

## 釋字第六五六號解釋 部分不同意見書

許大法官玉秀

本件聲請解釋範圍包括民法第一百八十四條第一項前段與第一百九十五條第一項規定、最高法院十九年上字第 七四六號與六十二年台上字第 二八〇六號及九十年台上字 第六四六號判例、五十一年度台上字第 二二三號民事判決，以及補充解釋本院釋字第五〇九號解釋。多數意見僅針對民法第一百九十五條第一項後段「回復名譽之適當處分」受理解釋，但是其餘不受理部分所持理由，說服力明顯不足，尤其多數意見以侵權行為損害賠償部分，不在本院釋字第五〇九號解釋範圍，不生就侵權行為損害賠償規定聲請補充解釋的問題，而迴避補充解釋釋字第五〇九號解釋是否適用於妨害名譽的民事案件，至為可惜。

本院釋字第五〇九號解釋的解釋客體，為刑法第三百十條規定，實屬人盡皆知，多數意見的回答方式，等於沒有回答。多數意見的迴避態度，使得言論自由與名譽權的保護之間，在憲法上是否有一個清楚而一致的界線，在可預見的未來，必須依舊陷入曖昧而混沌的爭執之中。本席以為澄清該項爭執並不困難，爰提出部分不同意見書，說明理由如下。

## 一、聲請人聲請補充解釋的部分

刑法第三百十條第三項規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。」對於這個行為人的言論內容與事實相符則不罰的規定，本院釋字第五〇九號解釋認為，指述足以毀損他人名譽事實的行為人，如能提供證據資料，證明有相當理由確信所述內容為真實，即不構成誹謗罪。

本件聲請人希望大法官補充解釋的，就是指述足以毀損他人名譽事實的行為人，如能提供證據資料，證明有相當理由確信所述內容為真實，是否也可以免除民法第一百八十四條第一項的民事賠償責任。

## 二、分析本院釋字第五〇九號解釋意旨

### (一) 正當證明程序：掌握資訊者負責舉證

雖然在刑事案件，行控訴的原告，也就是檢察官，應證明被告有罪，但也絕對不等於完全免除被告的舉證責任。除了完全保持緘默的被告之外，在訴訟程序進行中，原告或被告任何一方，只要提出對自己有利、對別人不利的事實，對於該事實都有舉證責任。在民事案件，除了被告沒有緘默權，單純的沈默，可以被推定為默認之外（民事訴訟法第376-1條第3項參照），舉證責任的分配規則，沒有必要不一

樣。

一般所熟知的證據邏輯：例如提出控訴的人，負舉證責任；主張有利於自己的事實，負舉證責任。其中的原理，其實就是有資訊優勢的人，負責提供資訊。能控訴別人，表示掌握事實資訊；如果不知道對自己有利的事實，如何提出有利自己的主張？這種舉證責任的分配邏輯，可以稱為正當證明程序所應該有的舉證責任分配程序。這也是釋字第509號解釋所揭示的第一個意涵。

指摘或傳述足以毀損他人名譽之事的人，就是向社會大眾提出控訴的人，既然能夠提出控訴，表示對於足以毀損他人名譽的事實是否存在有所知悉，也就是掌握有關該事實的相關資訊，自然應該舉證證明該事實存在。再從有利主張應舉證的觀點而言，如果所指述的事實的確存在，依照刑法第三百十條第三項規定，誹謗罪不成立，對被告有利，因此被告應負舉證責任。

## （二）阻卻不法：阻卻不法的主觀要件與客觀要件

刑法第三百十條第三項除了規定能證明誹謗之事為真實之外，還有但書規定「但涉及私德而與公共利益無關者，不在此限」。所指述的事實，但凡不是僅涉及私德，而與公

共利益有關的真實事實，那麼就是為了公共利益而毀損他人名譽，指述本身既然符合公共利益，毀損他人名譽權的不法就遭到抵銷。不管在犯罪階層體系上，「所指涉的事實為真實且非與公共利益無關」被定位為消極構成要件或阻卻違法事由，都是阻卻不法事由，也都是有利被告的事實。

行為人的主觀認知，如果是在「指涉真實且非與公共利益無關的事實」，則行為人主觀上，具備阻卻不法意思。行為人主觀上有阻卻不法的認知，是因為認知到阻卻不法的客觀事由。如果所指涉的事實確實為真，縱使行為人主觀上誤認所指涉的事實非真，也會發生阻卻不法的效果；如果所指涉的事實確實非真，但行為人主觀上誤以為所指涉的事實確實為真，而行為人對於該誤認沒有過錯，則仍然會因為具有阻卻違法意思，而排除主觀不法。換言之，主觀的阻卻不法意思和客觀的阻卻不法事由，有一個存在，就能發生阻卻不法的效果。

### （三）應該證明的是什麼？

所謂能證明為真實，是證明確有其事嗎？釋字第五〇九號解釋的回答是：針對所指述的事實，只要證明被告認知的形成沒有瑕疵。其中的道理在於，所指述的事實是否存在，

未必能證明，如果能證明所指述的事實為真，當然可以阻卻不法，但縱使不能證明，或者最終證明所指述的事實的確不存在，只要被告的認知，是任何和被告具有相同資訊能力的人，都會形成的認知，那麼被告就欠缺誹謗罪的主觀不法。

釋字第五〇九號解釋就有利於己的事實、提出控訴的事實，並沒有排除被告的舉證責任。只是對於主觀阻卻不法意思的證明責任，要求所提出的證據資料，必須能夠證明被告阻卻不法意思的形成沒有瑕疵。所謂「有相當理由確信所述內容為真實」，就是沒有認識到所述內容不是事實，而之所以沒有認識到所述內容不是事實，有可以被接受的相當理由。一旦被告有相當理由確信所述內容為真實，等於認定被告對於誤認內容為真並無過錯。

三、 釋字第五〇九號解釋不適用於民事案件：因為民刑構成要件不同？

（一） 民法侵權行為與刑法誹謗罪構成要件不同？

民法第一百八十四條第一項的造句，的確和刑法第三百十條的造句不一樣，但他們的構成要件真的不一樣嗎？

民法不若刑法要求罪刑法定原則，因此就侵權行為的民事責任，採取概括規定的方式，但在具體適用時，是需要補充的。

法官在判斷時，視所侵害的權利種類以及使用的手段，例如所侵害的是生命權、名譽權、身體權、財產權或隱私權，或同樣是侵害財產權，是侵占、竊盜或詐欺，而認定賠償責任的有無和範圍。如果沒有刑法各種犯罪構成要件，民事法官如何補充呢？民法第一百八十四條第一項如何自行操作呢？

## （二）共通的標準：有相當理由確信其為真實

當然，民事過失責任不若刑事過失責任，不是例外，刑法原則上沒有過失構成要件，尤其是誹謗罪，不處罰過失犯，而過失妨害名譽行為，要承擔民事侵權責任。但是就釋字第509號解釋所謂「惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」而言，不僅僅排除故意責任而已，過失責任也可以完全排除。此所以本件據以聲請解釋的確定終局判決，最高法院九十三年度台上字第八五一號判決，也不能不如此敘述「而依查證所得資料，有相當理由確信其為真實者，應認其已盡善良管理人之注意義務而無過失」(判決書頁9)。

釋字第五〇九號解釋的解釋客體，固然是刑事規範，但是所揭示的其實是一般性的證據法則，旨在說明在侵害他人名譽權的事件當中，一個具備程序正當性的證據法則，應該如何分配原告與被告的舉證責任。這個正當證明程序原則，從憲法上來看，為了達成公平審判的目的，應該同時適用於民刑事案件。

四、釋字第五〇九號解釋不適用於民事案件：因為不同的過失認定標準？

刑法第十三條及第十四條對於故意和過失的定義，民法顯然完全接受。但是民事法上所謂抽象輕過失即欠缺善良管理人之注意義務、具體輕過失即未合於與處理自己事務為同一之注意義務、重大過失等不同過失判準（民法第 223 條、第 535 條、第 590 條、第 672 條參照），似乎是刑事法上所沒有的，這難道不足以成為釋字第五〇九號解釋不適用於民事案件的理由？

首先，刑事上縱然沒有善良管理人之注意或與處理自己事務為同一之注意的用語，但是有業務過失與普通過失的區別，會被認定為業務過失的人，就是必須盡善良管理人注意

義務的人。而且刑事法理論上，也有所謂個別化理論<sup>1</sup>，對於不同行為能力的人，適用不同的注意義務判斷標準，我國刑事事實務上，對於醫療過失，已經有依據專業能力高低，決定注意義務高低的案例出現<sup>2</sup>。例如從超音波判斷孕婦是否有植入性胎盤現象，或是雙腿膝關節手術是否同時進行，可能依照不同的注意義務標準，認定大型醫學中心、區域醫院及地區醫院的醫師有無過失。

其次，過失的具體認定標準，完全屬於個案的操作問題，不是規範的問題，不是憲法解釋應該關心的問題，更不是釋字第五〇九號解釋有所觸及或應該觸及的問題。因此民事案件如何具體認定過失，不能推論出本院釋字第五〇九號解釋不適用於民事案件的結論。

## 五、結語

民事由當事人自主，透過當事人進程序，原被告舉證責任分配的證據正當程序，可能較為清晰。相對地，傳統上仰賴法官英明的刑事職權進程序，原被告舉證責任分配的證據正當程序，都淹沒在法官的證據調查自由裁量與自由心證當中。但是在引進當事人進程序之後，原被告舉證責任

---

<sup>1</sup> 許玉秀，探索過失犯的構造——行為人能力的定位，收錄於主觀與客觀之間，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 0，1997.09，頁 179-218。

<sup>2</sup> 臺灣嘉義地方法院 92 年度聲判字第 3 號裁定、最高法院 95 年度台上字第 3884 號判決。



分配的證據正當程序，在刑事案件，也必定會逐步地建立起來。民刑事被告因為緘默權的有無、民刑事責任因為個別具體證據的證明程度有所差異，可能導致民刑事原被告個案操作的證據正當程序有所不同，但是類似控訴者舉證、主張有利事實者舉證的正當程序原則、故意與過失的抽象認定標準，不會因為民刑事案件而有不同，對於妨害名譽阻卻不法主觀要件的證明，本院釋字第五〇九號解釋所揭示的原則，也不必僅僅適用於刑事被告。