發佈：2017-03-22, 週三 15:10
點擊數：16235

一、前言

隨著科技的發達，人與人之間，不再是以面對面對談、書信來往或電話通訊為主要，而是以網路，尤其是社群網站為日常生活的溝通工具，且由於網路資源的無遠弗屆，以及沒有時間與空間的限制，就使言論趨於多元與自由。惟也因此之故，網路也往往充斥著諸多不實、誇大，甚至是不負責任的言論。而對於這樣的言行，是否會觸犯任何法律，尤其是刑法，勢必成為必須關注的重要議題。

二、事前檢閱禁止原則

（一）事前檢閱禁止與事後究責

現代法治國家，基於對表現自由的保障，故強調事前檢閱之禁止原則，以避免寒蟬效果的產生。惟此處的事前檢閱禁止，乃是針對行政機關，對於言論、出版、講學等行為，若有涉及侵害他人權利，仍不妨礙事後，司法機關對其的民、刑事究責。

而關於
事前檢閱禁止
原則，雖未規定於我國憲法
，卻為大法官解釋所承認，如依據釋字第774
號解釋，針對化妝品廣告必須在事前先受審查的法律規定，此號解釋即先承認，商業廣告亦屬於憲法第11
條言論自由保障的範疇，故對於此等廣告的事前審查，原則即屬於違憲。而在化妝品廣告的場合，尤其是含有藥性的化妝品，由於在上市前，就必須由衛生機關進行相關檢驗，且若廣告涉及有不實，亦有相關的處罰規定，故要求化妝品廣告於事前接受主觀機關審查，即有違事前檢閱禁止之原則。

（二）有無例外

不過，關於事前檢閱禁止，卻可能有以下之例外：

1.
刑事偵查中的搜索：在涉及刑事犯罪的場合，如涉及洩漏國家機密的場合，檢察官向法院聲請搜索扣押，尚未出版的書籍、刊物或報紙，就可能面臨事前審查的命運。而由於我國刑事訴訟法，並無給予這些出版物所有人
的拒絕搜索與扣押之權利，這就會引發事前檢閱的疑慮。尤其是在犯罪偵查過程中，所有證據仍處於模糊不清的狀態，就可能以空泛的理由來對出版物進行搜索扣押，致可能踩踏到事前檢閱禁止的紅線[1]。

2.
民事訴訟的假處分：在出版物品可能涉及民事侵權行為的場合，被侵害權利者，可能在提起本訴之前，向法院聲請定暫時狀態的假處分，以避免審判期日的遙遙無期，即便將來勝訴確定，卻已造成無法彌補的損害。而由於定暫時狀態的假處分，亦涉及到事前檢閱，法官如何在言論自由與被害者損害間取得平衡，也一直難有明確標準。

Phoca PDF

也因此，關於事前檢閱禁止原則，仍有些許例外，而不管如何，對於言論所引起的事後究責，卻肯定是言論自由的界限。

三、刑事究責的可能性

（一）公然侮辱與誹謗罪

於現今，類如FB、line
這類的網路社群，一個涉及羞辱或未經查證的訊息，不僅會被迅速傳播，更因網路的匿名性，亦會引來一大堆辛辣的留言，致可能涉及刑法的公然侮辱或誹謗罪。惟由於此兩罪，尤其是誹謗罪的處罰，往往會侵入言論自由權的領域，因此，是否除罪化，一直是備受爭議的主題。而為了緩和刑罰的嚴厲性，刑法第310條第3
項即規定，若能證明所誹謗之事，並與私德無關，則可以阻卻不法而不罰。只是如此的規定，乃將證明真實與否的責任轉嫁給被告，不僅有違無罪推定，更侵害不自證己罪權的保障。

也因此，在釋字第509
號解釋裡，雖不認為誹謗罪須除罪化，卻沿用美國聯邦最高法院在蘇利文案所創設的「善意傾向原則」，而認為，即便無法證明言論內容為真，但依行為人所提證據，而有相當理由認為其確信為真者，即無犯意可言，而因此罪僅處罰故意，而不包括過失，致不能以誹謗罪論處。此號解釋不僅適度緩和了行為人的舉證責任，且只有在其言論內容無所本時，才可認定為具有誹謗故意，以來防止言論自由權受到不當的限制。

如以網路轉貼他人言論來說，即便此言論已被證明是屬偽造或變造，但在此非轉貼者所假造，且其也只是藉由此照片而來提出對某事件的意見與質疑，或可指責其隨網路風潮起舞之心，卻也不能只因其未盡查證之責，而因此認定其具有惡意，致可以加重誹謗罪為對待。

雖然在釋字第509
號解釋，將誹謗罪的處罰範圍加以限縮，但在未能除罪化下，若有人提起告訴，檢察官仍得偵查起訴，當事人是否屬於善意，仍得到法庭上說分明，而仍難免於訴訟之苦。更麻煩的是，因誹謗罪屬告訴乃論之罪，則在網路時代，關於言論的始作俑者根本難以找尋下，告訴權人也只能找轉貼者為咎責，但在人數可能眾多下，誰會被告，恐將完全繫於一種不確定的機率與運氣之上，不僅有違平等原則，也必然會產生寒蟬效果，言論自由也因此被壓縮。

此外，在誹謗罪的處罰效果，最長也不過兩年的有期徒刑，所以即便認為犯罪成立，但在不法內涵極低下，法院也會以易科或直接科以罰金的輕刑，甚或是緩刑為了結，則如此耗費刑事司法資源的結果，竟是如此的不符合比例性。又由於此等罪名乃屬於告訴乃論，若被害人不願追究，檢警也不會主動介入調查，即便有人提起告訴，卻因涉及者眾，再加以公然侮辱罪最高僅為一年、誹謗罪最高也不過為兩年以下有期徒刑下，就不可能全數被訴追，致讓人產生僥倖心理。

尤其在去年通訊保障及監察法修正時，增加偵查機關對於通聯記錄之調取，不僅須得法官同意，且僅限於最重本刑三年以上
之犯罪，則警察即便有能力找出匿名者的IP
位址及所在，亦會因此類犯罪不屬於法定的案件範疇，致陷入偵查的障礙。

所以，對於妨害名譽的行為以公然侮辱或誹謗罪為處罰，實有重新檢討除罪化而回歸民事解決的必要，這不僅是基於刑罰的謙抑性原則，更是為保障言論自由所必然的思考。

Phoca PDF

（二）煽惑他人犯罪

而依據我國刑法第153條，以文字、圖畫、演說或他法，煽惑
他人犯罪、違背法令或抗拒合法命令者，還可處兩年以下有期徒刑。這似乎比公然侮辱或毀謗罪，更能有效防止侵害他人權利的網路言論出現。惟由於煽惑、犯罪、違背法令等用語，實皆屬於極度不確定的法律概念，要以此條文來規範網路言論，實有可能會產生很大的爭議。

（三）侵害著作權的犯罪

而在網路，尤其是社群網站，藉由分享傳播知識與資訊，也是現代生活所不可或缺。可是在分享他人文章時，除了可能涉及前述犯罪外，是否亦會有涉及侵害著作權的犯罪呢？因依據著作權法第91條第1項、第91條之1第1
項，只要是重製或散佈他人著作物，是可處三年以下有期徒刑。雖然此罪為告訴乃論，但刑事告訴與否卻成為民事求償的重要手段，也可能使網路轉貼者陷入長期訴訟。

所以，網路轉貼者，若要轉貼他人網路文章或創作，仍必須得著作者的同意，否則仍有侵權之可能。未得著作者同意而轉貼，勢必得援引著
作權法第65條第2
項。有關著作合理使用的免責條款。惟關於所謂合理使用，條文雖列有必須是否有營利、著作性質、市場所佔比例及影響等等因素，但此等綜合考量，仍趨於空泛與不確定，這就會使網路轉貼行為是否侵害著作權，又再陷入極端不確定的狀態。

（四）對網路言論的刑法究責不易

從上述網路言論所可能涉及的刑法來看，似乎皆處於有處罰法條存在，卻又因規範的模糊性，致都陷入處罰不易，甚至基於言論自由保障而必須限縮法條處罰範圍的問題。若果如此，則對於某些網路言論，是否有為立法管制，或者是針對特殊類型的網路言論，進行單獨入罪化的考量。但如此的作法，是否有違憲法，卻又是個大疑問。

四、仇恨性言論該入罪嗎

（一）現行法的缺陷

在現代法治國家，對言論、出版等表現自由，雖絕對禁止事前的檢閱與審查，卻不妨礙事後的法律處罰。惟不管是公然侮辱，還是誹謗罪，乃必須針對具體的人與事；若僅是空泛指摘，亦難以成立此等罪名。著名之例，如郭冠英用范蘭欽的筆名，以所謂高級外省人自居，而不斷於網路發表歧視本省人，且支持白色恐怖等等言論，即便內容極端偏激，且嚴重挑起族群對立，卻因無具體指摘特定人與事，以致無法論以任何刑事責任，僅能以其具公務員身分發表不當言論，而遭免職處分。從此也突顯出，我國現行刑法對偏激性言論的治罪困境。

不過，在我國已經簽署的公民與政治權利公約第20條第2
項，卻明文對鼓吹民族、種族或宗教仇恨之主張，構成煽動歧視、敵視或強暴者，必須以法律加以禁止。雖然我國刑法第153
條，設有煽惑他人犯罪或違背或違抗法令罪，但與公約內容所欲禁止的偏激或仇視性的言論，在規範面向仍有不同。若欲符合人權公約的精神，似有於刑法中明文處罰仇恨性言論之必要。而對

Phoca PDF

此等言論入罪化的典型，則非德國莫屬。

（二）德國刑法第130條

鑑於納粹殘害人權的教訓，二次大戰後，當時的西德即在體制內，藉由各種方式來消除歧視的根源。除對屠殺者進行審判，並對受難者進行補償外，也在其教育制度灌輸平等與人權的思想。而更重要的一項措施，即是於刑法第130條，明文對種族歧視與違反人權言論的刑事處罰。

根據德國刑法第130條第1
項，若煽惑對國內某些住民或族群為暴力行為，或者對之為謾罵、惡意中傷等違反人性尊嚴的行為，可處三月以上、五年以下的有期徒
刑。而根據同條第2
項，針對種族歧視與違反人性尊嚴的言論或文書之散佈，也可處三年以下有期徒刑。

兩德統一後，為了防止排
外主義的蔓延，更為了深刻記取二戰的教訓，1994年在刑法第130條增訂第3
項，規定在公開或集會場合，對已經過國際法承認的納粹屠殺行為，若加以否認，甚或美化殺害人數，亦可處最長五年的有期徒刑。至於程度較低者，即在公開或集會場合，對納粹暴行加以讚美或合理化者，根據同條第4
項，亦可處三年以下有期徒刑。也因此，德國刑法第130條，似乎可成為我國取法的借鏡對象。

（三）我的奮鬥再版爭議

Phoca PDF

發佈：2017-03-22, 週三 15:10
點擊數：16235

希特勒自傳《我的奮鬥》，於1946

年由巴伐利亞邦政府承繼了手稿的所有權，在其不授權出版的政策下，這本引發世紀動盪的書籍

Phoca PDF

發佈：2017-03-22, 週三 15:10
點擊數：16235

，在德國，就只能在舊書店中流傳。惟因德國著作財產權保護期間為著者死後七十年，這也表示

，從2016年1月1

Phoca PDF

日開始，此著作就成為公共財。只是德國在戰敗後，即進行各種去納粹化的行動，尤其是將反人

權言行入罪化，若我的奮鬥再度發行，就必陷入是否該禁絕或以刑事處罰的重大爭執。

而在去年初，由慕尼黑-
柏林歷史研究機構所重新印刷的《我的奮鬥》，為了避免爭議，就以加註和評論方式（eine kritiche
Edition
）來發行。只是在未來，若有以原本面世者，是否該為處罰，肯定又有正反兩極化的爭議。只是從《我的奮鬥》評論版一上市，即便高達二千多頁，也馬上銷售一空來看，越是防止此書的發行，越會激起民眾更大的好奇心，是否妥當，更值深思。

尤其在1933年5月10
日，納粹鼓動學生在柏林大學廣場前焚書，象徵對思想與學術自由最嚴厲，也最徹底的毀滅。只是來到講求民主、自由與法治的今天，面對希特勒自傳的發行，若以避免極端言論盛行之理而對之為刑罰，卻又顯得極其諷刺與矛盾。

（四）於我國的啟示

Phoca PDF

因此，若真將仇恨性言論入罪化，不僅會牽動言論自由的敏感神經，更會因煽惑、仇恨、歧視、種族等等用語的界定不清，致造成適用上的爭議，而可能引發更大的衝突。也因此，欲消除反民主、反人權的極端性言論，恐難用刑罰來解決，而是必須在教育體系裡，消除歧視性、仇恨性的內容，並強化人權、人性尊嚴與民主法治的觀念。畢竟，對抗惡魔崛起的最強力武器，正在於人民自我意識的覺醒。

五、該對網路言論立法管制嗎--代結論

故在現行刑法，對侮辱性、誹謗性或霸凌性的網路言論，顯然束手無策，且要將某些偏激言行入罪化，亦有其困難的情況下，被害人就只能以民事求償的方式為自力救濟。只是民事訴訟，往往曠日廢時，實顯得緩不濟急，也會因爭執什麼是侮辱性、誹謗性的言論，致讓被害人陷入另一段痛苦的煎熬。也因此，面對日趨嚴重的網路霸凌現象，現行法制確實出現難於防制與救濟不足的困境，似有制訂專法之必要。惟此等專法該如何設計，卻又是個疑難。

以強制網路實名化來說，就只能規範國內的註冊者，對於外國網站根本無力可及。又在科技發達的今日，任何查驗真實身份的機制，都不難被破解，則此制度之採行，就無異於是種道德義務，反使許多守法者的個人隱私，暴露於被駭客入侵之風險。

又立此專法，若
要能產生嚇阻偏激性、霸凌性言
論的效果，就得授權公機關，如NCC
，在發現有侵害他人權利之言論時，有立即採取行政管制，尤其是勒令版主關閉網站的權限，甚至對於妨礙名譽行為之制裁，設版者亦應連帶受懲處。只是關於侮辱性、誹謗性、霸凌性、仇恨性言論，實有很大的不確定空間，就易造成因人而異的差別對待，甚至被有心者當成是整肅異己的工具。甚而若真為如此的授權與處罰，就必然得挑戰憲法，對於言論不得由行政機關事前為檢閱的底線。

總之，對於網路以專法管制，是否真能達到防制霸凌言論散佈，實也屬未知數。而不管設立專法與否，如何在防止網路謠言、侮辱、誹謗、霸凌或仇恨與保障言論自由間取得平衡，肯定是網路時代的難題。

---

[1]在2000
年時，中國時報因報導國安局洗錢案，而遭檢察官搜索，致引發新聞自由與國家安全間的緊張關係，或許也因此之故，隔年，立法院即修法將搜索扣押的決定權回歸於法院，檢察官不再有此種強制處分權。

作者 吳景欽 為真理大學法律系副教授兼系所主任

Phoca PDF