態因為並非個人開展生活、發展人格或實現基本權利之前提必要條件，且明確落入了不具有法益適格性之負面清單，故於目的正當性審查階層即可排除。然而若不採取此項以法益概念控管目的正當性審查之觀點，則必須在衡平性階層(即本階層)評估該等利益之重要性。

依本文觀點，感情名譽與尊重請求權若套用上述重要性分級，其重要性應係介於重要公益與一般公益之間，因為維護個人主觀名譽情感以及確保個人時刻享受貴族式尊重待遇，實非個人開展生活所不可或缺，與上述我國釋憲實務所認定符合重要公益門檻之法規追求目的(例如維護工作權、維護社會大眾人身安全)似難以等量齊觀。但是另一方面，感情名譽與尊重請求權亦仍係出於為人民謀求更高生活品質之考量，其公益價值應可認為高於單純節省(國家)行政成本、追求(國家)行政便宜之一般公益目的。至於外在名譽，本文認為尚可評為重要公益目的，

³³⁷ 本段說明，參考：司法院釋字第 445 號、第 584 號、第 637 號、第 649 號、第 659 號、第 666 號、第 689 號、第 744 號、第 756 號、第 760 號、第 766 號、第 793 號、第 799 號解釋。

因為個人社會評價之優劣，將成為他人決定將來是否與該個人合作，如何互動之考量，社會評價之減損亦可能連帶波及其他基本權利，例如公開指摘他人論文抄襲之事實，可能影響閱聽此項資訊之人，懷疑被指摘者具有偷懶、唯利是圖、缺乏道德操守、習於搶占他人功勞等道德缺陷，進而閱聽者將不願與之合作或將個人利益託付於被指摘人(例如不願雇用該人為雇員、不願選舉該人為政務官等)，使被指摘者之工作權、參政權等基本權利受到影響。故著眼於外在名譽有實現個人基本權利之相當程度關聯性，似尚可認係重要公益目的，但終究我國釋憲實務揭示之扶助身心障礙者就業(弱勢保護)、避免對人民生命身體健康產生立即難以回復損害(立即健康損害)之特別重要公益，程度有間，難認係特別重要公益。

2. 施用刑罰之預防效用是否偏低

如本文於手段適當性審查階層所述，刑罰之預防效用目前無法證實，但目前犯罪學研究已初步指出執行處罰之確實性與增加潛在犯罪者犯行被發現之機率有助於提升一般預防作用(即嚇阻效果)，故反面言之，若刑法罪名所規制之構成要件行為多實施於隱密處所而不易發覺，則可推斷此項罪名之嚇阻效用呈現偏低現象³³⁸。但反觀本罪，立法者於本罪構成要件設計「公然」之行為情狀要件，鎖定處罰於不特定人或多數人可得見聞之處所實施之侮辱行為，也因為此等情狀具備相當程度的空間開放性(容易發覺)，或者至少在場人員較多(容易被告發)，犯罪事實遭犯罪偵查機關發現之機率即有所提升，故尚無嚇阻效用降低之刑罰正面效益減損現象發生。

(二) 限制言論自由等基本權之負面效果評估

1. 對言論自由之限制程度

關於本罪對於言論自由之限制程度，本文認為可自兩個面向加以分析，第一個面向是，本罪所規制之言論種類係屬言論自由保護領域之核心或外圍，藉以評估限制此類言論對於言論自由的負面影響程度，近似於質的分析；第二個面向是，

³³⁸ 薛智仁教授，即以：「通姦行為通然具有隱密性，刑法嚇阻作用在通姦罪相對偏低」作為認定舊刑法通姦罪之正面效益偏低，無法通過衡平性審查之理由。參考：薛智仁，同註 271，頁 16。

對於系爭言論之限制，是否完全禁絕發表此類言論，有無其他緩和措施，近似於量的分析。

首先，誠如本文於審查標準選擇條目所詳論，我國釋憲實務審查限制言論自由之國家行為合憲性，呈現之大致規律為：1)若國家行為對於言論得否發表進行事前審核，推定違憲，審查標準提升至最嚴格，2)若國家行為針對言論內容，而非時間地點方式進行管制，採取較嚴格審查標準(中度或嚴格)，3)若國家行為限制之言論內容，於真理發現、公意形成(健全民主)或信仰表達(表現自我)之功能不彰，則僅採取中度審查標準。藉由觀察此等規律，吾人可以推論出，我國憲法上言論自由之保護核心領域，重在高價值言論(例如政治性、文學性、學術性、藝術性言論等³³⁹)之流通，不應輕易受限制，國家對此類言論限制須接受較嚴格之違憲審查標準檢驗。就此而言，本罪所限制之侮辱言論(在肯定刑法第 311 條亦有適用之前提下)，因缺乏發現真理與健全民主功能，至多僅有表現自我之價值，屬於低價值言論³⁴⁰，並非言論自由保障之核心領域，其重要性無法與政治性言論、學術性言論等充分含有上述三項功能之言論相提並論。

其次，本罪並非完全禁絕侮辱言論，此點體現在：相較於其他罪名僅得適用一般性的阻卻違法事由，立法者特別在刑法第 311 條為妨害名譽言論設有法定不罰事由，本文認為此項立法緩和措施已然削減了對於言論自由之管制力道。此外於構成要件層次，亦僅針對發表於公然情狀，並指涉特定人之侮辱言論進行限制，欲發表侮辱言論者仍可選擇在非公然情狀或者不指涉特定人的前提下發表相關評價，可認為未完全禁絕此類言論。

2. 對人身自由與財產權之限制程度

³³⁹ 湯德宗，同註 291，頁 318。湯德宗前大法官亦於「大法官講堂：中華民國憲法及政府」課程提及，我國憲法第 11 條將講學、著作與言論、出版並列，有其明確意涵，首先是中國古代君主習於控管講學著作之歷史因素，故有明文並列之重要意義；其次是，學術、著作之言論，涉及個人研究創作心得，其價值較高。課程影片網址：<https://youtu.be/bmkK1iUEzTQ> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

³⁴⁰ 侮辱性言論類似於美國法上之冒犯性言論，後者在學理上即歸類於低價值言論。請參考：湯德宗，同註 291，頁 318、321。林子儀，言論自由導論，載於：台灣憲法之縱剖橫切，頁 143，2002 年 12 月。

人身自由一切基本權利實現之基礎³⁴¹，其基本權重要性極為重要，財產權亦於實現個人自由與發展人格上居於要角³⁴²，此二基本權重要性固然毋庸置疑。然而基本權之限制仍有輕重之分，本罪以科處拘役方式限制人身自由，最高天數為59日(刑法第33條參照)，係刑法上最輕微之人身自由限制手段，且不排除有易科罰金之機會(刑法第41條第1項參照)；另本罪以科處罰金方式限制財產權，其最高數額為新台幣9000元，相較科處罰金之刑法罪名亦屬最輕。上述關於本罪對於人身自由與財產權之限制程度，亦須實在地納入本罪負面效果計量之中，以避免過度誇大刑法罪名之負面效益。

(三) 正面與負面效果之權衡比較

針對本罪之正面效益與負面效果已評估如上述，進一步須處理的問題即為本罪所獲致之正面效益(名譽法益保護效益)份量是否足以正當化本罪對於行為人之基本權限制強度(對言論自由等基本權負面損害效果)³⁴³，或謂兩者是否呈現顯然不合乎比例關係之狀況³⁴⁴。此項衡量之進行，學說上參酌德國聯邦憲法法院所提出之「越如何，則越如何公式」，認為國家行為對基本權限制之強度越高，其維護之公益重要性與迫切性必須相應越高³⁴⁵。然而此項說法之作用似乎僅止於要求審查者善盡理性說理義務，尚無法提供具體之操作步驟，本文為避免本件衡量流於恣意，故擬透過參考我國釋憲實務、美國聯邦最高法院，以及歐洲人權法院對於類似利益狀態、類似限制強度之國家措施合憲性審查結論，得出此處之衡量結果。

1. 【我國】釋字第509號解釋認定誹謗罪通過衡平性審查

釋字第509號解釋，案件爭點涉及誹謗罪是否違反比例原則，援引此號解釋為對照參考之理由在於，誹謗罪之公益目的，即正面效益在於保護名譽法益；而

³⁴¹ 法治斌、董保城，同註281，頁216。

³⁴² 司法院釋字第400號解釋。

³⁴³ 許宗力，同註302，頁134、136。

³⁴⁴ 司法院釋字第699號解釋林錫堯大法官協同意見書。「基於狹義比例性之要求，應就『所欲追求致必須侵害基本權之公益』與『對關係人法益之影響』二者間，加以衡量本項審查旨在審查『侵害程度』與『侵害所依據之正當理由之重要性與迫切性』間應有適當之比例。對基本權侵害之程度與措施所欲達成之目的間，不得有『明顯不合比例(krass ausser Verhältniss)]之情形。』」。

³⁴⁵ 湯德宗，同註332，頁600-602。許宗力，同註302，頁136。薛智仁，同註271，頁18。

其限制基本權種類與程度，即該罪負面效果包含言論自由(事後追懲低價值誹謗言論)、人身自由(最重處兩年以下有期徒刑)與財產權(最重處新台幣 30000 元罰金)。可見該罪所涉及之利益狀態與本件(公然侮辱罪)相當類似，足資比擬。

該號釋字所謂：「...至於限制之手段究應採用民事賠償抑或兼採刑事處罰，則應就國民守法精神、對他人權利尊重之態度、現行民事賠償制度之功能、媒體工作者對本身職業規範遵守之程度及其違背時所受同業紀律制裁之效果等各項因素，綜合考量。以我國現況而言，基於上述各項因素，尚不能認為不實施誹謗除罪化，即屬違憲。況一旦妨害他人名譽均得以金錢賠償而了卻責任，豈非享有財富者即得任意誹謗他人名譽，自非憲法保障人民權利之本意。...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...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抵觸。」似有兩層涵義，第一層意義是，併行民事賠償與刑事處罰手段保護個人名譽免於誹謗言論侵害，並不當然違反手段必要性，因為併採刑罰手段之效用更高，可避免單採民事賠償制度造成富有者無懼賠償，仍持續誹謗他人之現象³⁴⁶。第二層意義則是，指出受誹謗罪限制之言論，若限縮解釋為行為人對於指摘之事項無相當理由確信為真實，即未盡查證義務之情況，則誹謗罪不至於過度限制言論自由，該罪之正面效益與負面效果即未有顯然失衡情況。

對於第一層涵義，誠如本文必要性階層所述，刑罰預防效果依目前犯罪學研究應係無法排除亦無法證實其有效性。認定符合手段必要性之理由不宜解為刑罰與民事損害賠償併行更有助於保護名譽，反而是客觀上無法期待立法者舉證兩者併行更有效，基於避免刑事立法癱瘓之考量，優先尊重立法者之判斷。故本文對於釋字此部分見解，係贊同其結論但認為理由構成有誤。

³⁴⁶ 有學者認為釋字此部分說理，高估刑罰作用、恐存有刑罰萬能心態，又對富人抱持偏見。請參考，法治斌，保障言論自由的遲來正義—評司法院大法官釋字第五〇九號，月旦法學雜誌第 65 期，頁 151-152，2000 年 10 月。但法治斌教授亦於該文表示，單以限制妨害名譽行為之手段為刑罰，並不足以認定違反憲法保護言論自由意旨。

對於第二層意義，撇開該號解釋所運用之限縮解釋手法是否逾越合憲性解釋之界線不談，至少該號解釋並未指摘誹謗罪保護名譽之正面效益與對言論自由、人身自由、財產權附加之負面效果顯失均衡，僅係認為誹謗罪所劃定之基本權衝突界線應作調整，以使衝突之基本權各自可獲得最大程度實現而已。

2. 【美國】Hustler Magazine, Inc. v. Falwell 案

本件案例事實略為：Hustler Magazine 刊登模仿(Parody)廣告，內容涉及杜撰全國知名的牧師 Jerry Falwell 於訪談中表示自己的第一次(性經驗)是在醉酒後與母親在屋外的廁所發生。此項廣告於頁面底部有註明「模仿廣告，不要當真」的字眼。Falwell 因上述廣告刊登行為對 Hustler Magazine 提告誹謗(libel)與故意造成精神痛苦(intentional infliction of emotional distress)，請求民事損害賠償(補償性與懲罰性損害賠償皆有)。下級法院於誹謗部分認定 Falwell 敗訴，因為此項廣告內容無法被合理理解為對真實事實之描述；對於故意造成精神痛苦部分，則認定 Falwell 勝訴，判賠 10 萬美元補償性損害賠償與 5 萬美元懲罰性損害賠償³⁴⁷。

美國聯邦最高法院於本件認為，在出版物未顯示出係基於真實惡意而發表，即若非明知該事實為虛假或者對該事實是否真實粗率不顧，則使公眾人物或公職人員對發表諷刺漫畫(例如本件之模仿廣告)之行為請求損害賠償，不符合憲法第一修正案言論自由保護之意旨。當某項言論無法被合理解釋為陳述關於公眾人物之真實事實，則國家保護公眾人物免受情緒困擾之利益並不足以證成否定憲法第一增修條文對於明顯冒犯人且造成感情傷害之言論提供保護。粗暴(Outrageousness)與否，在政治與社會溝通(social discourse)領域具有固有的主觀性(inherent subjectiveness)，若允許陪審團根據各陪審員的觀點、口味或基於對特定表達的不喜歡，就承認構成對此類行為之損害賠償依據，如此不能夠符合憲法第一增修條文意旨³⁴⁸。

³⁴⁷ Hustler Magazine, Inc. v. Falwell 108 S.Ct. 876, 877-879 (1988).

³⁴⁸ *Id.* at 879-883.

3. 【歐洲】Cumpănă and Mazăre v. Romania

本件案例事實略為：Constanța 市(下稱 C 市)與 Vinalex 公司(下稱 V 公司)簽訂契約，前者委託後者執行執行移除與拖吊違規停車之車輛。市府方簽約者包括 C 市副市長 D.M.(以下簡稱 D)與委員會法律專家 R.M.(以下簡稱 R)。本件行為人，同時也是聲請人(簡稱甲)，在新聞報紙上發表文章指摘本合法性有疑慮的合約之所以能順利簽訂，係因 D 收受廠商 V 公司之回饋，以及 R 收受賄絡故能促成³⁴⁹。案至內國法院，刑事制裁部分，內國法院判處甲構成侮辱罪與誹謗罪，針對侮辱部分，判處 3 個月監禁；誹謗部分，判處 7 個月監禁³⁵⁰。

本件歐洲人權法院認定，甲辯稱其事實指摘係根據 C 市審計部報告，然而該報告僅質疑該契約簽訂之合法性，並未包含任何質疑 D 與 R 不誠信(dishonesty)或收受賄賂故促成該契約簽訂之內容。基此，歐洲人權法院認為內國法院對甲定罪符合緊迫的社會需要(pressing social need)；然而在審查系爭限制手段與所追求目的是否相當之檢驗層次³⁵¹，法院認為雖然判刑原則是內國法院的事情，但是對於受新聞媒體(報導之人)施以人身自由之監禁，除非對於其他(人民)根本性權利產生嚴重損害之例外情形，例如涉及仇恨性言論或煽動暴力言論，始得為之³⁵²。進而認定本件之刑事制裁手段與侮辱罪、誹謗罪追求之目的並不相稱³⁵³。

4. 本文參酌上述案例所進行之本罪衡量

本文認為，對於本罪(公然侮辱罪)之正面效益與負面效果衡量必然容有不同之主觀價值判斷，故參酌相類似利益狀態案件之衡量結果，應該是較客觀之論證手法，茲就本文對本罪目的效益與手段限制程度之衡量，探討如下：

³⁴⁹ Cumpănă and Mazăre v. Romania, App. no. 33348/96, at paragraph 16-20 (2004).

³⁵⁰ 詳細而言，其他不利處分還包括：褫奪公權與禁止服刑完畢後一年內擔任記者。*Id.* at paragraph 37.

³⁵¹ 此階層審查之基本原則，原文如下：「In particular, the Court must determine whether the reasons adduced by the national authorities to justify the interference were “relevant and sufficient” and whether the measure taken was “proportionate to the legitimate aims pursued.”」, *Id.* at paragraph 90.

³⁵² *Id.* at paragraph 115.

³⁵³ *Id.* at paragraph 112-120.

本罪之正面效益，即本罪對於預防名譽法益受侵害之保護效果，必須衡酌名譽法益之重要性與有無刑罰預防效用減損之作用因素，而如本文於目的正當性階層審查時所述，依本文看法，預防個人外在名譽受侵害可位居重要公益；預防個人感情名譽或尊重請求權受侵害之價值，則介於重要與一般公益之間。另外，本罪不具有如同舊刑法通姦罪一般預防效用不彰之減損因子。

本罪之負面效果上，涉及對言論自由(事後追懲；針對內容；低價值言論)、人身自由(一般公然侮辱:最高 59 日監禁/強暴公然侮辱:最高 1 年監禁)與財產權(一般公然侮辱:最高 9 千元/強暴公然侮辱:最高 1 萬 5 千元)皆有限制，但公然侮辱罪對比上述釋憲案之標的即誹謗罪，對基本權之限制程度較輕。

本文認為，釋字第 509 號解釋固然未表明其對於名譽法益內涵採取何種理解，然而若合理推斷為現今主流意見，即外在名譽說，則套用該號解釋之利益衡量標準，公然侮辱罪若保護法益設定為外在名譽，則因正面效果與誹謗罪相當，負面效果低於誹謗罪，故亦可通過衡平性審查；但若設定為感情名譽或尊重請求權，則因法益重要性有所調降，未必可通過。

然而，若觀諸上述美國聯邦法院與歐洲人權法院判決，實則外在名譽說得否通過審查亦有疑慮。詳言之，上述美國聯邦最高法院判決縱使是針對民事懲罰性損害賠償(相較於刑罰更輕微之限制手段)，都認為公眾人物應容許任何粗暴的意見批評，不允許基於情感或精神受損而請求賠償，則我國公然侮辱罪未區分對公眾人物或對私人進行侮辱，皆施以刑事制裁，恐怕無法通過衡平性審查。上述歐洲人權法院態度則係偏向，對媒體記者報導觸犯侮辱與誹謗罪，施以人身自由之監禁處分，無法通過衡平性檢驗，我國公然侮辱罪同樣未作此區分，縱使我國立法上設有刑法第 311 條第 3 款阻卻違法事由，然而若不符合該條善意、針對可受公評之事、評論適當性，仍可施以刑事制裁。則依上述歐洲人權法院判決揭示之基準，恐怕公然侮辱罪無論採取三種法益定性中之何者，都無法通過審查。

據此，本文主張，公然侮辱罪當今三項法益是否得通過衡平性審查，皆有疑慮，其中外在名譽說或可援引釋字第 509 號解釋，主張可通過審查，然而此項衡

量可能與美國及歐洲人權法院實務之衡量未能接軌，顯得對於本罪之正面效益過度高估，負面效果過度低估。

陸、 審查結論與本罪解釋之可能走向

透過對現行學說與實務主流解釋觀點理解下之公然侮辱罪進行違憲審查，本文主張：1)本罪之保護法益若理解為感情名譽或尊重請求權，在承認刑法法益理論具有控管規範目的正當性審查機能之前提下，兩者皆無法通過目的正當性審查；又縱使採取我國當前釋憲實務對於目的正當性審查寬鬆認定之看法，此二法益定性亦難以通過目的與手段衡平性之審查。2)若將本罪保護法益理解為外在名譽，則因限制言論自由之手段(即本罪)無助於達成預防名譽法益(外在名譽)受侵害之目的，無法通過手段適當性審查；而縱使退步言之，承認極少數情形仍有此預防效果，則亦因本罪設計上並未允許行為人以其言論不具有危害他人社會評價為由即得免責，故恐使本罪涵蓋過廣，無法通過手段必要性之審查。至於外在名譽之法益定性得否通過衡平性審查，本文認為套用釋字 509 號解釋的衡量基準下或許有機會通過，但是對比美國與歐洲人權法院實務見解之衡量基準，顯得對本罪之正面效益過度高估，負面效果過度低估，故本文仍傾向於認定此項法益定性難以通過衡平性審查。

而在公然侮辱罪無法透過既有觀點解釋通過違憲審查之現況，誠如本文於前述章節所強調，此際不宜因噎廢食，逕行主張本罪應除罪化，反而宜本諸公法學上所謂合憲性解釋之原則，先行探求是否尚有其他解釋路徑可消解本罪之違憲疑慮，藉以維護法律安定性、尊重立法者政策規劃目的，並避免直接除罪可能致生國家對於名譽法益保護不周，違反對基本權保護義務之違憲隱憂。故本文認為，本罪在未來解釋上，宜盡量思考如何在名譽法益保護與言論自由(、人身自由與財產權)限制之間取得恰當之平衡點，謀求兩者基本權之最大實現，避免國家對於人民名譽法益保護不足；或者對言論自由限制過度。換言之，本罪未來解釋上，宜先探詢有無合憲性解釋本罪之論述取徑(當然，在不違反合憲性解釋界線之前提下)，若窮盡一切探詢仍無法找出此項解釋路徑，則宜團結人民之力敦促立法機關

盡快將本罪除罪化，同時並提請司法釋憲機關宣告本罪違憲使之失去效力，避免對人民言論自由(、人身自由與財產權)繼續發生不必要之侵害。本於上述思考，後續章節，本文即在試圖找尋有無合憲性解釋本罪之論述取徑。

第二節 以名譽資訊觀點重新理解公然侮辱罪保護法益內涵

由本文第三章與本章第一節之論述可知，當前文獻對於公然侮辱罪(下稱本罪)法益定性之說明，或有保護內涵不明確，造成本罪構成要件違反明確性原則之疑慮；或有利益之重要性不足，引致是否值得以刑法保護該利益之質疑(規範目的正當性)；又或有該利益根本無從被侮辱行為侵害，以之為本罪保護法益恐怕無法通過比例原則(適當性原則)檢驗之問題。是故，本節之論述目標即在於提供本罪較為妥適之法益內涵定性。

在論述順序上，第一部分，擬先說明本文所採取之名譽概念與本文對於何謂名譽法益之理解，此部分將參考晚近我國學者徐偉群氏所提出之名譽資訊觀點³⁵⁴，提出能夠消解或至少緩解公然侮辱罪解釋論上違憲疑慮/論理盲點之名譽法益見解。第二部分，依此名譽法益內涵之理解，解釋公然侮辱罪之保護法益具體內涵，此部分將以名譽資訊觀點解釋現行妨害名譽罪章之誹謗罪與公然侮辱罪雖然同在保護名譽法益，但公然侮辱罪對於名譽法益之保護/守備範圍較諸誹謗罪狹窄，其所保護之利益內涵，依本文之見，僅及於與個人名譽資訊相連動之生心理健康利益。以下依序說明之：

第一項 名譽概念與名譽法益內涵之釐清

壹、新興名譽法益學說簡介—名譽資訊觀點之提出

晚近，我國學者徐偉群氏於其博士論文針對德國刑法主流學說所支持之「規範的名譽概念」有所質疑，徐教授認為規範的名譽概念主張妨害名譽罪之保護法益為個人「建立在人性尊嚴基礎上的人的內在價值，或者說由此導出的尊重請求權」有其論理缺陷，首先是尊重請求權既然係由人的內在價值所導出，則他人不

³⁵⁴ 文獻請參考：徐偉群，同註 14，頁 37-50。

敬的言行若無法侵害個人的內在價值，亦同樣無可能侵害尊重請求權，規範名譽概念所建構之尊重請求權，難以說明其究竟保護了甚麼。其次是規範的名譽概念雖試圖建立符合平等原則的名譽概念，將人的社會地位、成就等非屬人的普遍性價值排除於外，但仍承認個人的智力或精神缺陷會減低其人格體現價值(該個人即無法享有此部分的尊重請求權)、不實指稱他人重大失能將構成名譽侵害，此項說法恰與人性尊嚴平等保障之觀點相違背³⁵⁵。

除了提出檢討意見，徐教授亦進而指出較佳之名譽法益定性方式。氏認為刑法上名譽之性質宜理解為「關於人格道德性評價的資訊」，避免法律傳達出錯誤的泛道德化訊息；而所謂名譽法益則是「人在生活上對於名譽資訊的值得保護的反射利益」³⁵⁶。亦即，名譽係由當事人以外之人所製造之資訊，雖該資訊內容指向當事人，但資訊本身並非個人所擁有的財產，亦非人格尊嚴的部分，據此，法律提供之「名譽保護」並不是在確保名譽資訊本身，而是在確保個人對於名譽資訊的反射利益，是一種建立在他人對個人評價上的現有正當生活利益³⁵⁷。

此項與名譽資訊相連結之個人現有正當生活利益損害，涵蓋面向甚廣，可包括「經濟損害、非經濟的人際關係的損害、心理傷害」等³⁵⁸。並且，此等損害並非無足輕重，誠如美國法學教授 Richard A. Epstein 教授所言：「事實上，法律若不對它(按：妨害名譽)採取行動，將是過度低估了不實言論(經常是刻意說的)對其攻擊目標造成的傷害。陌生人告訴了某人，他的太太與人通姦，而實際上並無此事：離婚或毆打可能是其結果。策士告訴了總統，其對手正構思叛國或謀殺：放逐或處決可能接著而來。商人造謠其競爭者的商品感染了臘腸毒菌：恐慌、破產和刑事追

³⁵⁵ 本段論述統整自：徐偉群，同註 14，頁 21-23、38、41。

³⁵⁶ 徐偉群，同前註，頁 37。

³⁵⁷ 徐偉群，同前註，頁 41。

³⁵⁸ 徐偉群，同前註，頁 39。此所稱之生活利益固可包括一切個人現有生活狀態之不利改變，以及基於現有生活狀態預期可取得之期待利益，經濟利益損害、非經濟利益損害(婚姻關係損害、心理傷害等)皆包含在內，但如係單純之個人情緒不悅，在未超出個人情緒負荷(未達心理傷害)程度之情況，徐氏認為應排除在外。請參考，徐偉群，同前註，頁 43、45、49。本文認為此項排除觀點可茲贊同，因為將個人情緒解為生活利益概念之一環，不免面臨感情名譽說向來備受詬病之疑慮，即單純個人感受良好並不具有受刑法保護之法益適格性。

訴可能接踵而至。³⁵⁹」恰可體現出名譽利益之重要性，以及名譽資訊可能對我們現有生活狀態產生影響³⁶⁰。依此觀點審視前述形容智能障礙者為白癡的案例，即可解釋此行為之所以不構成名譽侵害，並不是因為白癡之描述與智能障礙者的特徵相當，而是白癡之形容(名譽資訊)並未損及當事人任何之生活利益³⁶¹。

貳、 本文對於前述觀點之評析與運用

本文認為，前述觀點將名譽理解為內容指向個人之評價資訊，名譽法益則為與名譽資訊相連動之個人生活利益，誠有啟發性。此項說法圓滿解釋了發表內容上指向他人之不利事實陳述或者給予負面評價，之所以值得法律介入管制，其「根本原因」並非此等言論使被評價者本人之社會評價受損、自尊心受損，或者他人未給予本人合乎真實內在價值的尊重表示，因為在個人無任何具體生活利益受損的情況，他人本得依其受憲法保障之言論自由暢所欲言，此際以法律管制他人應為如何之言論表態或不表態，即淪為純粹保護道德與個人主觀感受之規範，不免遭受欠缺目的正當性、法益重要性、違反比例原則等違憲指摘。

相對地，法律管制此等言論之理由若理解為，保護個人立基於其現有名譽資訊狀態之生活利益，則因為保護此生活利益即等同於憲法履行其保護人民各該基本權利(包含概括基本權利)之義務³⁶²，且因個案中名譽資訊狀態改變所連動造成之生活利益損害可能相當嚴重，較容易證成以妨害名譽相關罪名限制言論自由符合比例原則(尤其有助於通過目的正當性、手段與目的之衡平性審查)。此外，判斷

³⁵⁹ Richard A. Epstein, *Principles for A Free Society: Reconciling Individual Liberty with The Common Good*, 56-57(1998), 轉引自前註文，頁 42。

³⁶⁰ 徐偉群，同註 14，頁 37。

³⁶¹ 徐偉群，同前註，頁 42。

³⁶² 茲舉例解釋所稱生活利益與基本權侵害之關聯性。例如：某餐廳師傅甲素來選用國產豬肉進行烹飪料理，以確保客戶們食在健康，並藉此支持國內豬農，該師傅對其客戶亦如是宣傳，在此情況下每月營收獲利穩定維持十萬。但其競爭對手乙某日對外傳佈其曾在市場看到甲向進口豬批發商購買美豬之虛偽資訊，造成甲之次月營收獲利銳減為一萬元。在本案，乙之言論係內容上指向甲餐飲執業行為之名譽資訊，而此名譽資訊帶給甲之損害即屬九萬元之**經濟利益(財產權侵害)**。可設想之相關案例遠不止於此，又如當今人工智慧技術逐漸強大，製造虛偽之色情影片已非難事(Deepfakes 換臉技術)，若有人將此等影片發表於眾，則此等名譽資訊造成之損害類型即可能涵蓋到：丟失工作(比如被害人擔任教職或牧師，其任職有高度道德要求)、婚姻關係不睦、心理傷害、甚至在通姦罪除罪化前尚可能面臨刑事訴訟等，分別涉及**工作權、婚姻權、身體健康權之侵害**。由此可見，個人與名譽資訊相連動之生活利益涵蓋層面可以相當廣泛且深入，確保該等利益免受他人發表名譽資訊侵害，方能落實憲法周全保護個人基本權利之意旨。

生活利益是否受侵害，相對於判斷所謂個人名聲、自尊心，或是尊重價值是否受侵害，應該是更顯具體明確，有助於司法者在構成要件審查階層，將完全未侵害生活利益之發言行為(典型案例如:罵人髒話或稱他人智障等)認定不構成侮辱/誹謗；亦有助於在阻卻違法階層衡量個案言論自由之價值與所造成他人生活利益之損害，進而劃定較穩定一致之成罪界線，使潛在之日後發言者得以清楚預期何等言論會招致刑罰，減緩各法院判斷不一致、標準不穩定之現象對於言論自由市場帶來寒蟬效應。

然而，針對刑法妨害名譽罪章應將何部分與名譽資訊相連動之生活利益排除於名譽法益保護範圍外，本文則略有不同意見。此議題宏觀而言，即屬名譽法益是否與如何納入規範性思考的問題。較受學說關注之子討論面向主要有二:問題 1) 身體狀態、疾病、職業等客觀描述是否構成名譽法益之侵害？；問題 2) 建構在虛偽事實上之利益是否受名譽法益保護。而本文與徐教授見解不同之處在於問題 1)。至於問題 2)，本文亦順便於此處簡要表明見解。

針對問題 1)，持限定觀點者認為，單純陳述他人身體精神障礙、疾病、血統、職業，無論是否虛偽皆不應構成妨害名譽相關犯罪，避免法律傳遞出歧視性訊息³⁶³。例如:虛偽指稱他人患有新型冠狀病毒，若評價為名譽侵害而構成相關犯罪，則恐怕法律制度恐怕已向外傳遞出具備該等狀況/特徵者是不名譽的；辱罵她人為妓女，若判決構成妨害名譽相關罪名，則反倒追認或強化了對於性工作者之固有社會偏見。但本文認為，若已採納名譽為內容指向個人之評價資訊、名譽法益為名譽資訊相連動之正當生活利益之觀點，則構成妨害名譽相關罪名之判決不過是肯定該等名譽資訊發表行為危害了個人之正當生活利益，實則未就該等言論是否有足以貶損人之負面意涵進行判斷，因此並無加深社會偏見之疑慮。反而，若在前述法益觀點中引入限定觀點，則可能造成法益保護漏洞，例如:甲以人工智慧技

³⁶³ 林琬珊，妨害名譽罪與負面標籤，月旦刑事法評論第 9 期，頁 9-10，2018 年 6 月。徐偉群教授亦持類似之見解，但用語不同，氏認為名譽概念應限於人格道德性評價資訊，不實指控他人罹患惡疾，不構成名譽侵害，避免相關判決傳遞出罹患惡疾係人格貶值之汙名化訊息。詳請參考，徐偉群，同註 14，頁 37-39。

術合成影片宣傳其情敵乙擔任性工作拉客之虛偽事實，進而使擔任教師之乙遭校方解聘，若此際妨害名譽法制基於避免加劇對於性工作者負面偏見之理由而判定不構成誹謗罪，則無異忽視乙之正當生活利益(本於原先名譽資訊狀態可繼續擔任教師職務之利益；憲法保障之工作權)遭侵害之事實，對法益保護不周，故本文對此面向之規範性限縮，持保留態度。

針對問題 2)，當前有力學說觀點反對以法律保護虛名³⁶⁴，其中，李念祖教授對此有相當深刻之闡釋，氏認為法律所保障之名譽法益必須結合「事實」而為理解，個人所享受之名譽是否值得法律保護，取決於其過去之行為，一個人過去曾有此作為，即享有「有所作為」之名譽；一個人過去未曾有此作為，即享有「有所不為」之名譽，亦即法律所保障之名譽，是合於真實的名譽，或謂「不受他人以謊言毀損之社會評價」，至於禁不起真實揭露之社會評價，可能是法律保護的隱私，但不是值得法律保護的名譽³⁶⁵。本文雖與李教授所採取之法益定性觀點不同，但亦認為名譽法益之保護範圍應為適度調整，將個人建構於虛名上之現有生活利益排除在外不予保護。理由在於，欺世盜名者係以虛偽之名譽資訊狀態獲致相關生活利益，若妨害名譽法制將之納為保護對象，將使得法律在價值判斷上是非不分，且恐變相鼓勵人民說謊獲得好評與相關生活利益。故，例如某甲號稱具有德國知名 F 大學之刑法學博士學位，以此經營社群粉絲專頁與 YouTube 頻道分享法律新知，每月獲得平台廣告收益 5 萬元，但經其競爭對手乙真實揭露甲雖有留學，但論文寫不出來，根本未取得該等學位。在此案例中，縱使因乙之爆料行為(名譽資訊發表行為)造成甲之社群粉絲專頁與頻道發生退出訂閱風潮，廣告收入銳減。

³⁶⁴ 許澤天，同註 32，頁 269。許家馨，釋字第五〇九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，月旦法學雜誌第 132 期，頁 113，2006 年 4 月。劉靜怡，言論自由：第五講—言論自由、誹謗罪與名譽權之保障，月旦法學教室第 37 期，頁 45，2005 年 11 月。近期持此觀點之實務見解，可參考：臺灣高等法院 109 年度上訴字第 2232 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 528 號判決。

³⁶⁵ 李念祖，從釋字五〇九號解釋論「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，收錄於憲法解釋之理論與實務(第四輯)，頁 246-247，2005 年 5 月。

但因為甲係誤導大眾而獲得 F 大學博士之名譽資訊狀態與相連動之生活利益，此等虛偽的事實名譽，不值得法律保護，乙不成立任何妨害名譽相關罪名。

綜上所述，本文認為刑法上之名譽概念，係指內容上指向個人之外部社會評價資訊；而受刑法保護之名譽法益，則指個人立基於名譽資訊狀態所享有之正當(應得的)生活利益。作此理解之優點在於，以個人正當生活利益是否受危害當作侵害名譽法益與否之標準，有助於解決妨害名譽相關罪名(尤其公然侮辱罪)保護利益重要性不足(目的正當性、目的手段衡平性疑慮)、成罪界線不明確(法律明確性疑慮)、構成要件解釋過度擴張致使相關罪名被指摘限制言論自由逾越必要程度等違憲疑慮(手段必要性與目的手段衡平性疑慮)³⁶⁶。因為生活利益是否受危害之判斷，相較於判斷個人社會評價有無減損(外在名譽說)、自尊心是否受損(感情名譽說)、個案行為是否已給予與個人人格與社會價值相襯之尊重表示(尊重請求權說)等，更形具體明確；也透過釐清名譽法益本質乃個人與名譽資訊相連動之生活利益，而保護此利益即屬對個人生活中涉及之各該基本權利加以維護，真正使刑法以妨害名譽相關罪名保護名譽法益有其正當化基礎。

第二項 再探公然侮辱罪保護法益內涵

如前所述，本文認為妨害名譽罪章所保護之名譽法益，乃指與個人名譽資訊相連動之正當生活利益。公然侮辱罪既然規範在本罪章，則其保護法益依體系解釋固然可合理推斷係名譽法益，看似討論就此而止。然而，本罪構成要件行為態樣限定在不含事實要素之意見表達，依本文之見，似可透過比較侮辱行為與誹謗行為對於名譽法益之侵害手法，對於本罪之保護法益內涵作更進一步細緻之理解：

詳言之，誹謗行為對於名譽法益之具體侵害手法，係透過發表關於被害人之虛偽不實資訊，或者揭露被害人未曾公開之私生活歷程資訊，進而干擾被害人公開生活歷程所形塑之名譽資訊狀態(地位)³⁶⁷，造成被害人失去或將來無法取得與

³⁶⁶ 此疑慮尤其體現在：罵人髒話/言行不尊重人，除造成該人情緒不快以外，別無任何生活利益受危害之情況，各該法益見解雖提出之理由不同，但仍然承認構成侮辱行為。

³⁶⁷ 許恒達，散布私密照加重刑責之研議，月旦法學雜誌第 241 期，頁 240-241，2015 年 6 月。

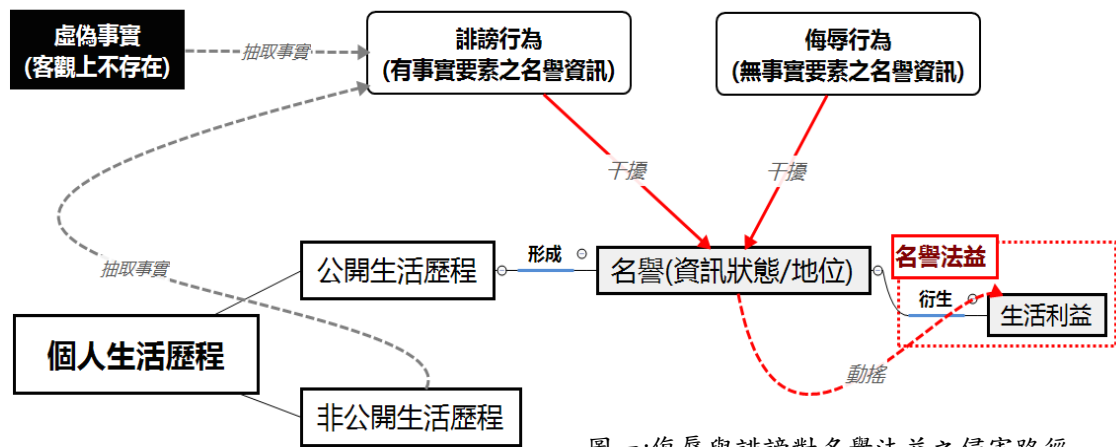
該名譽資訊狀態相連結之生活利益。誹謗行為之所以能在上述因果歷程中終局侵害名譽法益，係因誹謗行為乃「含有事實」之言論態樣，具備說服或誤導他人判斷之效果，故被害人以外之聽聞者可能在接收誹謗言論後即調整其與被害人之互動相處模式，動搖被害人之正當生活利益。誹謗言論對於個人生活利益之影響層面亦相當廣闊，包括前述之經濟利益、婚姻關係利益、生心理健康利益等之現有與期待利益。此外，無論係聽聞者自行向外傳遞該等資訊，或者行為人以文字圖畫等其他可持續供人閱覽之形式存在，誹謗言論皆有持續擴大名譽法益侵害程度之特性。

相對而言，侮辱行為係不含事實要素之言論，雖可能對被害者之名譽資訊狀態產生影響(因為侮辱仍然是行為人對於該被害人之評價，而人之名譽資訊狀態有部分取決於他人之評價)，但因為此等名譽資訊僅為行為人對於被害者所抱持之主觀意見，並非客觀事實之陳述，故理論上尚無使聽聞者誤認事實，調整與被害者互動相處模式之效果。也因為侮辱行為無法透過誤導方式拉攏他人侵害名譽法益，故單憑其言論可得侵害之生活利益層面亦較為狹窄，依本文之見，恐怕僅限於侮辱言論直接侵害被害者生心理健康利益之情況。此項情況並非不存在於現實，例如提倡管制仇恨性言論之文獻所呈現，在特定歷史脈絡或社會結構下部分族群飽受歧視偏見，擁有此族群特徵之個人對於他人貶辱其族群特徵有高度敏感性，在此情況下侮辱言論即有直接危害個人生心理健康利益之可能。

根據上述分析，本文認為兩罪之構成要件行為態樣因為「包含事實要素與否」之差異，致使兩罪之保護法益雖均為名譽法益，但所包含之利益種類或者保護層面廣度即有不同，誹謗罪之保護範圍兼及與個人名譽資訊相連動之各項生活利益；但公然侮辱罪之保護範圍則顯然較為狹窄，僅可想見其包含與個人名譽資訊相連動之生心理健康利益而已，換言之，侮辱言論除了在特殊情形造成他人生心理傷害以外，似乎對他人之生活利益別無其他損害³⁶⁸。為期明確呈現，茲以圖形方式

³⁶⁸ 依本文見解，因為公然侮辱行為可得侵害之生活利益種類限於心理傷害，而誹謗行為則可能涉及除了心理傷害以外更廣泛之利益侵害種類，故誹謗罪之最高法定刑度高於本罪，以賦予審判者

呈現，名譽資訊觀點下公然侮辱罪與誹謗罪個別保護之名譽法益內涵、侮辱行為與誹謗行為對於名譽法益之侵害路徑：



圖一：侮辱與誹謗對名譽法益之侵害路徑
(圖為筆者自製)



圖二：公然侮辱罪與誹謗罪之法益保護內涵
(圖為筆者自製)

針對個案利益侵害之廣度與強度給與充分評價。另外，本罪之保護法益涉及與個人名譽資訊相連動之心理健康利益，但心理傷害之存在、心理傷害與侮辱行為之因果關係/歸責關係，具有難以證明之特性，若要求個案檢察官須舉證有實害(心理傷害)產生始能論罪，則恐對名譽法益保護不周，故本罪採取抽象危險犯之立法模式。關於創設危險犯的理由：侵害結果難以認定、行為人之責任難以認定，理論說明係參考林東茂，危險犯的法律性質，載於：危險犯與經濟刑法，頁 17-19，2002 年 11 月，初版 3 刷。

第三節 借鏡「仇恨性言論」概念限縮解釋本罪構成要件

如同前節次之分析所呈現，公然侮辱罪與誹謗罪之保護法益雖同為名譽法益（立基於個人名譽資訊狀態上之正當生活利益），然因侮辱行為係不具有事實要素之言論，可預期對於名譽法益之侵害面向較諸誹謗行為狹窄，依本文之見，僅可能危及被辱罵者之身心健康利益。在此項立論基礎上，本節次將探討何種言論同時具備 1) 干擾他人名譽資訊狀態，且 2) 言論性質係不含事實要素之意見表達，又 3) 有造成他人身心健康受傷害之高度危險性。透過歸納具備此三項特性之言論，達到具體化本罪構成要件解釋之目的。

在此必須強調，因為現行法本罪係採取抽象危險犯之立法模式，可能隱含處罰範圍過度擴張疑慮³⁶⁹，為減緩此項疑慮，達到合憲性解釋本條文之目的，故於歸納何等言論具備上述三項要件時，必須極端從嚴認定，尤其行為是否具有身心健康傷害之高度危險性，應限於經科學實證有此危險性之言論始足當之。依本文考察文獻之結果，似僅仇恨性言論(hate speech)有可能同時滿足上述特性。而晚近我國學界、實務界亦有以仇恨性言論概念，合憲性限縮解釋本罪構成要件之觀點陸續萌芽，此項解釋方法殊值吾人重視。

在本節論述順序上，第一部分，本文將先簡介並評析晚近以仇恨性言論限縮解釋本罪之觀點，此部分之論述實益，除了向讀者證明此項解釋路徑並非本文自行天馬行空的「文創法學」產物，更重要的是，透過此部分之說明，確立本文合憲性解釋本罪之解釋路徑；第二部分，若欲採取以仇恨性言論概念為限縮解釋本罪之途徑，則必須明確定義何謂本文所稱之仇恨性言論，並且須處理以仇恨性言論概念限縮解釋公然侮辱罪，是否確實具備解消本罪違憲疑慮之功效，此部分尤其必須模擬並回應反對觀點可能提出之質疑；第三部分，在肯定上述解釋路徑確實有助於消除本罪違憲疑慮後，則實際應用仇恨性言論概念針對本罪各該要件，提供具體闡釋之個人淺見。以下依序說明之：

³⁶⁹ 林東茂，同前註，頁 51。

第一項 我國晚近合憲性限縮解釋本罪之啟發性創見

壹、以仇恨性言論概念限縮解釋本罪之觀點簡介

一、許宗力教授之觀點

我國學者許宗力教授曾以研究表明，歐洲人權法院近年判決趨勢顯示「(以)自由刑作為違反侮辱罪或誹謗罪之裁罰手段，除非系爭言論涉及仇恨性言論或煽動暴力言論，為多元民主價值(pluralist democracy)所不容者，否則即使伴有緩刑之宣告，仍會造成言論市場的寒蟬效應(Chilling Effect)，不符比例原則而違反歐洲人權公約第 8 條(本文按:此處似為作者之條號誤植，應為公約第 10 條)對言論自由保障之意旨。³⁷⁰」，例如:Mahmudov and Agazade v. Azerbaijan 案涉及報社新聞總編輯與新聞記者刊登一則名為「亞塞拜然的穀物黑手黨」之文章，內容暗示 J.A.(美國國家科學院院士、著名農業專家兼議會議員)勾結犯罪集團；掌控亞塞拜然農業部，挪用振興農業之國家經費；以實驗性農地名義無償使用國有農地種植高價值作物，並管制糧食購買者進入其他糧食生產重鎮採購糧食，藉此確保其實驗農地之作物優先銷售等³⁷¹。二人上述報導行為遭該國一審法院判決成立誹謗罪與侮辱罪，上訴二審與三審均維持原判決³⁷²。針對本案，歐洲人權法院肯認該國以誹謗罪與侮辱罪限制本案申請人之言論自由符合(追求)迫切社會需要(之目的)，但認為:以判處監禁方式制裁新聞犯罪，僅在其他基本權利受到嚴重侵害之特殊情況下，如仇恨性言論或煽動犯罪言論，始符合歐洲人權公約第 10 條保障新聞言論自由之意旨³⁷³，故本案國家以誹謗罪與侮辱罪追求之合法目的與對申請人施加之刑

³⁷⁰ 許宗力，同註 256，頁 11。

³⁷¹ Mahmudov and Agazade v. Azerbaijan, App. No. 35877/04, at paragraph 7-8 (2008).

³⁷² *Id.*, at paragraph 12-16.

³⁷³ 原文為:「In the instant case, each applicant was sentenced to five months' imprisonment. This sanction was undoubtedly very severe, especially considering that lighter alternatives were available under the domestic law. The Court reiterates that, although sentencing is in principle a matter for the national courts, the imposition of a prison sentence for a press offence will be compatible with journalists' freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention only in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in cases of hate speech or incitement to violence.(底線為本文所加)」，*Id.*, at paragraph 50.

事制裁不相稱/有失均衡(disproportionate),對於申請人之言論自由之限制已逾越必要(necessary)程度³⁷⁴。

基於上述判決趨勢之觀察,許教授進而指出,雖然歐洲人權法院至今未表明,國家針對非媒體之一般人施以自由刑制裁是否違反歐洲人權公約第 10 條意旨,但「若從現行歐洲人權法院所建立起來之標準,也僅允許仇恨性或煽動暴力等言論,此種違反多元民主價值者,方可處以自由刑觀之,應可推測若侵害一般人之名譽權即課與自由刑之刑事制裁,應同樣不符合比例性³⁷⁵。」,是以在現行法下宜對我國公然侮辱罪進行合憲性限縮解釋,僅限「基於種族、宗教信仰、性別、性傾向之理由對人公然為仇恨性辱罵,才足以認定構成人性尊嚴之傷害,而構成侮辱。³⁷⁶」,至於粗口固傷害他人感情,但屬個人修養問題,有待教育、文明教化提升,保護感情不受傷害,不可能也不應是刑法及法院的任務,而我國實務時有涉及粗口即有罪的判決,使法院淪為道德糾察隊,即有檢討之必要³⁷⁷。

二、彰化地方法院 101 年易字第 560 號判決見解

晚近我國地方法院亦有以仇恨性言論限縮解釋本罪之觀點³⁷⁸,其中以彰化地方法院 101 年易字第 560 號判決論理較為詳盡,殊值研究探討:

本判決案例事實略為:行為人丁(A 神明會成員)寄發存證信函至 A 會,信中控該會理監事胡作非為。於該會會員臨時會議上,常務理事乙當場表示不服信中內容之指控,要求丁重點答覆,於答覆過程丁與乙發生口角,指稱乙控制理事長,敢做不敢當,並以「龜仔尬」字眼罵乙³⁷⁹。

³⁷⁴ *Id.*, at paragraph 53.

³⁷⁵ 許宗力,同註 256,頁 16。

³⁷⁶ 前大法官許宗力桃院演講「妨害名譽言論」,司法周刊第 1604 期第 4 版,2012 年 2 月 9 日。許宗力,同註 248,所附簡報 2-1,頁 44。

³⁷⁷ 前大法官許宗力桃院演講「妨害名譽言論」,同前註。

³⁷⁸ 請參考:臺灣臺中地方法院 109 年度易字第 1930 號判決、臺灣臺中地方法院 109 年度易字第 1783 號判決、臺灣臺中地方法院 109 年度中簡字第 464 號判決、臺灣臺中地方法院 108 年度易字第 2803 號判決。較早期判決,請參考:臺灣彰化地方法院 101 年度易字第 901 號判決、臺灣彰化地方法院 101 年度易字第 1164 號判決、臺灣彰化地方法院 101 年度易字第 560 號判決。

³⁷⁹ 本段案例事實統整自:臺灣彰化地方法院 101 年度易字第 560 號判決。

本判決論理部分，首先針對實務上所慣用之「爆粗口＝侵害人格權（或名譽）＝侮辱」論證手法加以質疑，認為語言使用具有多義性，難以單憑客觀文義論證系爭言論是否構成侮辱，為避免循環論證瑕疵，「應以個案利益衡量的觀點，而認為，應該在個案中考量，系爭言論是出於挑釁、攻擊或自衛，是自願加入公共辯論或無辜捲入，是基於錯誤或正確的事實所為的評論等因素，加以判斷是否構成侮辱。換言之，並非所有的『爆粗口』（不論多麼難聽），都會構成『侮辱』」³⁸⁰。

其次，本判決針對外在名譽說與感情名譽說加以深刻檢討：對於外在名譽說，本判決認為本罪處罰之行為乃不涉及事實陳述之意見陳述，因欠缺事實連結，故不涉及侵害(外在)名譽之問題。對於感情名譽說，本判決認為「刑罰涉及生命、人身自由與財產權的剝奪，而這些權利都出自於憲法的保障，國家以刑罰權限制上開憲法所保障的基本權，必須也是這個行為也同等的侵害憲法所保障的權利。換言之，刑法之保護法益，都可以從憲法上找到對應的法益，刑法所保護人民社會生活所需要的利益，必然是憲法認為必須予以保障的利益。...因此，『不堪受辱的感覺』是否為刑法所保護之法益，必須檢視『不堪受辱的感覺』，是否是憲法所認為應該要保障的利益。綜觀我國憲法法典，並沒有任何一個條文明文規定『不堪受辱的感覺』為憲法保障的基本權...」以感情名譽找不到憲法上對應之基本權利為由，否定感情名譽之法益適格性³⁸¹。

最後，本判決認為本罪之保護法益可求諸於各基本權之共同上位概念—人性尊嚴，因為「人性尊嚴既然是憲法所保障的利益，就應該是刑法所要保護的法益」。而「單純抽象的謾罵、攻訐，只會讓人感到『受辱感』（不爽的感覺），並不會損及人之所以為人的目的，也與自治、自決無關，但如果是基於『種族』、『宗教信仰』、『性別』、『性傾向』之理由，對人公然為仇視性的辱罵（仇視性言論），才會直接損及個人內心之自治、自決，進而侵害人性尊嚴之核心（侵害人格權）」。³⁸⁰易言之，「爆粗口未必會侵害人格權。甚且，學說上指出，對於種族、宗教信仰、性

³⁸⁰ 本段論述統整自：臺灣彰化地方法院 101 年度易字第 560 號判決。

³⁸¹ 本段論述統整自：臺灣彰化地方法院 101 年度易字第 560 號判決。

別、性傾向而為之惡質性仇視言論（這些多半是社會上的弱勢族群），在實證上已經顯示，將會造成實質上的傷害，而不只是心裡不爽，包括：生理與健康的傷害、心理傷害、經濟上的損害，同時也危害整體社會利益，有立即而明顯的危險。」

382。

進而，判決將上述標準套用至本案，認為：「『龜仔尬』雖令告訴人感到不快，屬於負面之表述，但被告係針對當天開會過程、告訴人在神明會所扮演角色等具體、正確的事實，而為主觀的評論，且被告口出此言的目的，並非在於挑釁，或據以攻擊告訴人，係在與告訴人口角、針鋒相對的情狀下，始為此言論，且該言論之基礎事實，乃針對告訴人在神明會所扮演的角色而發，這與神明會之公共、可受公評之事務有關，被告口出此言並非出於私利。甚且，甲○○(本文按:甲亦為該神明會會員)於本院審理時證稱：據我自己的認知與判斷，告訴人確實主導神明會的會務，因為都是告訴人在發言，每次開會都在他在講話，理事長當主席沒事幹，還打瞌睡等語，顯然，被告係基於特定真實之事實而為評論，該事實並非被告所虛構。因此，在本案之利益衡量下，難認被告係出於詆毀告訴人之意，口出『龜仔尬』之言論，惡意攻訐。...被告係因神明會之運作問題，而與告訴人產生爭執，口出此言之目的，並非針對告訴人之『種族』、『宗教信仰』、『性別』、『性傾向』而發，此一言論，充其量只令告訴人產生『不堪受辱的感覺』（心理不爽），並不涉及人性尊嚴，更無立即而明顯的危險，核與公然侮辱罪無涉。」判定系爭行為不該當本罪侮辱之構成要件³⁸³。

貳、 本文評析—確立合憲性解釋本罪之論述取徑

本文對於上述許教授與彰化地方法院判決以仇恨性言論概念合憲性限縮解釋本罪構成要件之解釋論建議，敬表贊同。理由在於，誠如許教授所揭示，歐洲人權法院之判決趨勢已逐漸顯示以自由刑/監禁制裁妨害名譽行為，原則上與妨害名譽罪名所追求之利益(保護名譽)欠缺比例關係(disproportionate；依本文解讀，相當

³⁸² 本段論述統整自：臺灣彰化地方法院 101 年度易字第 560 號判決。

³⁸³ 本段論述統整自：臺灣彰化地方法院 101 年度易字第 560 號判決。

於比例原則之衡平性)³⁸⁴，除非該言論屬性涉及所謂仇恨性言論或煽動暴力之言論。因此，若以仇恨性言論概念限縮解釋侮辱行為，即我國僅針對使用仇恨性言論侮辱他人之行為類型，始動用自由刑手段制裁該等侮辱行為，如此應較能符合歐洲人權公約保障言論自由之意旨，且如此解釋最明顯之優勢即在於有歐洲人權法院見解作為根據。

然而，本文針對許教授所謂：「基於種族、宗教信仰、性別、性傾向之理由對人公然為仇恨性辱罵，才足以認定構成人性尊嚴之傷害，而構成侮辱」以及前述彰化地方法院所謂「如果是基於『種族』、『宗教信仰』、『性別』、『性傾向』之理由，對人公然為仇視性的辱罵（仇視性言論），才會直接損及個人內心之自治、自決，進而侵害人性尊嚴之核心」，但對於仇恨性言論如何構成人性尊嚴之侵害未作更詳細之說明，深感惋惜。本文認為，若上述觀點指的是以人性尊嚴為本罪保護法益，而將仇恨性言論理解為典型侵害名譽法益之侮辱行為，則本文必須強調，有鑑於人性尊嚴在概念上具有高度抽象性/不確定性，不宜逕以人性尊嚴當作本罪之保護法益，亦不宜以某言論嚴重侵害人性尊嚴證成該言論該當本罪侮辱，否則雖解決了保護利益(人性尊嚴)具備法益適格性之問題，但同時嚴重損及法律適用之安定性、明確性³⁸⁵，且此等法益說明對於後續構成要件具體化之幫助恐怕極其有限³⁸⁶；相對地，若上述觀點指的是，以人性尊嚴保護為提升本罪保護法益重要性之附隨理由，則本文認為可茲贊同，因為誠如本文於前節次表示，公然侮辱罪所保護之名譽法益乃與個人名譽資訊狀態相連結之正當生活利益，在此所稱生活利益尤其係指身心健康利益，而保護個人身心健康利益免受他人仇恨性言論危害，當然亦受各該基本權之上位概念即人性尊嚴概念所涵蓋，故可謂保護名譽法益即屬保護人性尊嚴。以如此說法解釋仇恨性言論與人性尊嚴侵害之關聯性，方能使

³⁸⁴ 除了前述簡介之 Mahmudov and Agazade v. Azerbaijan 案，亦可參考：Cumpănă and Mazăre v. Romania, App. no. 33348/96 (2004). Krasulya v. Russia, App. no. 12365/03 (2007). 此二案例係申請人之新聞報導行為遭內國法院判處誹謗罪，歐洲人權法院亦指摘以自由刑作為制裁手段太過強烈，易生寒蟬效應，不符合公約第 10 條保障言論自由意旨。

³⁸⁵ 類似見解，李念祖，同註 167，頁 8。

³⁸⁶ 同樣認為不適合承認人性尊嚴為刑法獨立保護法益之見解，可參考：許凱翔，論仇恨性言論之刑法管制，頁 183-185，國立臺灣大學碩士論文，2020 年 5 月。

法益侵害與否之判斷回歸具體生活利益是否受侵害，而非泛論抽象的人性尊嚴是否被侵害。

另針對上述彰化地方法院判決之幾處說明，本文亦擬提出意見研討：

首先是，該判決提及應以「個案利益衡量」方式判斷是否構成侮辱，本文認為恐有犯罪階層體系錯置之疑問，亦即該判決既然亦肯認侮辱屬於客觀構成要件要素，則客觀構成要件應僅在判斷系爭行為是否侵害法益，未涉及所謂利益衡量之命題。換言之，衡量行為所確保之利益與行為所犧牲之法益何者為重，以決定該行為是否應評價為違法，乃屬阻卻違法階層處理之命題，而非於構成要件加以探討。是以，本文認為此項利益衡量之判斷，以該判決個案而言，因為涉及行為人對於神明會理事「控制理事長、敢做不敢當」一事，評價其為(縮頭縮尾的)龜兒子，是否得依刑法第 311 條第 3 款阻卻違法即屬本案重要爭點，故宜於審酌個案侮辱行為是否得依刑法第 311 條阻卻違法時再加以妥適運用「個案利益衡量」，較合乎各該犯罪階層乘載之功能分工。

其次是，判決認為各該刑法(個人)法益皆有憲法上基本權利可資對應，而感情名譽僅係不堪受辱之感覺，並無相應之憲法上基本權利，故非刑法所保護之法益。對於此項論述，如本文前述章節所示，本文固然認為侵害感情名譽僅涉及個人主觀感覺與人際互動禮儀之侵害，不足成為刑法保護之法益，此結論部分與判決之觀點相吻合，然而，該判決以找不到憲法上基本權對應為論證依據則有疑問，因為憲法為了避免對基本權保護掛一漏萬，於憲法第 22 條設有概括基本權，各項自由或權利縱使無法對應到憲法明文臚列之基本權類型，亦可落入概括基本權之保護範圍；又若認為某利益無法對應至憲法臚列之列舉(或稱特別)基本權即不具刑法法益適格，則貫徹該理論邏輯，恐怕隱私權或身體健康權都因為找不到對應之憲法(列舉基本權)條文依據，應評價為欠缺法益適格性，如此可見，僅以利益內容是否有憲法列舉基本權對應當作判斷是否具備法益適格之標準，並不妥適。反而，本文認為論理上宜著眼於刑罰之嚴厲性，直接點名感情名譽之重要性不足以刑罰制裁手段加以擔保，並非適格法益。

最後，本文認為該判決雖有上述兩處值得商榷之論理問題，但以仇恨性言論概念限縮解釋本罪構成要件之觀點則殊值參考。尤其，該判決指出仇恨性言論可能對他人造成之損害，不同於一般粗話，僅造成他人之心理感受不愉快，而是具有傷害他人身心健康之危險性，作為處罰以仇恨性言論貶辱他人(行為)之理由，可見該判決已明顯意識到仇恨性言論與其他言論對於個人生活利益之影響效果不同。此處觀點若結合前述本文對於公然侮辱罪保護法益之理解(與個人名譽資訊狀態相連結之正當生活利益，尤其是身心健康利益)，則可合理說明仇恨性言論係侵害公然侮辱罪保護法益(名譽法益)之典型行為。

綜上所述，本文認為以仇恨性言論概念解釋本罪構成要件，乃值得嘗試之合憲性解釋路徑，因為如此解釋除有助於與歐洲人權法院判決趨勢接軌；亦可透過仇恨性言論具備危害個人身心健康之特性，合理解釋以該等言論貶辱他人係危害公然侮辱罪保護法益之行為。

第二項 自憲法觀點談以仇恨性言論限縮解釋本罪之妥適性

承續前條目所述，本文認為以仇恨性言論概念限縮本罪構成要件乃可茲嘗試之解釋路徑，然而鑒於以刑法管制仇恨性言論之合憲性非無爭議，若採取此項解釋路徑，雖然解決了傳統法益觀點下解釋路徑之違憲疑慮，但反倒引起其他層面之違憲疑慮，則難期用作合憲性解釋之可行取徑，故本文認為有必要特別探討此項限縮解釋路徑對於使本罪通過違憲審查之助益何在，以及有無引起額外副作用之可能隱憂。在論述架構上，第一部分，本文將先釐清何謂本文所稱之仇恨性言論，以便後續討論。尤其指出本文之探討標的，相較於當前國內外學理對於仇恨性言論之定義狹窄，僅限於「針對個人型」之仇恨性言論，而不包括「針對群體型」之仇恨性言論。第二部分，則指出若以此仇恨性言論概念限縮解釋本罪，對於本罪通過違憲審查，將產生何等幫助，並就反對者可能提出之質疑充分回應。以下分別析論之：

壹、 仇恨性言論之概念界定

當前美國與我國研究者對於仇恨性言論之概念定義，尚未取得完全一致之共識理解³⁸⁷，就學者間對於仇恨性言論概念之理解，簡要例示如下：

美國學者 Samuel Walker 指出，仇恨性言論之傳統定義為「任何對種族(racial)、宗教(religious)、民族(ethnic)及國籍(national group)的冒犯性(offensive)表意行為(expression)」，在 1980 年後部分校園言論法規，有擴及到性別、年齡、性傾向、身體狀況等群體類別³⁸⁸。

美國學者 Kathleen M. Sullivan 與 Gerald Gunther 之憲法教科書將之定義為「對於種族或宗教等少數族群或其他歷史上被削權的(disempowered)族群，具有損害性(harmful)與冒犯性(offensive)之言論，但不包括傾向(tendency)激起(incite)即刻暴力者³⁸⁹」，但 2010 年版教科書則將上述定義之但書略微修改成「但不包括傾向激起即刻暴力或煽動(provoke)即刻攻擊(fight)³⁹⁰」。

美國批判種族理論學者 Richard Delgado 與 Laura J. Lederer 則認為仇恨性言論係指「針對那些歷史經驗中未享有公民權之族群，以言語辱罵(revile)、揶揄(ridicule)，或以過分負面觀點描述這群人及其中一份子」之種族仇恨言論或鼓吹仇恨(hate propaganda)³⁹¹。

美國學者 Anthony Cortese 雖未給予明確定義，但提及仇恨性言論是根據他人種族、民族、宗教信仰、性別、年齡、身體狀況、殘疾或性傾向特徵予以貶低(puts people down)³⁹²。

³⁸⁷ 明確表示仇恨性言論概念缺乏共識定義之文獻，請參考:Samuel Walker, HATE SPEECH: THE HISTORY OF AN AMERICAN CONTROVERSY, University of Nebraska Press, 8 (1994).

³⁸⁸ *Id.* at 8.

³⁸⁹ Kathleen M. Sullivan and Gerald Gunther, CONSTITUTIONAL LAW 1074 (2004). Kathleen M. Sullivan and Gerald Gunther, FIRST AMENDMENT LAW 91(2003). 「Disempowered」一詞之翻譯係參考:石金堯，仇恨性言論之刑事管制研究，頁 19，國立臺北大學碩士論文，2020 年。但亦有研究者翻譯為「對於少數族裔、少數宗教信仰者，或其他弱勢族群會造成傷害或令其不快之言論，但排除會引發立即暴力衝突之言論。(底線為本文所加)」，請參考:曾至楷，仇恨性言論的容忍與禁止—比較法的觀察，頁 33，國立臺灣大學碩士論文，2013 年。

³⁹⁰ Kathleen M. Sullivan and Gerald Gunther, FIRST AMENDMENT LAW 91(2010).轉引自:石金堯，同前註，頁 19。

³⁹¹ Laura J. Lederer & Richard Delgado, Introduction, in THE PRICE WE PAY 4-5 (Laura J. Lederer & Richard Delgado eds., 1995). 譯文參考自:曾至楷，同註 389，頁 33。

³⁹² Anthony Joseph & Paul Cortese, OPPOSING HATE SPEECH 1 (2006).

我國學者廖元豪教授，則指出「以帶有貶抑之態度，針對社會中的特定族群，以非理性的說詞明示或默示整個族群的低劣。」稱為仇恨語言(hate speech)或種族誹謗(racist slur)³⁹³。

比較上述學者對於仇恨性言論之定義，或有強調受攻擊群體或個人必須屬於歷史經驗中受壓迫之弱勢族群/被削權族群(disempowered groups)；或有對於受攻擊群體採取廣義理解，兼及年齡與身體狀態，可見仇恨性言論呈現出「一個概念，各自表述」之現象，對此我國有研究者即指出仇恨性言論僅係對於某種言論內容表現的事實上描述總稱而已³⁹⁴，在未賦予其更進一步之定義之前，無法成為嚴謹之法律定義。為避免仇恨性言論概念內涵過於分歧、不明確，致後續討論無法進行，本文認為不妨參考我國研究者所歸納出仇恨性言論之三大要素，即「言論」、「侵犯性」、「身分」三項最大公約數特徵³⁹⁵，用以初步掌握仇恨性言論之概念輪廓，其後再配合本文之研究重點命題(即：得否以仇恨性言論限縮解釋公然侮辱罪)進行概念特定。茲透過上述三項要素之內涵填充，界定出何謂本文所稱之「仇恨性言論」：

一、「言論」要素

首先，針對「言論」要素必須強調之重點有二，第一個重點是，仇恨性「言論」之表現形式並不限於口頭與文字，但凡個人將其內心想法與觀點表達於外人³⁹⁶，無論係以何種傳達方式呈現，皆屬言論。換言之，判斷個案行為是否為言論，與表達方式無關，其得為口語、肢體語言、繪畫³⁹⁷，或者其他可資傳遞個人意思

³⁹³ 廖元豪，羞辱弱勢族群的言論自由？—種族侮辱言論之限制可能性，月旦法學教室第45期，頁6，2006年6月。

³⁹⁴ 翁乙仙，從憲法言論自由之保障論仇恨性言論之管制，頁14，國立臺灣大學法律系碩士論文，2011年。

³⁹⁵ 吳典倫，美國法上種族仇恨性言論之研究，頁12-18，國立臺灣大學碩士論文，2005年。

³⁹⁶ 廖元豪，愛國、燒國旗，與言論自由的雙軌理論，月旦法學教室第21期，頁8，2004年7月。

³⁹⁷ 繪畫之仇恨性言論例如，美國學者 Charles R. Lawrence III 曾為文指出其姊妹任教之學校，曾安排四位學生協助彩繪校內足球面板牆，豈料該四位學生竟在牆面上繪製 3K 黨徒以槍朝向某高年級黑人學生射擊，插圖部分除標註該黑人學生之姓名，並包含納粹黨徽、燃燒的十字架，以及「拯救世界，加入 3K 黨(Save the land join the Klan)」、「與猶太人一起倒下/死去吧(Down with Jews)」等標語。參考 Charles R. Lawrence III, If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus, in *Word That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment* 53,73(1993).

內容之行動(如:於黑人鄰居之後院放置燃燒之十字架³⁹⁸)，故在此所稱之言論，即相當於學理上所謂「表現行為(expressive conduct)³⁹⁹」。再談到第二個重點，本文定義之仇恨性「言論」，係限於針對「可得特定之個人」具備之族群特徵加以評價之行為，而不及於針對無法特定出指涉對象之「群體」族群特徵之評價行為。例如:公開陳稱「所有黑鬼(nigger)都是低劣的(inferior)，應該滾回非洲去⁴⁰⁰」即屬針對黑人群體之族群特徵加以評價；相對而言，若公開針對某 A(非裔人士)稱「你這個該死的黑鬼雜種，滾回非洲去」即屬針對特定個人所具備之族群特徵加以評價。之所以將本文仇恨性言論之內容在定義上限於針對可得特定之個人，理由在於本文研究之議題為以仇恨性言論概念限縮解釋公然侮辱罪之合憲性，著眼於公然侮辱罪係保護個人名譽法益之罪，侮辱言論之對象必須為可得特定之單複數個人，不得為不特定之群體，故在此基於合研究目的之考量，將仇恨性「言論」之定義限於針對可得特定之個人而發表之言論。

二、「侵犯性」要素

其次是「侵犯性」要素，本要素旨在關注仇恨性言論對於其指涉對象發生何等侵害效果，而在此本文亦基於研究目的考量，對於所謂仇恨性言論之侵害性，僅觀察仇恨性言論可能侵害被指涉個人之「何等法律上權利或利益⁴⁰¹」，而不包括仇恨性言論對於指涉對象群體或整體社會之不利影響⁴⁰²。依本文考察相關文獻之結果顯示，針對可得特定個人之族群特徵加以評價，對於該被指涉個人法律上權利或利益之侵害效果，主要展現在「心理與生理健康」損害之層面⁴⁰³，文獻指出

³⁹⁸ 舉例參考自: Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003).

³⁹⁹ 廖元豪，同註 396，頁 8。

⁴⁰⁰ 舉例參考: Richard Delgado and Jean Stefancic, Words That Wound: The Harms of Hate Speech, in UNDERSTANDING WORDS THAT WOUND, Avalon Publishing, 12 (2004).

⁴⁰¹ 侵犯性宜理解為侵害權利或利益，方為具備法學意義之定義，請參考:翁乙仙，同註 394，頁 13。

⁴⁰² 例如:促使目標族群的成員以物理暴力的方式來反擊他人(甚至協助加害其所屬目標族群成員)、加深社會對於目標族群之排斥作用等，詳請參考:石金堯，40-45。廖元豪，同註 393，頁 7。

⁴⁰³ 仇恨性言論對於被指涉對象個人之其他不利影響，可參考: Richard Delgado and Jean Stefancic, *supra* note 400, at 15-16. 該文獻於「仇恨性言論對個人之損害(individual harms of hate speech)」節次提及，種族仇恨性言論可能對被害族群之經濟層面與將來職涯發展機會產生不利影響，其引據實驗研究表明:少數族裔人士(minority)在白人佔多數且充斥種族歧視色彩(racially charged)之大學環境，因為來自種族主義之心理壓力，其獲得之成績普遍較低。論者認為此項不利影響亦同樣發生在就業與其他環境，造成屬於少數族裔之個人工作表現不佳；此外，封閉職涯發展機會則是，少

(種族)仇恨性言論經科學實證對於個人之立即(immediate)生理傷害包括:1.呼吸急促、頭痛頭暈、血壓升高⁴⁰⁴、2.罹患高血壓疾病(hypertensive disease)與中風(stroke)機率提高等⁴⁰⁵；心理傷害則包括:1.恐懼、惡夢、自卑感纏身、2.有別於其他侮辱(other insults)造成之高度精神情感痛苦，導致罹患心理與精神疾病之機率提高、發展酒精與藥物濫用傾向、3.自我否定與憎恨情緒導致其過度敏感，與一般人接觸前即預先感到痛苦等⁴⁰⁶。

三、「身分」要素

最後是「身分」要素，本要素係用以界定被指涉個人(被害者)所應具備之族群特徵，此項特徵同時也是表意人給予貶辱(degrade)評價之標的。承續前述侵害性所謂仇恨性言論具有對個人身心健康造成危害之特性，在此必須要求該被指涉個人(被害者)所具備之族群特徵有「敏感性」，亦即在所處社會環境，相對於其他群體，攻擊此類群體共通特徵將造成較高度之生心理健康損害。造成此損害效果差異現象之成因，應係出於該社會擁有對該族群歧視或壓迫之歷史背景⁴⁰⁷(例如：奴隸制度、殖民、經濟上壓迫，或者長期偏見、敵意與刻板印象⁴⁰⁸)，另外該族群特徵非個人行為選擇所造成且無法改變⁴⁰⁹，或者該族群特徵於社會中明顯可識別等因素綜合影響⁴¹⁰，進一步使得貶辱個人族群特徵之評價更易於烙印在被害者心中，造成被害者高度心理與精神痛苦，甚至惡化成疾。基此「敏感性」補充標準，可排除當前尚無科學實證證明有高度生心理傷害之族群特徵貶辱言論，例如：拳擊

數族裔青年為免於沉浸在種族偏見之工作環境，多傾向選擇公立學校教師、郵局、軍隊等偏見較少行業，而非商業、會計與新聞業。

⁴⁰⁴ 研究顯示成因與遺傳性因素無關，而是抑制憤怒造成。參考：RICHARD DELGADO, WORDS THAT WOUND: A TORT ACTION FOR RACIAL INSULTS, EPITHETS, AND NAME-CALLING, 17 Harv. C.R.-C.L. L. Rev.133, 139. (1982)

⁴⁰⁵ Richard Delgado and Jean Stefancic, *supra* note 400, at 13-15.

⁴⁰⁶ Richard Delgado, *supra* note 404, at 137-143. Richard Delgado and Jean Stefancic, *supra* note 400, at 14-15. 後者文獻第 17-18 頁，並指出，社會科學家已然研究指出仇恨犯罪對於被害者造成之後遺症(自信心與安全感崩潰)，相比於相同行為但缺乏外顯之仇恨動機之犯罪，創傷時間持續更久，此項觀察亦同樣適用於仇恨性言論。

⁴⁰⁷ Richard Delgado, *supra* note 404, at 157.

⁴⁰⁸ 吳典倫，同註 395，頁 15。

⁴⁰⁹ 參考 Richard Delgado, *supra* note 404, at 136.該文獻指出，種族汙名化之言語相較於對其他特徵帶有刻板印象之言論，所造成之心理傷害程度更嚴重，因為種族特徵不是如酗酒或賣淫一樣自行造成的(self-induced)，且與貧窮不同，具有不能改變(nor alterable)之特性。

⁴¹⁰ 吳典倫，同註 395，頁 16。

或棒球比賽時參賽選手/隊伍的支持者互相叫陣辱罵、在美國社會中黑人辱罵白人「白鬼(honkey)」之言論等，皆應排除於仇恨性言論定義之外。

至於在我國本土對於此身分性(對象族群特徵)應如何界定？本文認為，目前可初步將長期受本土社會環境壓迫與歧視程度較嚴重之「原住民」、「(東南亞)新移民」，以及「同性戀者」列入上開身分性清單⁴¹¹，並持續倚賴更多科學實證研究逐步充實與調整此清單內容。在此本文必須特別強調，此等實證研究絕非「做不出來」，近期即有我國學者研究指明對於同性戀者發表歧視與攻擊言論，將造成心理健康威脅、同性戀者相比於異性戀同儕有較高之憂鬱與自殺比率⁴¹²，以及指出社會排除經驗對於同性戀者心理健康之不良影響之詳細實證研究⁴¹³。

四、小結:本文定義之仇恨性言論概念

綜上所述，為配合本文欲嘗試以仇恨性言論概念限縮公然侮辱罪之研究取向，茲將本文所稱之仇恨性言論定義為:針對他人特定族群身分特徵(原住民之種族特徵、東南亞新移民之原國籍與種族特徵⁴¹⁴、同性戀之性傾向特徵)加以評價，而有造成該他人身心健康高度危害可能性之表意行為。

貳、以仇恨性言論限縮解釋本罪之實益與質疑澄清

⁴¹¹ 將二項族群特徵列入仇恨性言論之身分要素，為我國本土仇恨性言論管制之研究者所共同肯認。請參考:廖元豪，仇恨言論管制、族群平等法，與反歧視法，台灣法學雜誌第127期，頁9-10，2009年5月。許凱翔，同註386，頁28。曾至楷，同註389，頁234。上開文獻針對此三項族群長期受壓迫歧視之狀況亦多有詳盡之描述，本文不擬在此作重複著墨。

⁴¹² 請參考:劉安真，同志在臺灣社會的次等公民處境與心理健康，婦研縱橫第99期，頁6-10，2013年10月。茲摘要幾處文獻敘述供參考:「同志在日常生活中必須處理因同志身份而來的諸多生活事件，這樣的生存脈絡對同志的心理健康是很大的威脅，這也是同志族群比起異性戀者有更高比例的心理困擾與精神疾病的原因，因為大多數的心理困擾與精神疾病和壓力高度相關。」;「如果社會允許針對特定族群發表歧視與攻擊的言論，讓此族群長期處於敵意與不友善的環境中，將嚴重影響此族群的心理健康。同志就是在這樣的社會脈絡下長大的，而且終其一生都需與不友善的環境對抗。在臺灣長大的人，應該都聽過身旁的人，包括家人、老師、同學、朋友、公眾人物(例如:某立委曾說同志不能下蛋)，甚至是路人甲，用貶抑與歧視性的語言來談論同志，這樣的成長脈絡造成了某些同志內化的同性戀恐懼(害怕與討厭自己是同志)，也讓許多異性戀者把歧視與攻擊同志視為是正當的。許多青少年同志都曾在求學階段被同學霸凌，也聽過老師在課堂上任意發表歧視同志的言論。這樣的成長脈絡，對同志青少年的心理健康造成威脅，也讓同志青少年比異性戀同儕有更高比例的憂鬱與自殺。」。

⁴¹³ 鍾道詮、李大鵬，社會排除經驗對男同志心理健康的影響，中華心理衛生學刊第30卷第1期，頁37-68，2017年3月。

⁴¹⁴ 此所謂種族特徵主要係指馬來人種。請參考我國原住民族委員會網頁之說明，網址如下:<https://www.cip.gov.tw/portal/docList.html?CID=49744114ECE41D1F> (最後瀏覽日:2021年3月17日)。

一、採取此項限縮解釋對於本罪違憲審查之助益

依本文之見，以仇恨性言論概念解釋本罪，對於協助本罪通過違憲審查，可提供兩種助益，第一，透過宣示本罪僅處罰經科學實證，有造成個人心理傷害高度可能性之仇恨性言論，而不及於管制單純造成個人心情不愉快之負面評價言論，一方面**確立本罪保護利益內涵之重要性**，符合法益適格性標準；另一方面，因為此等仇恨性言論之價值極低，故在目的手段之衡平性審查階層，**不至於因為本罪手段對基本權(尤其指言論自由)之負面效果/成本過高，而難以通過審查。**

詳言之，在本罪目的正當性審查部分，吾人得以主張：本罪保護之利益內涵重要性在於1)確保具備敏感性族群特徵之個人在生活中無須承受仇恨性言論造成的心理傷害，使個人不再需要刻意隱藏自己族群特徵(尤其同性戀者)強迫融入主流族群乞求不受攻擊，故能更積極地自我實現、發揚其所屬族群之多元文化(憲法增修條文第10條第11項意旨參照)。2)防免心理傷害對於個人其他基本權(主要為：工作權與受教育權)衍生之負面影響。亦即誠如學者Lawrence所指出，美國聯邦最高法院Brown v. Board of Education判例之所以宣告(校園)種族隔離制度違憲⁴¹⁵，並不只是出於教學資源分配不均等，亦包括種族隔離制度傳達出黑人學童不配與白人學童共同學習、黑人為低劣人種的訊息，此項訊息深深烙印(badge)在黑人身上，對其造成心理傷害、降低學習慾望，在如此氛圍下黑人無法享有平等的受教育權利⁴¹⁶，仇恨性言論也散布出同樣的隔離訊息，對被害人造成心理傷害與負擔，在隨時可能遭受種族侮辱言論的場合，被害人之學業表現與工作業績皆受到嚴重影響⁴¹⁷。因此管制仇恨性言論同時亦有促進其他基本權實現之效果。

透過此二點利益內涵之說明，應可符合刑法法益適格之積極要求，即基於刑法作為最後手段保護個人自由和平生活從而充分實現各該基本權利之任務取向，

⁴¹⁵ Brown v. Board of Education 347 U.S. 483, 494-495.

⁴¹⁶ Charles R. Lawrence III, *supra* note 397, at 59-60.

⁴¹⁷ Charles R. Lawrence III, *supra* note 397, at 75-76.

該等個人利益或制度目的必須是個人自由發展與基本權實現所不可或缺⁴¹⁸。故有助於本罪通過目的正當性審查。

此外，於目的與手段衡平性之審查階層，評估本罪對於言論自由干預負面效果之份量時，藉由將本罪所管制之言論僅鎖定於針對他人敏感性族群特徵給予負面評價之類型，吾人更得以系爭言論之價值極低為由，主張言論自由基本權受限制之負面效果不應高估。詳言之，如前節次所述，我國釋憲實務就言論價值高低之評判，參照前述釋字第 414 號解釋與第 794 號解釋，似傾向以言論是否攸關「公意形成、真理發現或信仰表達」為評判標準。以此標準檢驗仇恨性言論，若所謂信仰表達係指個人透過充份表達自身觀點以追求自我實現，仇恨性言論因為涉及個人認為某人具備特定族群特徵相當低劣之個人確信表達，固然可肯認具備表現自我之功能⁴¹⁹。然而就真理發現方面，仇恨性言論並非如事實陳述，必須給予行為人誤會事實之喘息空間，藉以追求發現真實之最終目的。反而仇恨性言論係透過貶辱人之族群特徵加以表達，似與真理發現無關，縱使有關，亦誠如美國學者 Lawrence 所質疑，預留種族歧視之言論於言論市場，並假定其可能正確，未見對於發現真理有何積極作用⁴²⁰。在公意形成方面，系爭言論恐怕亦較缺乏此項功能，因其主要係對人之族群特徵發表評價，並非就具體事實加以評論，且被害者受限於該言論之生心理傷害效果與畏懼發生更多衝突⁴²¹，難以期待該內容訴諸公共辯論時充分加以回應，故可認為對公共意見形成之幫助有限。故經由上述分析，以及參考我國學理上多將仇恨性言論歸類為低價值言論⁴²²，甚至美國法上另有主張

⁴¹⁸ 許恒達，同註 165，頁 29。Claus Roxin(著)；許絲捷(譯)，同註 303，頁 262-263。

⁴¹⁹ 甚至，有論者指出仇恨性言論之發言者本身也深受其害，偏執狹隘的思維將妨害發言者發展出普世的道德意識(universal moral sense)，也錯失了學習人生中最有用的一課：其他種族和類型的人和發言者所屬族群的人們一樣，有好人亦有壞人。Richard Delgado & Jean Stefancic, *supra* note 400, at 16.

⁴²⁰ Charles R. Lawrence III, *supra* note 397, at 75. 此見解亦呼應聯合國《消除一切形式種族歧視國際公約》所謂：「深信任何基於種族差別之種族優越學說，在科學上均屬錯誤，在道德上應予譴責，在社會上均屬失平而招險，無論何地，理論上或實踐上之種族歧視均無可辯解，」。

⁴²¹ Charles R. Lawrence III, *supra* note 397, at 68-70.

⁴²² 湯德宗，同註 291，頁 318、322。林子儀，同註 340，頁 15。

仇恨性言論是不受憲法言論自由保護之言論⁴²³。即得以此為由主張本罪對言論自由基本權限制之負面效果不應被高估。有利於通過本罪衡平性審查。

採取仇恨性言論限縮解釋本罪，對於本罪通過違憲審查之第二種助益則在於，因為本文所界定之仇恨性言論，嚴格要求必須係經科學實證有造成該具備敏感性族群特徵個人身心理健康傷害之高度可能性。故有助於緩解本罪設計為抽象危險犯，可能造成處罰範圍不當擴張之疑慮，避免不同承審法官對於何種言論有造成他人身心健康危險產生判斷歧異，進而使本罪衍生出構成要件涵蓋過廣(over-inclusive；處罰範圍不當及於無此危險之言論)或者有損法律明確性(受規範之人民無法預見何等言論有此危險，為本罪所管制；司法者凌駕立法者意志，自行決定成罪界線)之違憲疑慮。同時，將某項族群特徵移除或列入敏感性族群清單雖然須有科學實證研究為憑據，但並非不得變更，如此亦可兼顧本罪使用上之彈性，避免本罪規範對象涵蓋不足(under-inclusive)⁴²⁴，對名譽法益保護不周。

二、採取此項限縮解釋可能引致之質疑與本文回應

或有論者質疑，以仇恨性言論概念限縮解釋本罪，將使得本罪僅挑選出針對部分族群特徵貶辱之仇恨性言論進行限制，而未及於針對族群身分清單以外特徵之貶辱言論。故雖本罪係對低價值言論之限制，但已構成美國 *R.A.V v. City of St. Paul* 案所謂內容歧視(content discrimination)，必須採嚴格審查標準，亦即必須要求本罪之目的係為追求極重要之政府利益(compelling state interests)，且目的與手段間應具備合理必要關聯(reasonably necessary)⁴²⁵。如此審查標準之提高，反倒不利於本罪通過違憲審查。

⁴²³ 美國法上有學者主張，(種族)仇恨性言論應列入不受憲法保護言論之清單內，允許政府直接管制(包括刑罰)，但應限於該言論 1.含有某種族低劣的訊息(The message is of racial inferiority)；2.針對歷史上受壓迫群體(The message is directed against a historically oppressed group)；3.具有迫害、仇恨、貶辱意味(The message is persecutory, hateful, and degrading)，請參考：Mari J. Matsuda, Public Response to Racist Speech Considering The Victim's Story, in *Word That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, And The First Amendment* 17, 36 (1993)。中文說明可參考：廖元豪，*Virginia v. Black* 與種族仇恨言論之管制：批判種族論的評論觀點，頁 140-141，收錄於美國最高法院重要判決之研究：二〇〇〇~二〇〇三，2007 年。

⁴²⁴ 關於違憲審查上涵蓋過廣與涵蓋不足之說明，僅參考：湯德宗，同註 332，頁 616-617。

⁴²⁵ *R.A.V v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 396-397 (1992)。

本文認為，上述質疑當然有其比較法上之根據與道理，然而本文基於 1) 仇恨性言論帶給個人之危害難以期待透過言論自由市場「更多的言論」自然解決，以及 2) 縱使適用此美國實務觀點，本罪之規制對象亦符合其不得內容歧視之例外，即內容歧視的基礎完全是該類型言論可受禁止的原因(可以挑出不受保護言論中最典型或最嚴重者加以限制)⁴²⁶，認為無須調升審查標準。

詳言之，美國聯邦最高法院於上述 *R.A.V. v. City of St. Paul* 案之審查標的係 St. Paul 市的偏見動機犯罪條例，該條例禁止行為人明知或可得而知放置足以引起他人基於種族、膚色、性別、教義、宗教之憤怒、驚恐或怨恨的物品，包括但不限於燃燒的十字架、納粹黨徽⁴²⁷。該案法院判決(Scalia 大法官主筆)認為，系爭條例限制的言論類型固屬美國法上不受言論自由保障之挑釁性言論，但政府措施縱使限制不受言論自由保障之言論類型，亦不得基於對言論傳達訊息的偏好或敵意，為更進一步的內容歧視(content discrimination)，其理由在於避免政府隨意將某些思想或觀點趕出言論自由市場⁴²⁸。而此項內容歧視禁止並非毫無例外受允許之可能，第一類例外是，內容歧視的基礎完全是該類型言論可受禁止的原因，亦即可以挑出不受保護言論中最典型或最嚴重者加以限制，例如美國法上猥褻性(obscenity)言論係不受言論自由保障之言論類型，政府可就最淫穢(the most lascivious)的性活動表現加以管制，但不得僅禁止含有冒犯性政治訊息的猥褻性言論⁴²⁹。第二類例外是，法律規定禁止特定行為的效果，間接擴及到該言論類型，例如法規禁止職場上所有性別歧視行為，其禁止效果間接及於發表性別歧視挑釁

⁴²⁶ 原文: “When the basis for the content discrimination consists entirely of the very reason the entire class of speech at issue is proscribable, no significant danger of idea or viewpoint discrimination exists. Such a reason, having been adjudged neutral enough to support exclusion of the entire class of speech from First Amendment protection, is also neutral enough to form the basis of distinction within the class. To illustrate: A State might choose to prohibit only that obscenity which is the most patently offensive in its prurience—i.e., that which involves the most lascivious displays of sexual activity. But it may not prohibit, for example, only that obscenity which includes offensive political messages.” *Id.* at 389.

⁴²⁷ St. Paul 市的偏見動機犯罪條例(The St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance)原文: “Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor.” *Id.* at 380.

⁴²⁸ *Id.* at 387-388.

⁴²⁹ *Id.* at 388-389.

性言論⁴³⁰。不符合此二例外之觀點歧視，即應受嚴格審查(strict scrutiny)標準之檢驗⁴³¹。因系爭條例僅禁止對種族、膚色、性別、宗教信仰之挑釁性言論，但卻未禁止對政治、性傾向等所為之挑釁性言論⁴³²，故該條例顯然偏袒特定言論立場，表面上違憲，應受嚴格審查。

然而本文並不贊同國家基於觀念自由市場理論，應對所有言論內容保持中立⁴³³，若有內容歧視即應調高違憲審查標準之看法。誠如美國學者 Jeremy Waldron 所質疑，經濟學上之自由市場概念固然可能有效率提高總體社會福利，然而不能確保分配正義(distributive justice)，言論自由市場假設市場長期運作下必然能更有助於「真理」與「真實」發現，與其說是經濟學的類比，不如說是迷信(superstition)，既然國家追求的目的不只是公益最大化，而必須同樣顧及部分人民之權益，在市場機制運作減損分配正義時，政府應可介入管制，如同當今美國政府管制兒童色情言論出現在言論市場一般，故著眼於仇恨性言論帶來的個人與社會實害，政府應可介入管制，似無須堅守「內容中立」的原則⁴³⁴。

另外縱使採取上述美國實務見解，因本罪管制言論之原因在於避免被評價者生心理健康之損害，而本罪挑出社會中歷來受壓迫情況最嚴重之族群列入身分清

⁴³⁰ *Id.* at 390-391.

⁴³¹ *Id.* at 404-405.

⁴³² *Id.* at 392.

⁴³³ 觀念自由市場理論內涵之代表性說明，請參考：*Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 631 (1919) (Holmes, J., dissenting). 該意見書表明了檢驗某種想法是否為真理的最好方式，就是讓想法在市場中經過競爭而被接受(But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.)。並可參考：*Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 378 (1927). 表明了若欲治療言論所造成實害的最佳方法，應該用更多的言論而非強制的沉默(Those who won our independence by revolution were not cowards. They did not fear political change. They did not exalt order at the cost of liberty. To courageous, self-reliant men, with confidence in the power of free and fearless reasoning applied through the processes of popular government, no danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence.)。至於觀念自由市場(marketplace of ideas)理論名稱之提出，林子儀教授指出係源於，*Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301, 309. (1965). 請參考，林子儀，同註 340，頁 123。

⁴³⁴ Jeremy Waldron, *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*, 123 HARV.L.REV. 1596, 1638-1639 (2010). Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, 155-156 (2012).

單，乃預期其受生心理健康損害之可能性較諸對其他族群身分特徵之貶辱更高，故符合上述內容歧視之第一類例外。綜上所述，單就言論自由之限制，審查標準仍然以採取中度為宜，並無使本罪違憲審查標準調升至嚴格審查之隱憂。

第三項 以仇恨性言論概念限縮解釋本罪之嘗試

回顧本章前揭各條目之論述，本文透過名譽資訊概念，重新說明了公然侮辱罪(下稱本罪)所保護之名譽法益內涵為與個人名譽資訊相連動之生活利益，而此生活利益因為立法設計上已將本罪規範對象鎖定為不涉及事實陳述之意見表達，故所涵蓋的種類不如誹謗罪保護之名譽法益面向多元(廣及於財產權、工作權、身體健康權，甚至生命權)，反而本罪僅主要涉及個人生心理健康利益之維護。而在本罪解釋上，為落實憲法對於言論自由與名譽權兩者相衝突之基本權，一方面不得對言論自由限制過度，另一方面不得對名譽權保護不足之雙重誡命，必須運用實際調和原則(*praktische Konkordanz*)，在兩者間劃定界線，盡可能使兩者基本權獲得最大實現⁴³⁵，基此，本文指出較合適之界線劃定為：將本罪處罰範圍限於經科學實證有造成個人身心健康損害危險性之言論類型，根據目前之研究，可符合此定義之典型言論當係仇恨性言論。又此項限縮解釋經本文前條目驗證，屬於可行之合憲性解釋路徑，有助於使本罪免於違憲宣告。

接續上述分析結論，本條目擬進一步將仇恨性言論概念，灌注至本罪構成要件之解釋，嘗試提出本文對於本罪構成要件如何釋義、刑法第 311 條阻卻違法事由應如何配合適用之建議，並且選錄數則實務案例與自製案例，呈現此標準於個案中應如何操作之演示參考。以下，依序就本罪客觀構成要件(侮辱行為、公然性)、主觀構成要件(侮辱故意)、加重構成要件(強暴)、阻卻違法事由(刑法第 311 條各款)逐一說明：

壹、客觀構成要件

一、侮辱行為

⁴³⁵ Konrad Hesse(著)；李輝(譯)，聯邦德國憲法綱要，頁 49-50，2007 年 12 月。許澤天，同註 166，頁 291。

(一) 言論內容具備貶辱他人敏感性族群特徵之意涵

依本文見解，本罪旨在保護個人免於負面評價資訊對其生心理健康產生危害，故所謂侮辱行為即必須充分具備此項危險性。而如同本章第參節所呈現，美國批判種族理論學者已援引實證研究指出對於有色族裔之種族特徵加以貶辱之仇恨性言論，有造成被害者生心理健康受損之危害。而此等負面評價之所以有此「威力」，其成因可推測係該社會具有對該族群歧視或壓迫之歷史背景、該族群特徵非屬個人行為選擇且無法改變等因素共同造成。而依本文研究，我國本土目前雖然實證研究僅指出，對同性戀者發表歧視言論有造成心理健康威脅之研究，其研究族群未及於原住民與東南亞新移民，然而基於原住民族與東南亞新移民亦為受我國本土壓迫較深之族群，且該族群特徵亦非屬個人行為選擇且無法改變，充分具備生心理傷害之成因，故亦可一併先納入敏感性族群清單。

在此觀點下，侮辱言論所負面評價之標的應限於他人「敏感性族群特徵」，而依本文見解，現階段可初步限縮於原住民、東南亞新移民與同性戀性傾向三種族群特徵。相對而言，若負面評價標的僅涉及個人之行為、職業能力、智力、道德操守、體態樣貌等非屬上述敏感性族群特徵之項目，皆不構成侮辱行為。至於如何認定某項言論為「貶辱」，本文認為必須客觀解讀該言論是否已然顯示出上述族群特徵低劣的意味，尚不可一概而論。

(二) 言論類型須為不涉及事實指摘之意見表達

如本文第三章第參節所詳盡分析，我國妨害名譽罪章區分侮辱與誹謗之正當性基礎在於：1)事實陳述與意見表達對於名譽法益之侵害態樣不同：事實陳述所損及之個人生活利益種類較為廣泛，可能涉及極端嚴重之利益侵害(例如於專制集權國家，某官員 A 之政敵 B 若散布有關 A 正在為明年興起兵變奪取政權作準備之虛偽事實，可能致使國家元首派遣特務將 A 暗殺或羅織罪名使 A 入獄)，且於名譽資訊更正前有持續擴大損害之特性(例如：客戶 C 散布有關麵包店老闆兼師傅 D 使用過期原料製造麵包銷售給民眾之虛偽事實，在此項虛偽消息被更正之前，可合理預期該麵包店之財產損害持續增加)。2)相較於事實陳述，意見表達因為涉及

個人思想或對事物看法的表達，與個人人格發展關係更密切，故德國實務、美國實務，以及我國憲法學說皆共識性認為意見表達受憲法言論自由之保障程度優於事實陳述。上述兩點考慮，反應至現行妨害名譽法制，即呈現出誹謗罪之最高法定刑高於公然侮辱罪之現象。

在上述立法設計具備相當程度合理性，尚可支持之情況下，為求公然侮辱罪與誹謗罪兩規範間之妥適分工，本罪所謂侮辱行為，應限於不涉及事實指摘之意見表達言論類型。而區分事實陳述與意見表達之判斷標準，參酌美國 *Ollman v. Evans* 案提出之見解，應綜合斟酌該表述之一般正常用法、表述時之情境或前後文脈絡、表述時之客觀社會狀態，以及該表述是否可被證實真偽，依一般言論受領人之立場客觀判斷該表述係在表達行為人對於事物的看法與價值取捨(意見表達)，或者係在陳述一項具體的過程事態(事實陳述)。不可否認，此項標準當然不是絕對明確，故本文亦建議，無須僵硬地將判斷對象鎖定在行為人整體言論，而是容許對整體言論進行切割，將近似意見表達者歸公然侮辱罪處理，事實陳述者歸誹謗罪處理，以緩和區分難題。此外，若訴訟中窮盡一切證據調查方法仍難以判斷該言論之類型歸屬，則本於有疑惟利被告之刑事法原則，將之解為意見表達，適用公然侮辱罪。

二、公然性

本文於第二章第貳節曾說明，我國實務及學說皆認為所謂公然係指不特定人或多數人得以共見共聞之狀態，僅對於多數人之人數門檻有所爭議而已。在此，本文認為欲釐清公然性要件如何解釋，必先探求此要件之設計目的，尤其若將本要件定性為構成要件要素，更須說明本要件與本罪法益侵害間有何關聯性。依本文推測，此要件之設計目的有二：第一，避免減損本罪刑罰之一般預防效用，亦即公然情狀具備相當程度之空間開放性(容易發覺)與在場人員較多(易被告發)之特性，犯罪事實遭偵查機關發見之機率即有所提升，得以充分使潛在之行為人有所顧忌，使本罪不至於與舊法通姦罪一般，因為實施行為多在私密處所故減損一般預防嚇阻效用。第二，侮辱行為於公然情狀為之，對於被害者生心理健康之危害

程度更大，除因生活經驗上可以想見眾目睽睽下遭人發表負面評價相對於私下單獨被批評心理上更加難堪之外，亦因仇恨性言論如同頭狼之狼嚎，發表於公然場合有可能吸引更多該族群之歧視者群起而攻、一呼百應⁴³⁶，縱使客觀上該場合無其他歧視者，亦加深了被害者對此現象之恐懼與心理傷害程度。

自此規範理由出發，本文認為，實體空間之公然性必須至少要求有不特定少數人或特定多數人在場，可得共見共聞之狀態，若僅行為人與被害者兩人在場(例如外門沒關之房內玄關區域)，不宜單憑有不特定人進入空間共見共聞之可能性即肯定滿足本要件，以滿足立法上劃定名譽法益危險性之最低限度⁴³⁷。至於網路虛擬空間，除已設下瀏覽限制之空間須判斷可瀏覽人數是否為多數人之外，其餘在公開瀏覽空間發表之侮辱言論，可直接認定符合公然性。又就多數人之解釋，本文認為不宜認為行為人以外特定二人在場之情狀即屬公然，因為基於緩和本罪抽象危險犯解釋上恐過度入罪之缺陷，僅三人在場實難顯示出名譽法益已陷於高度危險性，故宜採取釋字第 145 號解釋陳世榮大法官不同意見書之嚴格認定見解，解為「人數眾多，非經相當時間之分辨，難以計數者」始為多數人。

貳、主觀構成要件:侮辱故意

如本文第二章第貳節所呈現，文獻上對於侮辱故意之解釋爭議集中於，侮辱故意是否僅以行為人對客觀構成要件有所認知與意欲實現即足？或者尚須要求行為人具備貶損他人名譽之內在意向始該當侮辱故意？又或應額外開設特殊主觀意圖要件，進而排除所謂戲謔行為成罪？

⁴³⁶ 此發想係參考學者 Jeremy Waldron 探討仇恨性言論對於公共利益之破壞性時所提及，仇恨性言論之公開發表如同狼群在和平有序社會中相互呼喚同類，足以向歧視者之其他潛在同類表明他的歧視或偏見並不孤單，建構出一種敵對於文明有序社會之反對力量。該段落原文為：「Hate speech does not just seek to undermine the public good of implicit assurance. It also seeks to establish a rival public good as the wolves call to one another across the peace of a decent society. The publication of hate speech, the appearance of these symbols and scrawls in places for all to see, is a way of providing a focal point for the proliferation and coordination of the attitudes that these actions express, a public manifestation of hatred by some people to indicate to others that they are not alone in their racism or bigotry. Frank Collin, the leader of the Nazis who sought to march through Skokie, said, “We want to reach the good people--get the fierce anti-Semites who have to live among the Jews to come out of the woodwork and stand up for themselves.”」，Jeremy Waldron, *supra* note 434, at 1632.

⁴³⁷ 此處見解同於，陳子平，同註 15，頁 325。

首先，部分實務見解將侮辱故意內涵擴張理解至貶損他人名譽之內在意向，進而認定個案中單純「情緒宣洩」、「表達強烈反對意見」或「對告訴人所做之事發表負面評價看法」等欠缺妨害他人名譽意向之粗俗用語罵人不具備侮辱故意，本文認為此項擴張解釋固然隱含追求個案正義之良苦用心，但構成要件故意依刑法第 13 條，乃指對於構成要件事實明知並有意使其發生(直接故意)，或者預見構成要件事實之發生而不違反其本意(間接故意)，亦即僅審查行為人對於客觀構成要件事實是否有所認知，以及是否意欲其實現，並不包括行為是否出於侵害法益之目的而為之。以本罪而言，行為人對於公然情狀與其言論足以造成他人名譽法益危害有所認識，並決意於公然情狀發表言論，即滿足構成要件故意之要求，縱使其發言主要目的是對於他人行為不滿而批評，亦充其量僅涉及得否以刑法第 311 條第 3 款阻卻違法之問題，與構成要件故意之判斷無涉。

其次，部分見解可能體察到擴張構成要件故意內涵論理上不合宜之處，轉而主張於本罪另行設置特殊主觀構成要件，排除不具有侵害他人名譽法益內意思的言論成罪，例如親密友人間之戲謔行為。然而，本文認為，承認特殊主觀構成要件(例如意圖要件)乃屬立法上之特殊例外規定，既然本罪形式上並非如誹謗罪或竊盜罪等明確標明意圖要件，則不宜擅自變更立法原意，新增構成要件；此外實質而論，判斷滿足侮辱行為與侮辱故意要件，似已足表明行為人對於危害名譽法益之意志，在此並無如強制猥褻罪有額外檢驗強制行為係出於性意圖或者傷害等意圖以區別論罪的必要；亦無如竊盜罪有排除使用竊盜成罪之特殊考量。又本罪處罰根據重在行為人之言論危害被害者之名譽法益，而非禁止行為人透過外在行為顯露出侵害名譽法益之意圖，故縱使是基於戲謔開玩笑目的而發言，若已對他人產生名譽法益之危害，即應為此法益危害結果負責⁴³⁸，至多僅係在量刑時依第 57 條第 1 款加以斟酌而已⁴³⁹。

⁴³⁸ 不同見解，林慈偉，同註 55，頁 232-233。

⁴³⁹ 類似見解，臺灣高等法院 103 年度上易字第 40 號判決。

是以，依本文見解，本罪之主觀構成要件僅包括侮辱故意，其內涵應係審查，行為人是否對於公然情狀及其言論足以造成他人名譽法益危害有所認識，並決意於該公然情狀發表該項言論。至於發言目的則與主觀構成要件該當性之判斷無關。

參、加重構成要件:強暴

公然侮辱若係以強暴方法作為表達手段，規範面上應適用刑法第 309 條第 2 項加重處罰。文獻上對於本要件之解釋，有共識之處在於肯認強暴係指施加有形物理力之行為，但是對於該物理力是否須直接或間接作用於被害者之身體，則存有爭執。

依本文解讀，此項加重要件之設計，已充分顯示出立法者認定強暴方法相對於單純口頭或文字等緩和之言論表達形式，對於名譽法益之不法侵害程度更強烈，其背後之理由，若結合仇恨性言論概念加以探求，應係施加有形物理力相對於典型口頭表達，能使被害人最大程度實際感受到加害者迫近之歧視惡意，進而加深心理傷害程度；同時，以言語或圖示表達貶辱之意思，被害者尚可掩目撓耳降低名譽法益侵害程度，然而以有形物理力遂行侮辱，將使得被害人完全無從躲避，被迫接收全部訊息，對名譽法益之危害程度更高。據此觀點，本文認為強暴所作用之對象固不限於被害人之身體，尚可包括被害人貼身鄰近之物(如身著之衣服、手拿之提包遭擲地踐踏)，但若被害人之物品與其人身相距過遠(如人在教室，其停放於停車場之機車遭噴漆寫字)，則因為欠缺上述實際感受迫近歧視惡意、對該資訊內容避無可避之特殊考量，故施加有形力於此等物品，宜認為不構成強暴。

肆、阻卻違法事由:刑法第 311 條各款

承接本文於第三章第肆節所示，公然侮辱行為理論上亦應有刑法第 311 條各款適用之分析結論，在此進一步處理限縮解釋公然侮辱罪構成要件後，本條款應作如何闡釋，以及如何與本罪配合適用之問題。

一、主觀阻卻違法要素：善意發表言論

首先，如本文第二章第參節所呈現，針對各條款共通要件「善意」之解釋，文獻上有認為係指行為人發表言論之「動機」，非專以損害他人名譽為唯一目的(以

下簡稱:發言動機說)⁴⁴⁰；亦有認為應與民法上之善意作相同解釋，指行為人「不知」其所發表之言論為不實(以下簡稱:認知說)；另有認為本要件無特殊意義，宜作贅文解(以下簡稱:贅文說)⁴⁴¹。對於上述三種闡釋路徑，本文認為採取發言動機說較為合宜，理由在於：

認知說，將本條之適用對象限於不實之事實陳述類型，而妨害名譽言論中無真偽之分的意見表達則完全被排拒在外，此等狹窄化適用對象之見解，恐已不當減損本條承載的基本權衝突解決機能，尤其觀察本條客觀文義、探詢立法理由皆無法當然得出應限縮本條適用對象之結論，更重要的是，憲法言論自由對於意見表達之保護程度本不應低於事實陳述，因為相較於事實陳述，意見表達乃個人經由思考而提出之主觀價值判斷，其保障是否周全，與個人得否充分表現自我，進而發展人格並追求自我實現，有更密切之連動關係。是以，本文認為認知說過度限縮本條適用對象，忽略構成侮辱之意見表達亦有適用本條之需求，與本文肯定公然侮辱行為亦得適用本條款之立場不合，故不採此說見解⁴⁴²。

贅文說將善意要件之判斷完全吸納於評論適當性，除了解釋方法上極度不尊重現行立法安排，隨意架空法條要件之外，亦忽略了善意二字明顯是對於行為人主觀面之描述，而與客觀面評論是否適當並無必然關聯，亦即主觀要件之該當與否，固然須透過客觀事實加以掌握，但何以評論適當即足夠證成行為人發言出於

⁴⁴⁰ 另有實務判決對於本說之內涵有不同闡釋，但仍然認同善意要件是否該當，係以行為人發言動機為判斷依據，此等判決皆可歸類至本文所稱之發言動機說。對於善意要件，不同於上開正文之描述者，請參考：最高法院 96 年度台上字第 2193 號判決謂：「...所稱以善意發表言論，指行為人所以發表言論之動機目的，悉出諸於善意，而無毀損他人名譽之惡念者而言...」；或臺灣高等法院 108 年度上易字第 1223 號判決謂：「準此，在具體個案中，涉及公共利益之事務產生爭議，行為人依其主觀價值判斷而提出與個案事實有關連之意見或評論，且非以損害他人名譽為主要目的，縱使用語尖酸刻薄或稍嫌粗鄙，批評內容令被批評者感到不快或貶損其名譽，除已明顯逾越適當合理之界限，仍應認為不成立公然侮辱罪。反之，行為人所為侮辱性言論之個案情境如未涉及公共利益之事務，或已兼及私人恩怨所為之報復性言論，即難認非以損害他人名譽為主要目的，而無上開善意免責規定之適用。」。

⁴⁴¹ 最高法院近期有判決指出：「所謂『善意』與否，自非以被評論人名譽是否受損、評論人是否意在使被評論人名譽受損為判斷之依據，而仍應以其評論客觀上是否適當為準。如評論人本於就事論事原則，對被評論人之言行為適當合理之評論，即以所認為之事實為依據，加以論證是非，縱其意在使被評論人接受此負面評價，亦難認非屬善意發表言論。」將善意要件完全吸收於評論適當與否之判斷，形式上雖未點名善意為贅文，但其解釋操作手法實質上已支持贅文說。

⁴⁴² 相同結論，請參考：許澤天，同註 237，頁 26。許教授於該文獻明確指出：「刑法第 311 條的阻卻違法效力應係包含誹謗與侮辱兩者，如將善意解讀為排除明知誹謗內容不實，則無法依此規定排除未指摘或傳述具體事實的侮辱的違法性。」。

善意，論者應提出更多之說明。若依本文後述見解，「善意」乃指行為人對於成立本條各款之事由有所認識之阻卻違法主觀要素，評論「適當」則係針對系爭個案之公然侮辱言論之言論自由價值相較於其對於名譽法益危害之程度加以衡量(容於後述詳盡說明)，兩者間審酌之要素不同，並無言論「適當」即係出於「善意」之必然關係。

動機說，指出善意係用以審查行為人之發言目的，此部分除有美國法上合理評論原則抗辯之行使要件(作成評論之目的，不僅僅是為了對被批評者造成損害)為根據外⁴⁴³，亦符合善意屬於對行為主觀面之描述⁴⁴⁴，以及本條既然定性為阻卻違法事由，則必須要求行為人具備對於阻卻違法事由有所認識並出於實現各該條款利益之意思發言之主觀違法性要素⁴⁴⁵。就此而論，本文認為動機說之看法實甚妥當。

總而言之，依本文見解，本條所謂善意發表言論，係指行為人發言之目的除侵害他人名譽法益之外，尚具備認識並實現刑法第 311 條各款利益狀態之主觀阻卻違法要素⁴⁴⁶。

二、客觀阻卻違法要素

(一) 刑法第 311 條第 1 款事由

依本條第 1 款規定，「因自衛、自辯或保護合法之利益者」得阻卻違法。由本款規定可見立法者允許個人以言論侵害他人之名譽法益，而優先保護自身合法利益，毋庸受妨害名譽罪制裁。本條款之解釋爭議一言以蔽之，即與刑法第 23 條正當防衛要件之異同，尤其保護手段是否須遵守比例原則⁴⁴⁷，包括要求防衛手段適

⁴⁴³ 詳細介紹，請參考本文前述第二章，第三節，第三項之說明。

⁴⁴⁴ 甚至，對於刑法第 23 條(正當防衛)與本條第 1 款事由進行對比，可以見得，本條第 1 款之所以直接描述「因自衛...」之客觀事由，而未如第 23 條強調「...出於防衛...」，即係因為善意已充分描述了本條款之主觀要件，無待各款重複規定。

⁴⁴⁵ 關於阻卻違法事由之組成結構，參考：王皇玉，同註 11，頁 250-251。林鈺雄，同註 74，頁 229-232。

⁴⁴⁶ 類似見解(僅是否要求主觀阻卻違法要素知與欲皆須具備，此點與本文略有不同)，請參考：許澤天，同註 32，頁 283。許澤天，同註 237，頁 27。

⁴⁴⁷ 提及此議題之文獻，請參考，何建志，同註 135，頁 120-121。吳耀宗，同註 31，頁 59-60。許澤天，同註 237，頁 22-27。

足保護行為人之合法利益、係眾多相同有效手段中對個人名譽法益侵害較小者、手段所保護之利益價值與犧牲之名譽法益價值符合比例關係(相當性)。

自規範目的解釋切入，本條款旨在調和雙方當事人之基本權衝突，劃定刑法制裁之合理界線，故納入以比例原則確保個案言論不至於過度妨害他人名譽，避免國家消極不以刑法制裁該言論，在憲法視角上被評價為對人民名譽權保護不足違反保護義務，應屬合宜。但是，如此解釋恐有違反罪刑法定原則，任意擴張處罰範圍，並且違反合憲性解釋界線之疑慮。因為形式上，對照刑法第 23 條正當防衛與刑法第 24 條緊急避難設有過當之但書規定，然而卻未見於本條款；另對照刑法第 311 條第 3 款與第 4 款設有評論適當、載述適當性之要件，但同樣未見於本條款。由此似可推論立法者係有意不設置手段比例性之要求，此時司法解釋者即不得在悖離立法客觀文義的狀況下運用合憲性解釋，又縱使勉強認為此乃立法漏洞，亦因為此項類推適用將使得行為人易於成罪，屬於擴大處罰範圍之類型，如此恐有違罪刑法定原則。

據此，本文僅得抱持遺憾，不得不放棄文義範圍外之手段合比例要求(必要性與相當性)。另外，正當防衛條文中所示之侵害現在性、侵害不法性、防衛手段須作用在不法侵害者之要求，恐怕亦須基於受罪刑法定原則與合憲性解釋界線節制之理由加以放寬。推論至此，本文認為現行法文義架構下，**本條款至多僅要求行為人 1)合法利益面臨侵害(侵害性)，而 2)此侵害尚得以保護行為加以排除(手段適合性)**，其餘正當防衛所要求之客觀防衛情狀與手段必要性與相當性⁴⁴⁸，皆無須審酌。

在此有論者認為，本條款容許個人於遭遇侮辱誹謗時以言詞回擊，該言論是否為有效之防衛或辯護手段，不影響本條款之成立，僅在個案利益衡量嚴重失衡之極端狀況始認為不成立本條款。然而本文認為，承認無助於合法利益保護之回

⁴⁴⁸ 正當防衛之相當性僅係審查上必然通過故無庸判斷(因為行為人之防衛行為除保護個人利益外，更捍衛整體法秩序，故原則上無庸判斷防衛之利益與犧牲之名譽法益間是否具備相當性)，但絕非不需要此要件或此要件不重要。正當防衛之理論說明，參考：王皇玉，同註 11，頁 275、286。林鈺雄，同註 74，頁 252-253。

罵行為成立本條款，恐怕僅係放任報復行為額外造成法益損害，對法益保護毫無幫助，有違刑法作為法益保護法之機能；且若暫時撇開本條款礙於文義無法進行相當性審查不談，回罵行為既然失去防衛或辯解等價值，在與他人名譽法益權衡下，即難認已取得立法者預設本條款言論價值較優越之地位，故本文認為本條款仍有保護手段適當性之基本要求。

最後，立法論上，本文認為本條款未在名譽權與言論自由保護間劃定適當界線，於個案可能過度偏重保護言論自由方，且難以透過解釋方法進行調節，宜盡早刪除本條款規定，使保護合法利益但妨害名譽之言論違法性，回歸刑法第 23 條正當防衛進行判斷即可。

(二) 刑法第 311 條第 2 款事由

本條第 2 款將「公務員因職務而報告者」列為阻卻違法事由。本條之規範目的應係在於避免公務員因畏懼妨害名譽相關罪名處罰而未能充分本於其職務進行報告，導致國家機關內部無法在掌握充分資訊之情況下正確有效率地履行其職權，甚或外部人民無法獲悉充足資訊以免資訊不充足造成之損害⁴⁴⁹。據此，本文認為公務員所報告之內容，得為事實陳述亦得為對於具體事件之意見表達，但必須與該公務員職務執行所追求之公益目的有所關聯。可適用本條款之案例如，國家傳染病防治機關官員 A 因過失對外錯誤公布某民眾 B(假設已婚)感染冠狀病毒及其移動足跡包括與非配偶之異(同)性進入旅店休憩數小時之資訊。又如行政院官員 C 於立法院接受質詢時，欲為放寬進口外國瘦肉精豬隻之政策辯護，因記憶不清而過失表示某 D 豬肉進口公司與某 E 豬農曾說支持此項政策。又，雖然公然侮辱行為理論上亦得適用本條款阻卻違法，但本文目前殊難想像公務員報告內容涉及貶辱特定人敏感性族群特徵，同時符合與職務執行公益目的相關聯之案例，故恐怕實際運用上，公然侮辱行為難以適用本條款阻卻違法。

(三) 刑法第 311 條第 3 款事由

⁴⁴⁹ 相同見解，請參考，何建志，同註 135，頁 121。

本條第3款將「對於可受公評之事為適當評論」列為阻卻違法事由。本條款之規範目的，參酌英美習慣法之合理評論原則，係為確保行為人對於公共事務之評論權，以及促進公眾辯論之民主價值。故承認符合本條款要件之言論帶來之公益價值勝於個人名譽法益之價值，於基本權衝突中要求個人名譽法益作出適度退讓，對此言論即不論以妨害名譽罪。

對於所謂「可受公評之事」之解釋，文獻上有共識地指出係指與公眾利益相關之事件，然而各論者表述上仍有程度之分，最嚴格解釋者認為須與大多數人之利益密切相關始足。本文認為，將本要件解為與公益相關之事件，應屬妥適，因為某事項既然涉及公共利益，將之付諸公開討論即有助於民眾對於該事項充分辯論，縱然最終無法完全凝聚共識或發揮集思廣益之功效，至少個人可透過辯論過程形塑對該事項之看法，於選舉時支持相近看法之政治候選人，對於民主政治之助益頗深。相對而言，若係未涉及公益之事項，例如一般民眾之隱私事項⁴⁵⁰，則因為將之付諸公共辯論對於公意形成、民主政治並無助益，故並無必要以犧牲名譽法益為代價換取評論之公開流通，得將此類言論排除於本條款以外。

其次是「適當評論」，由本文第二章第參節之介紹可知，部分實務與學說參酌英美習慣法之合理評論原則，認為「適當」係指評論所根據之事實或評論針對之事實必須眾所周知，否則評論時應將該等事實一併公開陳述。而我國實務近年有力見解則認為，「適當」係指被告之評論內容須與其評論對象事實有合理連結，且使用之文字用語必須不偏激而中肯，未逾越社會共同理念客觀上必要之範圍與程度，但凡以不堪或不雅之詞語為情緒性謾罵，即有失評論適當性。

本文認為，適當要件之設計，應係立法者賦與司法者針對個案言論內容之公益價值與對名譽法益造成之損害進行具體利益衡量，而將評論事實表明始能有助於公意形成⁴⁵¹，此為基本要求，然而不宜逕認為表明事實即屬適當，尚應綜合斟

⁴⁵⁰ 公眾人物之隱私事項仍可能與公益有關，例如 A 國總統遭報紙揭露其與敵國特務間諜發生性關係，此事項即可能與 A 國之國家安全公益有關，而有付諸公共討論之價值。

⁴⁵¹ 否則聽聞者不明白發言者係針對何事評論，自難以理解並參與討論。

酌該事實之真偽、若屬不實，行為人查證之戮力程度、該評論事件之重要性等要素評估個案言論之公益價值，並觀察個案名譽法益之受損程度，以利益與損害間是否相當，決定評論適當與否⁴⁵²。至於用字遣詞是否不堪或不雅，充其量僅係評估名譽法益(心理健康)受損程度須斟酌之因素之一，且除評論內容涉及敏感性族群特徵之貶辱外，縱使是罵人想法白癡或處事低能等負面用語，依本文見解並不承認有增加名譽法益受損程度之效果。

最後，是「評論」是否須限於意見表達之言論類型容有爭議。本文認為，雖然英美習慣法之合理評論原則要求評論必須表現出批評者的意見，似排除了事實陳述適用本條款之可能。然而誠如本文於第三張第參節所提及，形式而言，評論之客觀文義可解為「批評討論」，兼及包含提出「事實」與公眾討論及對該事實發表個人批評「意見」，故至少評論所根據或針對之事實亦屬本條款所稱評論。實質而言，意見必須結合事實提出始得供公眾討論，若本條款僅容許意見阻卻違法，相關聯之事實卻不得阻卻違法，則有違本條款規範目的旨在促進公共辯論與健全民主之精神，並非合宜之解釋路徑。此外，著眼於該條款肩負權衡並調和言論自由與名譽權衝突之重要機能，解釋上宜盡量放寬該條各款之適用可能性，不宜因妨害名譽行為態樣之定性排除適用。

綜上所陳，本文認為，本條款「可受公評之事」僅要求評論之事項須與公益有關即可；「適當評論」則係用以審查系爭言論公益價值與所造成名譽法益損害程度之間是否具備相當性，而若意見所根據或針對之事實不明，無法使公眾明瞭行為人究竟在評論何事，則可認為公益價值極低，不得阻卻違法。而納入利益衡量檢驗之對象，不單是此言論之意見部分，根據之事實部分真偽、與事項之公益重要性皆應在系爭評論之公益價值進行估量。

(四) 刑法第 311 條第 4 款事由

⁴⁵² 類似觀點，許澤天，同註 237，頁 24-25、27。

本條第 4 款將「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」列為阻卻違法事由。本款之設計目的應係在確保國家行政、立法會議與司法機關處理之資訊及人民參與公共集會之紀錄資訊得以充分流通⁴⁵³，以促進公意形成、健全民主制度(尤其監督政府施政)，故使記載與傳述此類言論資訊之行為人得抗辯其資訊來源係出自政府會議或公共集會紀錄，縱使侵害他人名譽亦得免受妨害名譽罪處罰。本文依上述規範目的進行推導，中央及地方之會議記事可泛指一切政府會議記錄之內容，例如立法院會議直播之內容。法院之記事指由法院作成之紀錄資料，例如判決書。公眾集會之記事，則指人民參與集會之歷程記錄，例如遊行時經媒體轉播之民眾發言內容。

而所謂「適當之載述」，依本文見解，須與前款所稱適當作一致性之解釋，亦即必須個案利益衡量載述之公益價值與所造成個人之名譽法益損害程度是否尚屬相當。言論公益價值衡量之因素可包括，載述內容是否忠實呈現政府會議或記事之內容，抑或自行添油加醋扭曲客觀可辨之原意混淆大眾視聽，又此項載述之傳布對於公益形成與健全民主之正面效益如何等，例如法院判決被告 B 罵原告 A 神經病之言論不構成公然侮辱罪，C 本於此判決書對外表示 A 為法院認證之神經病，此例 C 之載述即屬曲解判決原意，且可認此等事項對於形成公共意見或健全民主制度幫助甚微。至於個人名譽法益受損害之程度，則須觀察被害者因此項名譽資訊傳布有何正當生活利益之影響，進行評估。

⁴⁵³ 類似理解，但未指出行政機關會議亦包括在內之文獻，請參考，何建志，同註 135，頁 124-125。

第五章 結論

本論文之研究成果主要體現在下列兩項層面:1)彙整並同時自刑法與憲法視角檢討公然侮辱罪於我國實務學說之解釋現況，包括本罪保護法益、構成要件與刑法第 311 條適用情況，皆有詳盡之介紹，並且提出本文針對各該要件解釋上之淺見。2)廣續晚近許宗力教授與部分地方法院判決所主張以仇恨性言論概念限縮本罪可行性之研究，並論證此項解釋路徑確實有助於消解本罪之違憲疑慮，不失為現行法下合憲性解釋本罪之手法。以下就此二部分之研究成果，簡要回顧如下：

本論文於第二章詳盡介紹了當前實務及學說對於公然侮辱罪各該要件解釋與刑法第 311 條與本罪之適用關係。第三章則就本罪保護法益、侮辱之認定、侮辱與誹謗之區分、刑法第 311 條與本罪之適用關係加以檢討，點出部分見解自憲法層次審視，似未於名譽權與言論自由之基本權衝突中劃定適當之界線，大致上呈現出：對名譽權過度保護，對言論自由(與人身自由、財產權)干預過度之態勢，而當前主流學說提出之本罪保護法益觀點，經審酌恐怕或多或少有違憲疑慮，難以透過該等解釋維持本罪之合憲性，此現象由晚近主張本罪違憲應除罪化，欲叩關挑戰之實務界學界人士絡繹不絕，亦可見一斑。

然而，本文基於合憲性解釋有助於法安定性之維護以及避免名譽法益因本罪除罪化而產生保護漏洞，故本文第四章即在嘗試找出合憲性解釋本罪之路徑，著眼於 1.當前歐洲人權法院判決幾度表示對記者違反侮辱罪或誹謗罪施以自由刑制裁原則上與妨害名譽罪名所追求之利益欠缺比例關係(disproportionate)，除非該言論屬性涉及所謂仇恨性言論或煽動暴力之言論 2.透過名譽資訊概念理解名譽法益，即可發現仇恨性言論與妨害名譽概念上重合之處，該重疊處即屬刑法妨害名譽罪可加以管制之綠燈區域，故本文認為此項限縮解釋手法值得嘗試。經實際分析論證，本文認為若就名譽法益、公然侮辱罪之構成要件為如下之解釋，有助於本罪通過違憲審查：

首先，參酌徐偉群教授提出之名譽概念，本文認為名譽宜認為係指內容上指向個人之外部評價資訊，而刑法保護之名譽法益，則指個人立基於名譽資訊狀態所享有之正當(應得的)生活利益。又本罪依照立法者之設計，構成要件行為乃不涉及事實之言論，性質上屬於意見表達，相較於誹謗行為之事實陳述，意見表達對於個人生活利益影響層面顯然較窄，依本文見解，恐怕僅體現在對個人心理健康造成之影響。而有別於其他負面評價言論僅可能造成個人心情不愉快，仇恨性言論則是美國批判種族理論學者一再強調，經科學實證有造成個人心理健康損害之言論。至此，上述名譽法益理解與仇恨性言論概念即已然接軌。而透過以仇恨性言論限縮本罪之解釋路徑，在本罪目的正當性審查上，可有效提高本罪保護利益內涵之重要性；在目的手段衡平性上，除了可說服司法審查者「高估」本罪保護利益重要性，同時亦可以仇恨性言論價值極低為由，主張應「低估」本罪對言論自由之限制程度，進而使本罪易於通過本階層審查。

其次，實際將仇恨性言論應用於本罪解釋上，本文主張，侮辱係指針對他人特定族群身分特徵加以評價，而有造成該他人身心健康高度危害可能性之意見表達，此項特定族群特徵，必須係經科學實證該特徵受貶辱即有造成身心健康損害高度可能性之敏感性族群特徵，而本文著眼於，此項敏感性族群特徵之成因應係出於該社會擁有對該族群歧視或壓迫之歷史背景(例如：奴隸制度、殖民、經濟上壓迫，或者長期偏見、敵意與刻板印象)，另外該族群特徵非個人行為選擇所造成且無法改變，或者該族群特徵於社會中明顯可識別等因素綜合影響，進一步使得貶辱個人族群特徵之評價更易於烙印在被害者心中，造成被害者高度心理與精神痛苦，甚至惡化成疾。在敏感性族群特徵清單建置之初，建議可先以在我國本土社會受壓迫程度較嚴重之原住民之種族特徵、東南亞新移民之原國籍與種族特徵、同性戀之性傾向特徵，三種特徵列入清單。

最後，其他構成要件如公然要件，除須斟酌此項要件之設計目的，即 1)立法者可能係為避免減損本罪一般預防效用，僅鎖定相當程度空間開放性(犯行容易發覺)或在場人數較多(犯行容易被告發)之情狀而為處罰。2)公然情狀在經驗上對被

害者心理健康損害之程度更強烈，且公然場合之仇恨性言論可能吸引其他對該族群之仇視者群起攻之，危險更甚。此外尚須配合本罪僅管制生心理傷害高度可能性之言論，緩和抽象危險犯處罰範圍過廣之弊害，故公然性至少須要求有不特定人或多數人在場且可得共見共聞，不宜單憑有不特定人可能進場共見共聞即肯定公然性。強暴要件，在尊重立法者對於強暴方式較口頭文字方式侮辱對名譽法益侵害更強烈之設想下，可認為加重處罰理由在於此項侮辱手法使得被害人最大程度實際感受加害者之歧視惡意，且有形力不像口頭文字可掩目撓耳減輕損害；同時亦須顧及緩和本罪抽象危險犯設計副作用之考量，將強暴行為限於對被害人之身體或貼身鄰近之衣服物品施加有形力之舉措，至於對相距過遠之被害人之物施加有形力，則非強暴。



參考文獻

一、 中文文獻

(一) 專書與論文集

1. 專書

王皇玉，刑法總則，2017年9月，3版。

甘添貴，刑法各論(上)，2019年9月，修訂5版。

甘添貴，體系刑法各論，頁440，2007年9月，修訂再版。

林山田，刑法各論(上)，2006年11月，修訂5版(二修)。

林東茂，刑法分則，2018年9月。

林鈺雄，新刑法總則，2014年9月，4版。

林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，2015年9月，7版。

法治斌、董保城，憲法新論，2012年9月，5版。

前田雅英(著)，董璠興(譯)，日本刑法各論，2000年5月。

許育典，憲法，2019年9月，9版。

許福生，犯罪與刑事政策學，2012年9月。

許澤天，刑法分則(下):人格與公共法益篇，2019年9月。

陳子平，刑法各論(上)，2019年9月，4版。

湯德宗，對話憲法•憲法對話，2016年10月，修訂3版。

黃源盛，晚清民國刑法史料輯注(上)，2010年7月。

黃榮堅，基礎刑法學(上)，2012年3月，4版。

楊芳賢，債編總論(上)，2016年8月。

褚劍鴻，刑法分則釋論(下冊)，2006年4月，修訂4版。

蔡墩銘，刑法各論，2006 年 9 月，5 版。

盧映潔，刑法分則新論，2016 年 8 月，11 版。

Konrad Hesse(著)；李輝(譯)，聯邦德國憲法綱要，2007 年 12 月。

Ruth Wajnryb(著)，嚴韻(譯)，髒話文化史，頁 54-55，2012 年 4 月，2 版。

2. 論文集

李念祖，從釋字五〇九號解釋論「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，載於：憲法解釋之理論與實務（第四輯），頁 246-247，2005 年 5 月。

林子儀，言論自由導論，載於：台灣憲法之縱剖橫切，頁 103-179，2002 年 12 月。

林子儀，合理評論原則與退報運動，載於：法律人會診退報案—對退報案第一審判決的法律評鑑，頁 31-34，1994 年 3 月。

林子儀，言論自由之理論基礎，載於：言論自由與新聞自由，頁 1-59，1999 年 9 月。

林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，載於：言論自由與新聞自由，頁 133-196，1999 年 9 月。

林子儀，言論自由與名譽權保障之新發展—評 Milkovich v. Lorain Journal Co. 案，載於：言論自由與新聞自由，頁 365-398，1999 年 9 月。

林東茂，危險犯的法律性質，載於：危險犯與經濟刑法，頁 1-60，2002 年 11 月，初版 3 刷。

林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明—兼評大法官釋字第五零九號解釋，收錄於：刑法與刑訴之交錯與適用，頁 341-378，2008 年 8 月。

高金桂，論刑法對個人名譽保護之必要性及其界限，甘添貴教授六秩祝壽論文集—刑事法學之理想與探索(第二卷)，頁 177-209，2002 年 3 月。

許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，載於：法益保護與行為刑法，頁 1-26，2016 年 5 月。

許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，載於：民主、人權、正義－蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，頁 365-413，2005 年 9 月。

許宗力，比例原則之操作試論，法與國家權力(二)，頁 121-140，2007 年 1 月。

許宗力，談言論自由的幾個問題，載於：法與國家權力(二)，頁 195-225，2007 年 1 月。

許澤天，刑法規範的基本權審查，載於：憲法解釋之理論與實務(第七輯)(上冊)，頁 259-323，2010 年。

湯德宗，違憲審查基準體系建構初探－「階層式比例原則」構想，載於：憲法解釋之理論與實務(第六輯)(下冊)，頁 581-660，2009 年 7 月。

廖元豪，Virginia v. Black 與種族仇恨言論之管制：批判種族論的評論觀點，收錄於美國最高法院重要判決之研究：二〇〇〇~二〇〇三，頁 105-150，2007 年 2 月。

廖正豪，妨害名譽罪之研究，載於：刑法分則論文選輯(下)，頁 530-617，1984 年 7 月。

(二) 期刊論文

王澤鑑，人格權保護的課題與展望(三)-人格權的保護範圍及具體化(4)-名譽權(上)，台灣法學雜誌，第 89 期，頁 31-49，2006 年 12 月。

司法院，前大法官許宗力桃院演講「妨害名譽言論」，司法周刊第 1604 期第 4 版，2012 年 2 月 9 日。

甘添貴，言論自由與妨害名譽，台灣本土法學雜誌第 14 期，頁 112-119，2000 年 9 月。

何建志，誹謗罪之體系建構與法理分析：二元化言論市場管理模式，臺北大學法學論叢第 54 期，頁 101-140，2004 年 6 月。

余振華，刑法上強暴脅迫概念之探討，警察法學第 5 期，頁 399-428，2006 年 10 月。

吳信華，釋憲案件中基本權利的判斷與合憲性的審查釋字第 626 號評析，月旦裁判時報第 8 期，頁 5-12，2011 年 4 月。

吳耀宗，「可恥」VS.「操你媽的 X」——評臺灣高等法院臺南分院一〇一年度上易字第二四二號刑事判決及臺南地方法院自字第一四號刑事判決，月旦裁判時報第 19 期，頁 46-63，2013 年 2 月。

李念祖，侮辱罪的憲法問題，在野法潮第 22 期，頁 7-9，2014 年 7 月。

李建良，自由、平等、尊嚴(下)——人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題，月旦法學雜誌第 154 期，頁 193-211，2008 年 3 月。

李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊第 9 卷第 1 期，頁 39-83，1997 年 3 月。

李聖傑，也論刑法對於虛擬人格的名譽保護——評台灣高雄地方法院刑事簡易判決九十八年度審簡字第六一一六號，月旦裁判時報第 4 期，頁 109-114，2010 年 8 月。

林琬珊，妨害名譽罪與負面標籤，月旦刑事法評論第 9 期，頁 63-78，2018 年 6 月。

林慈偉，公然侮辱罪於我國裁判實務之新開展，檢察新論第 19 期，頁 228-247，2016 年 1 月。

林慈偉，罵人「婊賣家」之行為是否成立公然侮辱罪--評臺灣高等法院 101 年度上易字第 369 號及臺灣板橋地方法院 100 年度易字第 2669 號刑事判決，法令月刊第 11 期，頁 49-67，2012 年 11 月。

法治斌，保障言論自由的遲來正義—評司法院大法官釋字第五〇九號，月旦法學雜誌第 65 期，頁 148-155，2000 年 10 月。

柯耀程，表意犯的迷思-台北地方法院八十八年度易字第二六五七號判決暨台灣高等法院八十九年度上易字第一五四號判決評釋，月旦法學雜誌，第 69 期，頁 177-186，2001 年 2 月。

許宗力，基本權利:第六講—基本權的保障與限制(上)，月旦法學教室第 11 期，頁 64-75，2003 年 9 月。

許宗力，基本權利:第六講—基本權的保障與限制(下)，月旦法學教室第 14 期，頁 50-60，2003 年 12 月。

許恒達，行為規範、保護法益與通姦罪的違憲審查—評釋字第 791 號解釋，月旦法學雜誌第 305 期，頁 15-32，2020 年 10 月。

許恒達，強摘假髮與空車上鎖—強制罪的解釋疑義，頁，台灣法學雜誌第 265 期，2015 年 2 月。

許恒達，散布私密照加重刑責之研議，月旦法學雜誌第 241 期，頁 235-253，2015 年 6 月。

許家馨，釋字第五〇九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，月旦法學雜誌第 132 期，頁 102-127，2006 年 4 月。

許澤天，法人不該享有刑法上的名譽 / 南高分院 102 上易 285 判決，台灣法學雜誌 250 期，頁 209-216，2014 年 6 月。

黃舒芃，比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊第 19 期，頁 1-52，2016 年 9 月。

廖元豪，仇恨言論管制、族群平等法，與反歧視法，台灣法學雜誌第 127 期，頁 1-11，2009 年 5 月。

廖元豪，羞辱弱勢族群的言論自由？一種族侮辱言論之限制可能性，月旦法學教室第 45 期，頁 6-7，2006 年 6 月。

廖元豪，愛國、燒國旗，與言論自由的雙軌理論，月旦法學教室第 21 期，頁 8-9，2004 年 7 月。

劉安真，同志在臺灣社會的次等公民處境與心理健康，婦研縱橫第 99 期，頁 6-11，2013 年 10 月。

劉靜怡，言論自由：第五講——言論自由、誹謗罪與名譽權之保障，月旦法學教室第 37 期，頁 36-46，2005 年 11 月。

錢建榮、王怡今，不可能的任務——談檢察官對於妨害名譽罪的舉證責任，月旦法學雜誌第 133 期，頁 42-64，2006 年 6 月。

謝庭晃，論刑法對名譽感情的保護，刑事法雜誌第 50 卷第 3 期，頁 88-132，2006 年 6 月。

鍾道詮、李大鵬，社會排除經驗對男同志心理健康的影響，中華心理衛生學刊第 30 卷第 1 期，頁 37-68，2017 年 3 月。

Claus Roxin(著)；許絲捷(譯)，法益討論的新發展，月旦法學雜誌第 211 期，頁 257-280，2012 年 11 月。

(三) 研討會論文

許恒達，人格尊嚴、言論自由與名譽刑法:重新解讀公然侮辱罪，發表於:法與道德—論憲法與刑法的界線研討會，台北:韓忠謨教授法學基金會，2020 年 10 月 17 日。

(四) 科技部/國科會研究計畫

許宗力，言論自由與名譽保護---以歐洲人權法院與我國法院判決之比較為中心，國科會補助專題研究計畫期末成果報告，計畫編號: NSC101-2410-H030-055-MY2，2013 年 7 月。

許澤天，言論自由與刑法—誹謗與仇視族群的處罰，科技部補助專題研究計畫期末成果報告(第 2 年)，計畫編號: MOST102-2410-H-006-033-MY2，2016 年 10 月 29 日。

(五) 學位論文

石金堯，仇恨性言論之刑事管制研究，國立臺北大學碩士論文，2020 年。

吳典倫，美國法上種族仇恨性言論之研究，國立臺灣大學碩士論文，2005 年。

徐偉群，論妨害名譽罪的除罪化，國立臺灣大學博士論文，2004 年。

翁乙仙，從憲法言論自由之保障論仇恨性言論之管制，國立臺灣大學法律系碩士論文，2011 年。

張志隆，公然侮辱與誹謗罪規範之適用與區辨，國立成功大學碩士論文，2005 年。

許凱翔，論仇恨性言論之刑法管制，國立臺灣大學碩士論文，2020 年。

陳宜誠，論侵害人格犯罪之不罰規定，東吳大學碩士論文，2008 年。

曾志楷，仇恨性言論的容忍與禁止—比較法的觀察，國立臺灣大學碩士論文，2013 年。

劉傳璟，言論自由與名譽權之衝突與調和—從憲法與刑法出發，國立高雄大學碩士論文，2008 年。

謝庭晃，妨害名譽罪之研究，輔仁大學博士論文，2004 年。

謝清傑，刑法第 311 條第 3 款善意適當評論之適用問題，國立交通大學碩士論文，2010 年。

(六) 網路資料

立法院(102)院總第 246 號委員提案 15120 號議案關係文書，網址: https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/pdf/08/03/14/LCEWA01_080314_00049.pdf (最後瀏覽日:2021 年 3 月 17 日)。

立法院(103)院總第 246 號委員提案 16396 號議案關係文書，網址: https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/pdf/08/05/10/LCEWA01_080510_00008.pdf (最後瀏覽日:2021 年 3 月 17 日)。

許宗力，「大法官釋憲與人權保障-言論自由(一)」，台大開放式課程，網址: <http://ocw.aca.ntu.edu.tw/ntu-ocw/ocw/cou/104S203/1> (最後瀏覽日:2021 年 3 月 17 日)。

許恒達，「公然侮辱應除罪化」，澄社評論，2014 年 12 月 8 日，網址: <http://talk.ltn.com.tw/article/paper/837254> (最後瀏覽日:2021 年 3 月 17 日)。

湯德宗，「大法官講堂：中華民國憲法及政府」，台大開放式課程，網址: <https://youtu.be/bmkK1iUEzTQ> (最後瀏覽日:2021 年 3 月 17 日)。

詹鎮榮，「基本權利（自由權）限制之合憲性審查」圖表，網址:<http://www.ccj.url.tw/VerfR/PDF/%E9%99%90%E5%88%B6%E8%87%AA%E7%94%B1%E6%AC%8A%E4%B9%8B%E5%90%88%E6%86%B2%E6%80%A7%E5%AF%A9%E6%9F%A5.pdf> (最後瀏覽日:2021 年 3 月 17 日)。

監察院第 5 屆第 1 次諮詢委員會會議資料，網址：<https://www-ws.cy.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9VcGxvYWQvMy9yZWxmaWxlLzg5MTUvMTUwNDYvNmJmMTkyODYtMjk1OC00YjE5LWI1YjktNTM0OWM2YzI0MjBjLnBkZg%3d%3d&n=5pyD6K2w6LOH5paZ77ya6K2w6aGM5LqMLnBkZg%3d%3d> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

蔡聖偉，關於通姦罪合憲性的鑑定意見，頁 1。網址：<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E8%94%A1%E8%81%96%E5%81%89%E6%95%99%E6%8E%88%E4%B9%8B%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B.pdf> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

總統府司法改革國是會議第五分組第三次會議記錄，網址：<https://justice.president.gov.tw/meeting/29> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

薛智仁，會台字 12664 號聲請釋憲案法律鑑定書，網址：<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E8%96%9B%E6%99%BA%E4%BB%81%E5%89%AF%E6%95%99%E6%8E%88%E4%B9%8B%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B.pdf> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

「失言惹風波 周燦德公開道歉」，華視新聞，2004 年 7 月 13 日，網址：<https://news.cts.com.tw/cts/politics/200407/200407130149796.html> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

「越娘遺毒說 廖本煙為『失言』道歉」，TVBS 新聞，2006 年 4 月 7 日，網址：<https://news.tvbs.com.tw/politics/368643> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 17 日)。

「數字越高不代表你越聰明！三個對智力測驗常見的誤解」，聯合新聞網，2018年9月12日，網址：<https://udn.com/news/story/6904/3363183>（最後瀏覽日：2021年3月17日）。

「諷金溥聰下流胚 馮光遠判罰5千元定讞」，自由時報電子報，2016年12月31日，網址：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/1067313>（最後瀏覽日：2021年3月17日）。

二、 英文文獻

（一） 專書與論文集

Anthony Joseph & Paul Cortese (2006), *OPPOSING HATE SPEECH*, Praeger Publishers.

Charles R. Lawrence III (1993), *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, in Robert W. Gordon and Margaret Jane Radin eds., *WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT*. (U.S.A: Westview Press).

Jeremy Waldron (2012), *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press.

Kathleen M. Sullivan and Gerald Gunther (2003), *FIRST AMENDMENT LAW*, Foundation Press.

Kathleen M. Sullivan and Gerald Gunther (2010), *FIRST AMENDMENT LAW*, Foundation Press.

Kathleen M. Sullivan and Gerald Gunther (2004), *CONSTITUTIONAL LAW*, Foundation Press.

Laura J. Lederer & Richard Delgado (1995), *Introduction*, in Laura J. Lederer & Richard Delgado eds., *THE PRICE WE PAY: THE CASE AGAINST RACIST SPEECH, HATE PROPAGANDA, AND PORNOGRAPHY*, Hill & Wang publishers.

Laurence H. Tribe (1988), *American Constitutional Law*, Foundation Press.

Mari J. Matsuda (1993), *Public Response to Racist Speech Considering The Victim's Story*, in Robert W. Gordon and Margaret Jane Radin eds., *WORDS THAT WOUND: CRITICAL RACE THEORY, ASSAULTIVE SPEECH, AND THE FIRST AMENDMENT*. (U.S.A: Westview Press).

Richard A. Epstein (1998), *Principles For A Free Society: Reconciling Individual Liberty With The Common Good*, Basic Books.

Richard Delgado and Jean Stefancic (2004), *Words That Wound: The Harms of Hate Speech*, in *UNDERSTANDING WORDS THAT WOUND*, U.S.A: Westview Press.

Samuel Walker (1994), *HATE SPEECH: THE HISTORY OF AN AMERICAN CONTROVERSY*, Lincoln and London: University of Nebraska Press.

(二) 期刊論文

James Q. Whitman, *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, 109 *Yale L.J.* 1279 (2000).

Jeffrey E. Thomas, *Statements of Fact, Statements of Opinion, and the First Amendment*, 74 *Calif. L. Rev.* 1001 (1986).

Jeremy Waldron, *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*, 123 *HARV. L.REV.* 1596 (2010).

Richard Delgado, Words That Wound: A Tort Action For Racial Insults, Epithets, And Name-calling, 17 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 133 (1982).

(三) 網路資料

Valerie Wright (2010), Deterrence in Criminal Justice: Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment, 網址: https://www.ceic.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_client/centre_documentaire/CEIC-R-3633.pdf (最後瀏覽日:2021 年 3 月 17 日)。

三、 日文文獻

平川宗信『名譽毀損罪と表現の自由』有斐閣 (2000 年)。

