

國立政治大學法學院法律學系

碩士學位論文

後真相時代之假訊息管制結構

— 以刑法規範為中心

A Study on Criminal Regulation of Disinformation in the Post-

Truth Era

指導教授：許恒達 博士

研究生：李侑宸 撰

中華民國 110 年 7 月

謝辭

提起筆，卻又瞬間失語，恍惚之間，又過了一年半載，終於完成了研究所學業。還記得第一次的研究所考試失利，讓我整個人陷入了無底深淵，本來想放棄從事法律這條路，心裡想著研究所考試都這麼努力，還是離夢想溝不著邊際，再加上當年度律師考試改革，是不是能游上岸都還看不著邊際。經歷了一段黑暗期，很感謝在這期間對我伸出援手的各位朋友們，給予我再度站起來與面對挑戰的勇氣，終於順利錄取進來就讀！如果時光可以倒流，過去的我如果現在就走在我的前方，那會我走上前，拍拍他的肩膀，跟他說「沒事，總有一天都會好的，你的努力會有價值的。」

本來在找指導教授的過程猶豫到底要寫實體法還是訴訟法，先感謝小軒哥跟我說進政大一定是非許老師不選(順便感謝小軒哥在高雄班上課帶我進入刑法領域也介紹我寫書等等，恭喜小軒哥學業順利！)，再加上感謝文傑學長那時候帶著我去參加台德交流論壇，雖然我一個字都聽不懂老師們的對談，不過當許恒達老師報告時，我就下定決心要拜入老師的門下了！老師的學識涵養與談吐都是我望塵莫及與敬佩不已，從那個時候開始，我就成為了一個忠實的達粉(只要有老師的課與演講排除萬難都要聆聽！)。在第一次找老師談論指導的過程，也很慶幸老師願意接納我不成熟的意見與收容我，並且每次看到我在政大校園遊晃都會跟我說：「感覺過的很爽喔，有沒有在念書啊！」，我就會深刻反省趕快躲回圖書館念書，謝謝老師讓我能在老師底下勵學精進，開拓了我法律上的視野，也時時刻刻提醒自己要與老師一樣的努力用功，真的很感謝老師這幾年的教學與指導！也很感謝口試委員王皇玉老師針對我論文不足的地方給予許多建議、感謝李聖傑老師提出論文可以更好的地方讓我知道自己的不足與盲點，非常謝謝兩位老師在繁忙的公務中撥冗指導我這本不成熟的論文。

在這兩年的刑法組的生活，從一開始備考期間都窩在圖書館準備考試，直到考完試之後才認識刑法組的大家，一起去組遊爬山、一起在刑中煮火鍋、在

刑中打麻將、在刑中講垃圾話跟討論法律問題、一起跨年、一起去啟弘學長家玩貓等等，讓我充滿了許多美好的回憶。

在刑中的兩年生活中，謝謝每一位學長姐、同學以及學弟妹，一起度過了研究所的時光。特別感謝啟弘學長在還沒很熟的時候，就在刑中撥冗提點我該如何撰寫謝老師的報告，也很常去吃晚餐聊一堆有的沒的；感謝孟郁學長是麻將團的固定班底，不好意思在寫論文的時候找學長打牌；感謝盈孜學姊除了一起修羅律師的課以外，也是刑中麻將團的常客，不過說好的唱歌也是還沒成行哭哭；感謝靖雯學姊雖然是民法組的，但也指點我許多研究所的學業與法律學識；感謝柏慶學長，從港明開始就認識學長了，也一路跟隨學長腳步踏入了政大，感謝學長在我考試的時候給予我許多的幫助與照顧；感謝奐均學長一起律訓，雖然學長都沒來上課，不過學長也是跟我一起講幹話的好對象，有空再來 PK 射飛鏢哈哈；感謝律翔學長跟我一起在 MAD 打球，不過說好的 Costco 都還沒去成；感謝惟翔學長帶我去台大打籃球！雖然我都被學長嘴砲欺負哭哭；感謝周易學長跟我一起討論刑法問題，順便介紹美食；感謝梗王瑞秋學姊，每次看到學姊在刑中就會想聽學姊講笑話與講梗；感謝刑中最粗的煥陽學長，帶我健身與「陽陽讓你笑」；感謝乾爹秉衡學長，教我怎麼注意論文格式；感謝芸蓁、宇航、宇祥、晉嘉、新翰、偉翔、智勻，一起修課、做報告、打球；感謝科榕幫我的書校稿、感謝彥榮一起健身、感謝洪爺在刑中講垃圾話。

還有溫暖的許門大家庭，彬哥每個禮拜三都一起上許老師的課，真的是持續了一年的上課好夥伴(還都在禮拜三下雨，我們真是好辛苦拍拍)；感謝峰哥的好歌喉與討論刑法問題；感謝宛吟學姊雖然一開始不太熟，不過後來也因為打麻將、打網球與常常在刑中講幹話，而越來越敬佩學姊了；感謝佳康學長傳承刑中地縛靈的位子，也幫忙我關於論文的大小事；感謝冠廷學姊凱瑞我法德；感謝大師兄華恩學長健身與幫忙許多事情；感謝子淳學姊常常自己做點心給許門的大家，也常常麻煩學姊學習怎麼幫老師計劃上的忙；感謝于晴學姊雖

然事務所工作繁忙，還願意在羅律師的課後跟我討論如何書狀寫得更好。謝謝許門的大家，希望以後大家工作有空時也可以聚聚聊聊天。

感謝爸媽這麼多年來的照顧，願意讓我上台北念書、資助我參加考試以及在台北唸書生活的最大支柱，雖然常常跟他們說唸書很辛苦、考試很辛苦或是寫論文很辛苦，不過他們也都是很支持，希望他們也可以滿意這個結果，讓他們以我為傲！

最後，感謝研究所生涯陪在我身邊的妳，有妳在旁邊適時的提點與幫忙，讓我成長了許多，並在我需要幫忙的時候都在我身旁，未來也請多多指教了！——「願妳未來的每一步，有我並肩而行」。

研究所生涯到此告一個段落，在這段期間修了所上的課與實務課程，都讓我受益良多，而論文的撰寫只是過程而總會有撥雲見日的一天，也是與自己對話的好機會，可以靜下心來去探求自己的不足。不過，在法律學習的路程中是永無止盡的，在此謹記，提醒自己面對未知的事物時，需要抱持著謙卑的態度去學習，我所遇到的每一位都是自己的一面鏡子與一位導師，也期許自己能夠珍惜自己所擁有，再去努力追求自己所不足！「人生最大的挑戰，就是在一個試圖將你定型的世界裡，誠實的做自己。」願我們在運用法律的同時秉持著人性與善良，莫忘心中的天平與劍，足以維持初衷而斬斷路上的荊棘。

「從前初識這世間，萬般流連，看著天邊似在眼前，也甘願赴湯蹈火去走它一遍，如今走過這世間，萬般流連，翻過歲月不同側臉，措不及防闖入你的笑顏。我曾難自拔於世界之大，也沉溺於其中夢話，不得真假，不做掙紮，不懼笑話。我曾將青春翻湧成她，也曾指尖彈出盛夏，心之所動，且就隨緣去吧，逆著光行走，任風吹雨打。」——節錄自歌曲〈起風了〉

李侑宸

2021 年 夏至 撰筆於 霧裡薛溪畔旁之綜合院館

When you want to give up, think about what makes you insist on here.

摘要

由於科技的興盛與網路便利性，網路平台業者的出現讓人民發表言論之管道與方式更為便利，訊息大量的產出，人們的注意力難以聚焦於單一事務與辨識資訊的可證性，「後真相時代(Post-truth Era)」的簾幕也於焉展開。在此脈絡下，假訊息的傳遞也日漸興盛，甚至影響社會重大事件的結局，例如選舉、公投以及防疫。再者，現今網路平台業者藉由演算法的運算下，產生了諸多的社會現象，例如過濾泡泡(Filter Bubble)或是回聲室(Echo chamber)等社會現象，而使用資訊者多接收著大量的假訊息，這些假訊息也影響著我們的日常生活，甚至干涉到民主政治的體現，導致傳統言論自由中之觀念自由市場，無法藉由更多言論來更正不實訊息而找出真理之存在，使得各國現今法制透過管制言論來防止假訊息之散布與侵害。據此，本文前揭內容先確立所要探討的對象係屬何種假訊息，從假訊息的定義分辨其與假新聞之異同，確立了假訊息非新聞學下的新聞概念後，並就現今假訊息之影響與言論自由之衝突調和下，認為管制假訊息迫在眉睫，而就散布假訊息違反法規範之框架，並且根據規範中保護法益之不同，藉由言論自由中之雙階理論而應採取不同之合憲性基準。

接著，透過憲法學之合憲性解釋與刑法學之法益保護原則，而就現今我國刑法與特別刑法中，箝制人民言論自由基本權規範是否符合比例原則之要求。最後，本文將透過刑法原理之解釋與網路守門人之間接侵權責任，來證立網路平台業者在沒有明文規範下，對於使用者所發布違反假訊息規範之言論，是否具有保證人地位而應該負責？如無盡到移除、刪除或防止假訊息之侵害的話，是否亦會構成不作為犯或是幫助犯等等。最後，介紹各國法制做為我國管理平台業者法制之借鏡。

關鍵字：假訊息、言論自由、法益保護原則、合憲性解釋、網路平台、資訊守門人

目錄

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機	1
第二節 研究方法與研究範圍	4
第三節 研究架構	4
第二章 管制言論自由及其挑戰.....	7
第一節 後真相時代之資訊傳播	7
第二節 管制假訊息與言論自由之衝突.....	19
第三節 刑法規範之管制假訊息手段	47
第三章 散布假訊息之刑法規範.....	54
第一節 假訊息刑法規範之法益重構	56
第二節 刑事法管制假訊息之正當性	93
第三節 現有機制的分析.....	134
第四節 小結	139
第四章 網路平台業者未善盡管理假訊息之刑法解釋	140
第一節 網路服務供應商.....	141
第二節 網路平台業者刑事責任的分析.....	146
第三節 其他替代機制之解決方案	171
第五章 結論.....	180
參考文獻	185

詳目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機	1
第二節 研究方法與研究範圍	4
第一項 研究方法.....	4
第二項 研究範圍.....	4
第三節 研究架構	4
第二章 管制言論自由及其挑戰.....	7
第一節 後真相時代之資訊傳播	7
第一項 假訊息的緣起.....	7
第二項 「假訊息」與「假新聞」之區辨.....	9
第一款 以「假訊息」取代「假新聞」	10
第二款 假訊息之定義	12
第三項 假訊息之影響.....	15
第四項 管制假訊息之需求	17
第二節 管制假訊息與言論自由之衝突.....	19
第一項 假訊息與言論自由基本權.....	21
第一款 言論自由之基本價值.....	21
第二款 我國關於言論自由之發展.....	24
第三款 假訊息在言論自由的保護領域	29
第四款 假訊息規範之類型化衡量	34
第二項 管制假訊息之爭議.....	39
第一款 言論自由市場之挑戰.....	39
第二款 假訊息對於言論自由市場之影響	41
第三項 利用刑事法管制之必要性.....	44

第三節 刑法規範之管制假訊息手段	47
第一項 散布者的刑事規範	48
第二項 網路平台業者的刑事規範	51
第三項 結論	53
第三章 散布假訊息之刑法規範	54
第一節 假訊息刑法規範之法益重構	56
第一項 高價值言論	60
第一款 選舉制度之流變	60
第二款 條文要件分析	61
第二項 低價值言論	62
第一款 一般性法益	62
第二款 商業性言論	68
第三款 公共衛生言論	72
第四款 飛航安全言論	73
第五款 公共安全言論	74
第六款 軍事言論	75
第七款 食品安全	76
第三項 現行規範之管制結構	76
第一款 抽象危險犯之立法結構	76
第二款 適性犯之立法結構	79
第三款 小結	80
第四項 假訊息之實務判決研究	81
第一款 高價值言論	81
第二款 商業性言論	83
第三款 其他低價值言論	85

第五項 小結	92
第二節 刑事法管制假訊息之正當性	93
第一項 管制假訊息刑罰規範之合憲性前提	94
第一款 言論自由與保護法益	94
第二款 我國釋憲實務合憲性標準之觀察	98
第三款 小結	107
第二項 假訊息刑罰規範之合憲性解釋	108
第一款 高價值言論之刑罰合憲性	110
第二款 一般性法益之刑罰合憲性	115
第三款 商業性言論之假訊息規範	118
第四款 其它低價值言論之假訊息規範	126
第五款 小結	133
第三節 現有機制的分析	134
第一項 以刑事法管制之有效性	135
第二項 我國非刑法之管制假訊息機制	136
第一款 數位通訊傳播法草案	136
第二款 事實查核機制	137
第四節 小結	139
第四章 網路平台業者未善盡管理假訊息之刑法解釋	140
第一節 網路服務供應商	141
第一項 網路服務提供者	141
第二項 網際網路服務提供者之法律責任	144
第二節 網路平台業者刑事責任的分析	146
第一項 網路平台成立共同正犯之可能性	151
第一款 共同正犯之成立要件	151

第二款 網路平台業者共同正犯之討論	152
第二項 網路平台成立不作為犯之可能性	153
第一款 網路平台業者保證人地位之確立	154
第二款 網路平台業者成立不作為犯之檢討	156
第三款 網路平台業者成立幫助犯之可能性	162
第三項 小結：網路平台業者不成立犯罪	168
第三節 其他替代機制之解決方案	171
第一項 NetzDG 德國社交網路執行法	173
第二項 馬尼拉中介者責任	174
第三項 法國管制假訊息之規範結構	175
第一款 概述	175
第二款 反資訊操縱法	176
第三款 立法分析	177
第五章 結論	180
參考文獻	185

第一章 緒論

第一節 研究動機

現今的社會係從農業社會至工業社會後的大轉變，邁進了資訊為主要產業形式的社會型態，又稱為「資訊社會」¹。而現今資訊社會充斥著大量的訊息，因為科技的便利性帶來網際網路、數位傳播以及社群媒體的快速發展，致使人類的生活型態產生急遽的改變。從以前的街坊相談、口耳相傳與印刷術的資訊傳遞，如今藉由廣播、電視、電腦與智慧型手機為核心的通訊工具，並以此為前提建立社交平台，助長了即時通訊與網際網路的高度發達，這些技術的發展，使得只要擁有工具之人，便能藉此與遠在千里之外的人們互相交流，縮短了彼此之間的真實距離，並且成為了不可或缺之生活必需品，主導了人們的生活。網路平台業者的產生也促進了人民對於公共事件之討論與表達，不過這種便利性也會潛在的造成有心人士利用平台之演算法、大數據與自動化程式，作為散布假訊息者之手段與目標，對公民社會造成危害²。

雖然上述的工具帶來了生活上的便利性，也加速了資訊傳遞與訊息的流通，而訊息又是人類面對未知與不確定的社會情勢時，必須優先獲取的關鍵品項。然而，現代社會的特點在於流動著非常多的訊息，倘某些人因私人的政治立場、慾望需求或是商業利益而發布內容不實的訊息時，接收資訊之社會大眾往往不易辨識與判斷，面對接下來不確定的風險該如何應對，甚至可能出現錯誤選擇或舉措，讓此假訊息繼續傳遞下去，進而影響到各種社會生活利益層面。由於每個接收資訊者都是潛在的傳遞對象，這也就是網路世代造成大量言論廉價的肇因，因為每一位說出來的話都能當作似是而非、模稜兩可之「事實」。

¹ 劉平君，資訊社會的解構實踐 Derrida、Foucault 和 Baudrillard 的觀點，資訊社會研究，頁 84，第 20 期，2011 年 7 月。

² 鄭宇君，社交媒體假訊息的操作模式初探：以兩個臺灣政治傳播個案為例，中華傳播學刊，第 39 期，2021 年 6 月，頁 5。

而散布假訊息造成的社會影響層面為何？就我國近期的重要事件而言，包括了 2018 年以及 2020 年初進行的縣市長選舉及總統選舉，總統選舉之後，緊接著又因中國發生新冠肺炎，而帶來社會不安，防疫警戒的措施也因為人們不甚了解而流竄著許多假訊息。在這個變化極大的時代中，人們被迫必須進行各種決定，不論是政治決定，究竟要投給那個政治人物或政黨，以決定臺灣接下來的命運，或是面對看不見的微生物時，我們究竟要如何防疫？是否在開放空間要戴上口罩？是否口罩的原料與衛生紙相同，而使得衛生紙同樣可能在防疫期間缺貨？某程度而言，不論是政治決定或是防疫控管，都讓我們的生活面臨無法直接控管且高度不確定的風險，這種不確定感必然帶來人們的心理焦慮，為了解決不確定感所帶來的社會不信任，人們往往傾向「蒐集相關訊息」以應對不確定的風險。

例如評估政治人物的好壞時，我們要聽其言、辨其行，但不是每個人都能夠親臨政治人物的造勢現場，我們毋寧只能依賴對於該政治人物的媒體報導或個人心得，藉以了解該政治人物；相同的情況，一般人了解微生物學有限，卻又擔心被病毒感染，只能蒐集相關訊息以正確採取防疫方法。舉例來說，近期(2020 年 5 月)新冠肺炎疫情嚴重，使得口罩需求大增，而口罩是用不織布為其原料，這與紙漿作為原料的衛生紙完全無關，但竟然有衛生紙的經銷人員在網路平台上發布內容假訊息，假意告知民眾口罩與衛生紙的原料相同，接下來會有一波衛生紙缺貨的情況，民眾已經因為疫情而困擾不已，又聽到此種消息，自然無法有效辨識真假，隨即開始屯積衛生紙，一般民眾因而不易購買到衛生紙。從這個案例可以很清楚地看到，衛生紙與病毒疫情其實毫無關係，卻因為假訊息的傳播而讓衛生紙缺貨。

為什麼上述的假訊息傳播是我們這個世代的主要課題呢？此乃源自於上述的科技發達，網路平台業者所設立出來的互動平台被其背後所創造的商業利益所牽動著，商業利益的龐大商機也使得網路平台將自己所關注的人事物，透過

演算法的運作下，不斷的推送在自己眼界所及，進而導致「過濾泡泡」(Filter Bubble)、「同溫層」(Homophily)³以及「回聲室」(Echo Chamber)的現象產生，強化了人們只願意相信或接受符合自己認知的事物或是意見，而接觸到不同意識層面的評論與意見越趨稀少，故又被稱作為「後真相時代」(Post-Truth Era)⁴。也因此，假新聞與假訊息所帶來的問題把事實逐漸透明化，事實的重要性越來越稀薄，其後果導致言論立場的兩極化與社會分裂跟混亂，造成民主制度岌岌可危，成為選舉制度之匕首而產生重大威脅⁵。況且，會造成如此大的衝擊的一部分原因係來自於上述的現象，而非訊息本身所傳達之意思，因為，網路平台作為當代之訊息交流模式，對假訊息的散布具有相當程度影響性的促進效果。

據此，透過上述案例說明，可以明顯地發現，本文認為現今充斥著不實訊息，對此我們的社會必須要有一套足以應對假訊息的方式⁶，而手法通常是透過法律明定與管制，任何人不得散布內容不實的訊息，倘若受管制者不理會法律規範的要求，法律會給予一定程度的制裁，此作法可說是法規範應對假訊息的基本方式。然而，當假訊息愈來愈多，法規範的管制是否可能出現相互合適的配套措施，此些疑問本文即需予以澄理解。畢竟，當立法者選擇動用了刑事法之規範與制裁效果，影響的可不只是收到罰單這種可以用金錢之賠償方法來彌補散布假訊息造成之危害，更甚者會讓散布者受到自由刑之處罰，在動用的制裁手段與法規範目的間能否達成平衡，而為影響人民權益的最小侵害手段，本文將逐一探討之。

³ 在這裡指的是個體更傾向於與他們相似的人交往和建立連結。

⁴ 羅世宏，關於「假新聞」的批判思考：老問題、新挑戰與可能的多重解方，資訊社會研究，2018年7月，第35期，頁56。

⁵ 王維菁、廖執善、蔣旭政、周昆璋，利用AI技術偵測假新聞之實證研究，中華傳播學刊，第39期，2021年6月，頁45。

⁶ 何吉森，假新聞之監理與治理探討，傳播研究與實踐，第8卷第2期，2018年7月，頁17。例如制定「反滲透法」、修正「通訊傳播基本法」或是與第三方合作機制建立查證假新聞之機制等等，透過政府部門與企業之合作共同抵抗假新聞與假訊息之傳播。

第二節 研究方法與研究範圍

第一項 研究方法

本文的研究方法上係採用文獻分析法（Document Analysis），就是用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、分析以及評論等等，對近年來假訊息的刑事法規範呈現學理上的討論與實務運作情形，在此之間有可供本文做出分析，做出整合本文見解與相關文獻資料內容，對於刑法軌範之合憲性解釋提出淺見，與重新建構關於假訊息刑事法規範之合憲性解釋。

第二項 研究範圍

本文的研究範圍設定為假訊息對於言論自由的影響、假訊息管制規範之合憲性解釋以及網路平台業者是否構成刑法犯罪之研究。故本文在討論範圍原則上僅限定在具有刑罰制裁效果之刑法規範上，並且對於網路平台業者針對刑法學理上做分析與討論，是否會構成學理上或刑法總則規範之共同正犯、不作為正犯以及共犯等等，就散布假訊息之刑事責任可否歸責給網路平台業者進行探討。此外，本論文研究亦有主要係從憲法學之角度綜合刑法學之觀點進行結合，將憲法學之合憲性審查建構標準與刑法學之法益保護原則相互統整與結合，找出在現行法規範底下，管制假訊息之合憲性建構解釋路徑與建立審查標準，探尋立法者是否對於人民之言論自由有侵害之虞，而該當於法規範之要求與比例原則之最小侵害手段等等。故其研究範圍的重點在於，政府應否對假訊息管制，而管制的影響與刑法對於現今言論自由與網路科技的發展是否合適。

第三節 研究架構

基於上述的問題意識與發想，本文的研究架構如下：在此將先說明本論文在第一章討論研究動機、所採用的研究方法以及研究範圍，並透過整部論文的架構，向讀者報告本論文的探討方式、議題與範圍，俾使讀者能夠快速找出各章節的重點與問題意識。

本文第二章將會從假訊息的緣起，說明假訊息從古至今都存在吾人的社會生活中，只是多半並不會察覺，而在網路時代尚未發掘之際，吾人在接收資訊的管道皆為新聞媒體，故其也會報導未經合理查證的新聞，藉此點出假訊息的定義係與假新聞不同。在定義假訊息之後，會發覺到假訊息已經對於吾人社會造成巨大的影響與改變，故將探討是否將假訊息管制之必要性。如果需要將其管制，那會是與憲法上人民皆有言論自由之權利相衝突。對此衝突之情形，本文將比較美國法上有無相關案例可資參照，其在與人民言論自由權利相衝突時該如何處理，並且整理我國是否在過往亦有對言論自由進行管制或是大法官針對言論自由之管制做出解釋，其應對方式又會依照言論類型的不同而做出區別，以作為我國法制之借鏡。最後，結論不管在美國法或我國法上，皆有對言論自由進行管制，故對假訊息管制是合法的，接下來將進行盤點我國現今法制上對假訊息管制之規範類型。

第三章則是以憲法上管制言論自由權利，在我國似有承襲美國法上之言論價值之類型化衡量以及司法院大法官解釋第 414 號所採取之「雙階理論」，將管制假訊息之刑法規範分為高價值言論之刑法規範與低價值言論之刑法規範，其中高價值言論代表著是政治性言論與其管制規範，而低價值言論又可分為刑法典上一般性管制假訊息條款以及特別刑法中管制假訊息之條款，將其分類、探討其法規範要件並研究目前我國實務判決上之發展狀況。再來則是依照刑法特有的合憲性解釋理論，逐一檢視與建構各個管制散布假訊息之刑事法規範，有無可能侵害到憲法上保障人民言論自由權利之意旨，而違反比例原則，造成對人民之不利益。最後，將對我國現今管制假訊息之其他機制規範進行分析。

第四章的部分，會先定義網路平台業者之定位，以網際網路服務提供者作為網路虛擬世界之資訊媒介，已經扮演了資訊交流樞紐之角色，因此對於網際網路服務提供者是否未善盡其管理責任，應對使用者不法行為負責之爭議。本文將依照刑事法上之法理，在刑法上構成正犯、不作為犯或共犯的責任，以此

區分可否將網路平台業者對於使用者之違法行為予以歸責。與此相對地，將會影響到數位時代使用者獲取充分資訊與言論自由表達權利，是故本文明確釐清網路服務提供者與網路平台業者之責任與現行法律爭議。最後，若無法對網路平台業者進行刑事責任歸屬後，是否有其他外國法上之機制，以來替代法律管制網路平台業者之機制，本文將一併做介紹。

最後第五章的結論就為本文之研究成果呈現，在對人民進行管制言論自由之假訊息規範上，應限縮在符合法律明確性並與規範法益相關聯之假訊息，才不會過度箝制人民對於公共政策之意見表達與侵害人民之言論自由權利；在網路平台業者上，本文認為其作為使用者交換意見之樞紐，現今刑事法仍無法對其進行管制，應另行擬定法制將網路平台業者與政府共同維護平台之言論，使其不再因為假訊息而造成使用者無法達到言論自由市場理論之意見交流，找尋出真理。

第二章 管制言論自由及其挑戰

第一節 後真相時代之資訊傳播

第一項 假訊息的緣起

「後真相」(Post-Truth) 這個是被牛津辭典選為 2016 年度代表的字彙⁷，其定義係為「客觀事實對於型塑公共輿論的影響力，不如訴諸個人的情感與信念」(circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief)，並且當英國脫歐⁸和川普當選美國總統⁹時更是充分體現了詞意。然而「後真相」並非代表這個時代，再無真相可信，而是指人們不再重視不同意見之立場，並思考事件的整體脈絡與其真實性，也因此，真相是否永遠只有一種面向嗎？必須強調的是「假訊息」並非只有在現代社會中才有出現¹⁰，早在西元 1835 年間，紐約《太陽報》就為了促進其銷售業績並吸引社會大眾的目光，刊登了所謂的「月亮大騙局」(The Great Moon Hoax) 的假新聞，並且成功打造了知名度，而其銷售量更打敗紐約其他報社所發行的報紙，也超過當時創刊已經有數十年歷史悠久的倫敦報紙，成為當時全球銷量最大的日報¹¹。

這種為了追逐銷售量和背後的廣告收益而不惜製造假新聞的行為，在當時的社會並非僅有「太陽報」所採行，各家媒體看見了人們的注意力可以轉換成

⁷ Oxford Languages：Word of the Year 2016, From：https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/, (Last visited：2020.06.21)

⁸ 破天荒英國脫歐，幕後黑手全靠假新聞，今周刊，2019 年 07 月 17 日，網址：<https://www.bustoday.com.tw/article/category/154769/post/201907170045/%E7%A0%B4%E5%A4%A9%E8%8D%92%E8%8B%B1%E5%9C%8B%E8%84%AB%E6%AD%90%20%20%E5%B9%95%E5%BE%8C%E9%BB%91%E6%89%8B%E5%85%A8%E9%9D%A0%E5%81%87%E6%96%B0%E8%81%9E>，最後瀏覽日：2020 年 6 月 21 日。

⁹ Evaluating Information：Fake news in the 2016 US Elections, From：<https://libraryguides.vu.edu.au/c.php?g=460840&p=5330649>, (Last visited：2020.06.21)

¹⁰ 詳見參照羅世宏，同註 4，頁 53-54。

¹¹ 吳修銘 (Tim Wu) 著，黃庭敏譯，注意力商人，2018 年，頁 36-37。

背後的廣告收益，無所不用其極的來吸引讀者的目光，為了就是豐厚的市場回報，而不惜的背離了事實真相，轉而用獵奇、古怪、捏造等「假新聞」來增加銷售量¹²。

由此可見，假新聞的問題在歷史上已經存在許久，而為了因應這個問題，新聞業在 20 世紀初有進行逐步的改善並且建立了許多的準則¹³。例如，新聞專業主義¹⁴與新聞教育的制度化，也因為製造新聞所帶來的聲望成本和流通成本太高，導致新聞業不再為了銷售量而隨意造假，否則將會付出昂貴的成本代價，且新聞造假行為也逐漸被納入立法管制，若涉及製造假新聞之行為恐導致嚴重的法律後果等等¹⁵。不過，這樣的改善也只是曇花一現，在網際網路與社群媒體興起後，例如知名網路平台臉書（FaceBook）與搜尋平台谷歌

（Google）利用了人們對於網際網路的注意力¹⁶，了解人們的需求與欲望，把你有興趣的東西推到你面前，讓你不注意都不行，藉此開啟商業獲利模式。也因此，運用免費的注意力讓網路平台向人們兜售情感慰藉與人際關係，成為了人民在日常生活互動中不可或缺的社交平台，導致傳統的新聞業馬上被棄如敝屣。新聞專業主義來約束新聞界的人以及新聞教育制度的重要性與影響力正在逐漸下降，新興網路科技已經逐漸取代傳統媒體業者，上述的改善方針也無濟於事，導致當前這個時代的「假新聞」、「假訊息」等議題再度油然而生。

¹² 參見吳修銘(Tim Wu)，同註 11，頁 40-41。

¹³ Bill Kovach & Tom Rosenstiel, *The Elements of Journalism: What Newspeople Should Know and the Public Should Expect*, Three Rivers Press, (2007). 書中提到新聞之報導內容需具有全面性、重要的意義和相關性、為公眾提供論壇、精確與可靠性以及具有保持獨立性。American Press Institute, *The elements of journalism*, from: <https://www.americanpressinstitute.org/journalism-essentials/what-is-journalism/elements-journalism/>, (Last visited: 2021.05.28).

¹⁴ American Press Institute, *What is journalism?*, from: <https://www.americanpressinstitute.org/journalism-essentials/what-is-journalism/>, (Last visited: 2021.05.28). 就新聞專業性來說，即在於為人們提供經過驗證的信息，故新聞的產出最重要的是經過系統性的、有紀律的驗證。

¹⁵ 羅世宏，同註 4，頁 54。

¹⁶ 吳修銘(Tim Wu)，同註 11，頁 441。

現今社會來到了網際網路時代而資訊唾手可得，誰掌握了資訊，就代表著掌握了人民對這個社會的認知，進而可以利用更多的資訊去操縱社會上接受到資訊的人¹⁷。再者，大多數人寧願相信自己所認定、追蹤的粉絲專頁、公眾人物所撰寫的評論、文章，看著與自己意見相同的新聞媒體隨意操作報導，或是人們輕易就相信了朋友圈內所轉貼或分享來的種種消息，然後再扮演著「傳遞訊息者」的角色，將這些消息用二分法的方式，輕易地評論並劃分界線。

但事實上，每一個事件、消息都有許多的面向，「傳遞訊息者」只選擇傳達能推動、想推動的事實，其傳達的意圖可能是好意的，也可能是惡意的，而事情總是一體兩面的呈現，既可以符合客觀現實，也可以是故意扭曲客觀現實，一般人都是會選擇對自己處境最切合利益之真相。只是我們多半不清楚，大多時候言論儘管真實，卻無法傳達完整的真相，傳遞部分真相因此而成為溝通方式中不可避免的特徵。雖然脈絡對理解事物極為重要，人們卻可以用截然不同的方式描述同一套脈絡。也因此，在這個資訊爆炸的時代，閱聽者的傳達與選擇成為了關鍵因子，間接著助長了假訊息的傳遞與散播。

第二項 「假訊息」與「假新聞」之區辨

經過前述關於假訊息緣起的整理，由此可知「假新聞」或「假訊息」從古至今以來一直都存在著，而在討論假訊息對我們的影響之前，如果我國政府欲針對散布假訊息來進行管制，首先要面對的問題就是，應如何定義「假訊息」這個尚未存在我國法律之詞？單純從中文的意思來看，如果將假訊息定義為內容不正確或與事實不相吻合的新聞，則跟錯誤的報導或未經明確的查證就報導出來的新聞等多有相似而使一般人無法明確瞭解到底假訊息跟假新聞有何差異，故本文以下將依兩個觀念作介紹與分析，在適用上須以何者為適當，以因應後真相世代之演變。

¹⁷ 吳修銘(Tim Wu)，同註 11，頁 23-24。

第一款 以「假訊息」取代「假新聞」

在學說上有認為假訊息稱亦為假新聞，其主要的論述依據在於，就假訊息這個字面上的意義而言，無法傳達出散布訊息者所要表達及影響之動機，因為散布者的動機即是在使「假的訊息」成為新聞內容，用假新聞一詞其本身蘊含著傳播意義，才能凸顯出現今社會所擔心著虛假杜撰之資訊散播問題¹⁸；亦有學者從新聞學的定義作為區分點，因為在新聞學上關於假新聞(Misinformation)的內涵，係非惡意所製造產生，舉凡在新聞上人名、地點錯誤等等皆屬之，由於新聞的發布是一個講求時效的工作與產品，一般來說便不可能面面俱到，故只能要求記者在做第一線報導的同時，盡到查證義務，且現今新聞如果不搶在第一時間就發布，很可能會造成後面的流量收益流失，故查核或查證工作便有相當的困難度¹⁹。

亦有國外學者整合了 2003 年至 2017 年間使用「假新聞」一詞的 34 篇學術文章進行的審查，將假新聞類型的分類為六大部分：新聞諷刺（News Satire，係以幽默誇大的方式呈現）、新聞模仿（News Parody，以真實或正式的新聞播報外觀方式）、捏造的新聞（News Fabrication）、圖像操縱（Photo Manipulation，用真實的照片或影片產生新的敘述內容）、公關廣告（Advertising and Public Relations，預先製作好、類似新聞）和政治宣傳（Propaganda）。這些定義基於考量事實的真實性以及意圖欺騙的程度這兩個方面，得出最讓閱讀者誤解之新聞乃是藉由真實性低惡意性高的圖像操縱以及捏造的新聞²⁰。

¹⁸ 黃銘輝，假新聞、社群媒體與網路時代的言論自由，月旦法學雜誌，第 292 期，頁 8，2019 年 9 月。

¹⁹ 參考林福岳之發言，假訊息之規範途徑及其爭議—打假 VS. 打壓言論自由，月旦法學雜誌，第 292 期，頁 68，2019 年 9 月。

²⁰ Edson C. Tandoc Jr., Zheng Wei Lim & Richard Ling, Defining “Fake News”: A typology of scholarly definitions, Digital Journalism, 1-12, (2017). From : <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/21670811.2017.1360143>, (Last Visited : 2021.05.28)

然而，無論假訊息如何的來定義之，還是難以明確，因為如果能精確定義出何謂「假訊息」，相反地，便必然有「真訊息」之存在²¹，但所有的訊息具有許多的面向，端看散布者的意圖來決定傳遞什麼樣的訊息，並且讓閱聽者了解到何種面向的訊息。所以訊息的散布也可以說是複雜而具有多重樣態，難以準確描繪。況且，在現代社會中人人都有一支手機、一台電腦的情況下，每個人都能藉由網路社群平台發布訊息，存在著很多非傳統媒體機構的報導，也缺乏著新聞媒體的編輯規範與程序，只要有心，人人都可以當一個公民記者，而無法保證訊息的準確度與可信度。

因此，如果用假新聞本身這個詞來描述現今社會每個人所散布的訊息，將會對傳統媒體業造成法律名詞定義上的誤解，對傳統新聞媒體而言，只有新聞報導錯誤或為基於事實查證原則所做出之錯誤新聞，而無「假新聞」一詞²²。故本文認為討論的重點還是放在散布錯誤資訊者所造成的刑法管制，在本文的撰寫上仍以假訊息一詞作為討論的對象，係因消息之定義本身不一定代表傳統媒體業者所發布，在現代科技發達的社會中，更有多數是來自你我身邊的行為人，而廣泛的包含各種刻意捏造的虛假陳述。

據此，本文認為，因為新聞自由受到憲法保障，被認為是行政、立法與司法以外的第四權²³，若將管制假訊息定義為管制假新聞的話，很可能被冠上箝制新聞自由之名、政府為了打壓不同意見的聲音而立法管制，如此一來將喪失原本打擊假訊息之美意，故假訊息一詞在本文的定義上仍然包含出於惡意、有背後目的刻意捏造、操縱意涵的訊息，而不包含錯誤報導或未經查證之「假新聞」。

²¹ 廖義銘，假消息管制之立法問題，台灣法學雜誌，第 372 期，頁 108，2019 年 7 月。

²² 參考王維菁之發言，同註 19，頁 85-86。

²³ 關於新聞內容屬於第四權之詳細內容可參照林子儀，言論自由與新聞自由，月旦出版社，頁 63-131，1993 年 4 月；吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，自版，第 6 版，頁 213，2019 年 9 月。

第二款 假訊息之定義

摒除了「假新聞」一詞，接下來將重點放在如何定義「假訊息」。對於定義假訊息來說，做為一個虛偽陳述的內容，單單從定義上來看似乎無法將假訊息完整的涵蓋，且因假訊息的態樣多變。例如，由假帳號（False accounts）、由非真人控制的機器帳號（Bots）或是網軍農場（Troll farm）中真人控制的分身假帳號，皆是散布假訊息的來源²⁴；亦有改編新聞內容、冒名新聞組織之真實來源、偽造完全錯誤內容之新聞以及以內容完全與圖片不實者之新聞等等²⁵；或是出於惡意、虛偽假造、造成危害的不實訊息，亦即需具備「基於惡意欺騙公眾或創造不當經濟利益之目的」、「創造散布可驗證的錯誤事實，或誤導性訊息」、「有危害民主政治健全運作，或公共安全之可能」等要件²⁶；散布者將自己或他人捏造、扭曲、篡改或虛撰全部或部分可證明為不實的訊息，有故意、意圖式地藉由媒體、網路等，而用圖片、文字或影音的方式散布，讓人誤以為其所散布之訊息為真，因而造成公眾或個人受有損害²⁷。

除了中文文義上的定義外，或可從這個詞彙「Disinformation²⁸」，係假訊息在英文上的單字來解釋，這是歐盟針對假新聞議題所成立的「高階專家小組」在其 2018 年的工作報告所提出的，該報告主張使用「Disinformation」取代「fake news」。因為所謂的「fake news」其內容並不是指全然都是虛假不實的新聞，而是具有虛構的新聞資訊與事實交相混雜，且實際上的傳播態樣也未必全然是以新聞的形式為之。故本報告中定義的虛假訊息包括各種形式上的虛假訊息、故意提倡造成公共損害或獲得利益的虛假訊息、不準確或誤導性訊息。不過這些非法內容的訊息並不包括係牽涉到誹謗，仇恨言論，煽動暴力而產生的

²⁴ 參考蘇慧婕之發言，同註 16，頁 76。

²⁵ 施達妮撰，顏好恬譯，數位時代的假新聞，漢學研究通訊，第 37 卷第 3 期，頁 8，2018 年。

²⁶ 徐弘儒，高雄地檢署主任檢察官，網址：

<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/3001206>，最後瀏覽日：2020 年 6 月 30 日。

²⁷ 參假訊息查證專區，臺灣基隆地方檢察署網站，網址：

<https://www.klc.moj.gov.tw/293105/731700/727701/727712/>，最後瀏覽日：2020 年 6 月 30 日。

²⁸ 係參照歐盟不實訊息實踐準則所採用的假訊息一詞稱之。

問題，也不包括其他形式不會引起誤解的諷刺和模仿²⁹。除了歐盟的定義外，或可藉由 Paul Chadwick 在其撰寫的報導中指出假新聞的定義係為「蓄意虛構捏造的不真實內容訊息，並且意圖誤導閱覽者將虛構視為事實或懷疑經過驗證之事實。」其中包含六大要件，有虛構、杜撰、蓄意、寫實的呈現手法、誤導以及讓接收者混淆事實與虛構而質疑³⁰。

而現行法關於假訊息的定義有明文規範在條文內容中，就既有的法規範來做為闡釋依據。依行政院推動的修法³¹來看，為了因應假訊息所新修正的法條構成要件皆有：「故意散播謠言或不實訊息足以損害公共或他人者處以罰金。」為基準。據此，本文認為假訊息的定義應該要明確限縮在行為人所散布之訊息係蓄意杜撰捏造而與事實不符之內容。換言之，行為人在客觀上所傳述之內容可證明為不實或以捏造、虛構之內容而可能產生危害，且主觀上需具有故意或意圖，就是散布者主觀上有散布之意圖或未必故意，並且認識到客觀上之不實訊息散布之對象甚廣而有可能產生危害。

綜上所述，或許學說與實務上對於假訊息的定義仍未有定見，現實上在社會中所流竄的資訊也會有各種不同樣貌的呈現，就好比疫情嚴峻地當今社會（按：2021 年 5 月），除了每天下午兩點中央疫情指揮中心以及衛生福利部所公佈的疫情資訊外，其他有關於疫情資訊的披露在主管機關之認定下，皆有可能被認為散布不實訊息。例如疫調公布的足跡若不一致是否為假訊息？確診人數與公布數據的差異，多或少了幾個才算是「不實訊息」（更別提現今有校正回歸之統

²⁹ HLGE, *A Multi-dimensional Approach to Disinformation: Report of the High-Level Expert Group On Fake News and Disinformation*. From : <https://sites.les.univr.it/cybercrime/wp-content/uploads/2017/08/Amulti-dimensionalapproachtodisinformation-ReportoftheindependentHighlevelGrouponfakenewsandonlinedisinformation.pdf> (Last visited : 2021.05.28)

³⁰ Paul Chadwick, *Defining fake news will help us expose it*, The Guardian , (2017). From : <https://www.theguardian.com/media/commentisfree/2017/may/12/defining-fake-news-will-help-us-expose-it>, (Last Visited : 2021.05.28). ;

³¹ 行政院新聞稿「行政院會通過『災害防救法』第 41 條修正草案等 7 案」，2018 年 12 月 13 日，行政院網站，網址：<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/27188d0c-a138-4b1f-a292-340f18824a42>，最後瀏覽日期：2020 年 7 月 12 日。

計)？網路瘋傳總統是否染疫？又或是行政院長是否藉由疫苗來進行買賣股票？面對各式各樣的資訊在疫情期間廣為流傳，是否認為上述訊息皆難以定義何謂真實、何謂虛構？並且，我國假訊息的型態樣貌也與國外略有不同，國外的假訊息居多以新聞網站的標題並架設於非真實性的新聞網站；而我國多以訊息之方式廣泛流通於各種群組，或在網路上以個人名義發布貼文。

故本文認為訊息的內容很難以單一面向進行定義而作為認定標準，或許可藉由 Cass Sunstein 教授將假訊息言論做出類型化的架構，根據：(1)散布訊息者的主觀犯意狀態、(2)因散布訊息者的不實言論所可能造成的傷害、(3)此傷害發生的可能性、(4)散布不實訊息所造成的危害是否具有立即性、傷害將會發生的時機點³²？統合以上四點對假訊息做類型化的分析，而有助於執法者或裁判者在認定假訊息的不同個案事實與情況下，將行為人散布之訊息內容與行為是否符合法條所規定的構成要件與保護法益，而做有無違反法規範之認定。不過若在行為人可資確信其訊息內容為真或涉及公益而有經查證時，或許可採用刑法第 310 條第 3 項之「合理查證原則」³³或是美國法上之「真實惡意原則」³⁴而作為限縮行為人散布假訊息之成罪空間。不過關於此種解釋，尚未在我國實務中所採用，其僅限於誹謗罪、總統副總統選舉罷免法或公職人員選舉罷免法之案件有所適用，本文認為應該推及於其他關於管制散布假訊息之規範，以避免過度侵害人民之言論自由基本權。

³² Cass Sunstein, Liars: Falsehoods and Free Speech in an Age of Deception, 12-17, (2021).

³³ 司法院大法官釋字第 509 號解釋意旨：「至刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。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，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。」

³⁴ 行為人只有在「明知其言論不實」(with knowledge the statement was false)，或「對於其言論真實與否毫不在意」(with reckless disregard of whether the statement was false or not)之情況下，才會成立行為人誹謗或侵害名譽行為的刑事責任。

第三項 假訊息之影響

隨著網際網路的興起與普及，傳統型媒體或是非機構式傳播者進入網路資訊市場的成本已經大幅降低，此時用傳統的新聞媒體規範準則來要求競爭者遵守從前的規範已不可預見，且網路平台的興起亦會衝擊原先傳統媒體之市場。據此，假訊息配合網路之發展，傳播的速度與範圍無遠弗屆，對輿論所造成的影響力不容小覷，當任何人只要打開手機、動動手指上網便可發布一則貼文、訊息，此時有心人士無論出於何種目的，皆很容易斷章取義、或是只擷取對自己有利的一面，用「帶風向」的方式博取版面，即使政府或其他有正確消息之人出來澄清，但先前之不實言論已經對當事人造成不可逆的傷害，更別提輿論之影響範圍除了個人，可能還會涉及選舉、公共衛生、公共安全或其他公共相關事務。況且，假消息傳遞快速、迷惑受眾進而引導輿論之特性，對民主社會發展造成負面的影響。

而經由演算法(Algorithm)的開發及觸及率的延伸，假訊息在同質性高的社群網路媒體更是無止境的傳播，只要人民接受特定觀點，假訊息便可一直佔據在特定人民的版面，進一步的去打擊其他不利於假訊息立場的訊息或是媒體。這也是被稱作為過濾泡泡(Filter Bubble)，從 Google³⁵、Facebook、雅虎新聞甚至是紐約時報，都對於使用者現在越來越個別化，它們會根據使用者的網絡歷史記錄過濾訊息，向使用者展示網路平台認為使用者所想看到的內容，專門為使用者創建了一系列個別化的過濾泡泡，這也代表著每個人可能與其他人所看到的或我們需要看到的不盡相同，每個使用者的過濾泡泡是獨特的、隱形的而個別化的世界，而讓使用者越來越難以逃脫³⁶。更甚者，如果假訊息影響到對

³⁵ 事實上，即使是 Google 也不完全知道演算法在個人層面上是如何發揮作用的。只能在總體層面上看到人們點擊率。所以他們無法預測每個人的訊息環境是如何改變的。一般來說，最有可能被編輯掉的東西是你最不可能點閱的。雖然說這可能是一項真正的個別化服務，如果使用者從未閱讀過有關體育的文章，為什麼報紙要在您的頭版刊登足球故事？但是，將相同邏輯應用於有關外交政策的訊息，問題就開始出現了。諸如無家可歸或種族滅絕之類的事情並不是很容易被點擊，不過卻是非常重要的，就會被閱聽者忽略而無法引起對話或共鳴。

³⁶ 詳見可參考 Pariser Eli, *The filter bubble : what the Internet is hiding from you*, (2011). 書中提到，

於個人名譽、民生經濟、民主政治或是公共安全之虞，皆會產生不容忽視的破壞。

例如，我國 2018 年的地方首長選舉便受到了假訊息的影響而左右了最後的選舉結果³⁷；最近情況(2020 年 4 月)也有關於民生物品的採購需求上，在新型冠狀病毒的疫情影響下，竟有不肖衛生紙業者，在網路平台上謊稱口罩原料與衛生紙原料相同的假訊息，造成衛生紙一度供不應求、價格抬升飆漲等有利於衛生紙業者的行為³⁸；更嚴重的是，因為新冠病毒的影響造成人心恐慌，假訊息更是層出不窮。在新竹地區有 5 名女子上個月(2020 年 6 月)在 LINE 群組散佈疫情假訊息，謊稱「緊急通告！新竹市已確診一例新竹空軍基地剛確診一位已感染肺炎，請大家外出一定要戴口罩，回家記得勤洗手，沒事不要趴趴走。」經警調蒐證發現根本沒有該確診病例，隨即依傳染病防治法第 63 條移送，新竹地檢署將 5 名女子全部做出緩起訴處分，針對此種未經查證的疫情不實消息，亦會對於社會之秩序與防疫措施造成不利的影響³⁹。

在現在台灣疫情趨緩(2020 年 8 月)的時候，假訊息的散布仍然持續的進行著。在彰化有一名林姓中年婦人在個人臉書公開散布假訊息，宣稱「武漢肺炎會纏繞患者腦部」、「武漢肺炎會進食肺臟致死外，會轉移到其他組織甚至骨頭進食，造成人體發炎痠痛」、「高濃度的酒精從頭頂倒下順便抹在喉嚨處，除了殺死腦部和眼窩的 CONVID」等語。行政院國家資通安全會報技術服務中心認

或許有人認為是閱聽者一直選擇符合自己的訊息內容意見。但是知道關於過濾氣泡的事之後就會發現，其實我們並不是真的做選擇。當我們打開不同的電視台，它選擇的立場會呈現不一樣的樣貌給閱聽者。所以說，符合個別性需求的過濾器是另一回事，不過你永遠不知道他們怎麼會知道你是誰，或基於什麼立場他們正在向您展示他們正在展示的內容。結果，你真的沒有任何感覺到什麼被隱藏了，或者，事實上，那些東西真的是被刪掉了。這也就是閱聽者一直被演算法矇在鼓裡。

³⁷ 「華郵看台灣大選」假消息滿天飛！中國干涉台灣選舉的嚴重度，遠大於俄對美，2020 年 1 月 10 日，網址：<https://www.storm.mg/article/2162839>，(最後瀏覽日期：2020 年 7 月 22 日)。

³⁸ 「衛生紙之亂」高雄直銷女散佈假訊息判罰 1 萬，2020 年 3 月 31 日，網址：<https://newtalk.tw/news/view/2020-03-31/383893>，(最後瀏覽日期：2020 年 7 月 15 日)。

³⁹ 轉傳新竹空軍基地確診假訊息 5 女緩起訴處分，2020 年 3 月 11 日，網址：<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202003110141.aspx>，(最後瀏覽日期：2020 年 7 月 18 日)。

定，她所陳述內容均非事實，恐導致民眾誤信而造成恐慌，明顯涉犯「嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例」第 14 條罪嫌，調查局為穩定民眾不安情緒，經約談婦人 2 次，都連絡不上婦人，依法將案件移送台灣彰化地方檢察署偵辦⁴⁰。針對散布假訊息之行為，所影響到、涉及到的社會層面既廣且多面向，無法再對其視而不見，從本來只在選舉期間會散布關於候選人之假訊息，到現在社會生活層面俯拾皆是，其係已經漸漸深入並影響著整個社會領域。

第四項 管制假訊息之需求

就後真相時代下之資訊傳遞而言，人們對於資訊的真偽感到模糊與難以辨識，在這種情況下，個人對於資訊的取得都會受到過濾機制、偏見以及經驗法則的影響，就算對於不同的議題有不同的資訊看法，人們仍會選擇性的接納或支持原本自身看法的人，在此情況下，更多言論難以發揮其功用，而讓大部分的人無法遵從言論自由市場下之法則，做出符合理性公平的判斷。面對散布假訊息所造成的爭議已經迫在眉睫，因此，除了培養自己的媒體識讀能力外，更應該訂立管制散布假訊息之法條規範，針對不同社會層面之保護需求雙管齊下。在資訊爆炸的世代下，對於網路媒體識讀辨別能力較為薄弱的民眾，製作假訊息之人往往利用於此，透過一般人的無知與恐懼心態或對於事實層面上的不瞭解，達到製作者欲利用散布之契機，進而從中謀取政治、金錢、妨害安寧等相關利益。

由此可知，本文認為國家的基本任務乃在於建造法律秩序並且維護之，對於散布假訊息之爭議，應由國家替人民作成一個保護網，透過對於傳統法規範的修法以及訂立相關規制的條文，去限制民眾散布或轉傳某些具有危害性之假訊息言論，而防範造成社會的動盪不安，達成其保護人權之任務。就此而言，其乃身為國家之基本權保護義務，這邊的基本權賦予人民具有在其受到侵害時

⁴⁰ 武漢肺炎侵食腦部假訊息，查辦散布婦人，2020 年 7 月 22 日，網址：<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202007220071.aspx>，（最後瀏覽日期：2020 年 7 月 22 日）。

得以請求國家停止侵害之權利，課予國家對於外在第三人或其他力量之影響採取相當之措施，以因應保護人民之基本權益⁴¹。

對於現今我國目前處於資訊攻擊之環境，網路平台業者係假訊息言論之重要散布工具或是居於控制言論關鍵影響地位，背後操縱者透過網路平台將假訊息變成有利可圖的方式，並且來激勵其商業發展模式，也因為假訊息的生產成本很低且沒有進行事實的查核、查證與交叉參考，造成網路平台上出現了大量的廉價言論(Cheap speech)，而且得以用更簡便的方式發揮言論與訊息散播的功能，這種現象已經顛覆了傳統媒體與言論自由的觀念⁴²。況且，網路平台本身也是免費的，假訊息在上面散布或發布，隨著生產和成本幾乎微不足道，一個專門散布假訊息的網站可以賺取流量利潤而無需付出查證相關的成本，故會對專業新聞機構造成更大的驗證負擔⁴³，也會對接收資訊的大眾們產生負擔而被大量假訊息佔據版面，且難以靠人民自身之力量扳搏網路科技巨擘之網路平台演算法，或是具有政治利益意圖之操縱者利用大量資金購買廣告版面或散布關於選舉、政治等高度風險性假訊息，藉此利用網路平台來充斥與影響人民接收資訊權利。

也因此，國家基於保護義務係有積極介入管制假訊息之散布，並且保障人民對於公眾事務知悉權利，雖然其尚未在憲法所明文保障之權利下，惟其與言論自由基本權相伴而生⁴⁴，亦可從司法院大法官釋字解釋中見其身影，例如釋字第 509 號解釋理由書即指出：「憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，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。」；而在釋字第 689 號解釋

⁴¹ 許宗力，基本權利：第二講-基本權的功能，月旦法學教室，第 2 期，頁 72-75，2002 年 12 月。

⁴² 魏立欣，網路審查與網路言論自由之探討，資訊社會研究，第 2 期，頁 168，2002 年 1 月。

⁴³ Fernando Nuñez, Disinformation Legislation and Freedom of Expression, 10 U.C. Irvine L. Rev. at 787, (2020).

⁴⁴ 黃銘輝，從憲法上「知的權利」析論對抗假新聞的法制策略，頁 7-8。

中，大法官以憲法第 11 條作為新聞自由的規範依據，且對知的權利內涵亦有闡釋如下：「為確保新聞媒體能提供具新聞價值之多元資訊，促進資訊充分流通，滿足人民知的權利，形成公共意見與達成公共監督，以維持民主多元社會正常發展，新聞自由乃不可或缺之機制，應受憲法第十一條所保障。」

從而，在我國釋憲實務底下，隱約將「知的權利」視為憲法位階的權利而予以保障，故國家政府為了保障人民知的權利，而不被網路平台業者之演算法壟斷意見交流與資訊流通，加上避免被商業化之大量假訊息所覆蓋，國家對此得在一定的限度內進行管制與介入。雖依照上開理由似有取得相當之正當性，惟制定法規範後是否會侵害到人民行使言論自由之基本權利，刑事法規範真能有效解決或處罰假訊息之散布，亦或是應設立何種機制來管制假訊息所影響之社會秩序，以下將繼續討論。

第二節 管制假訊息與言論自由之衝突

確立了國家有基於保護人民知的權利義務，而需要透過修法或訂立管制假訊息之法規範來防止散布假訊息之需求性，惟管制人民散布假訊息係對人民擁有之憲法第 11 條言論自由基本權作出限制，在文獻上並無不可對人民言論自由基本權作出限制之司法院大法官解釋，美國法上亦有憲法第一修正案、*Gitlow v. New York* 案以及本文欲介紹之 *United States v. Alvarez* 案等相關管制言論自由基本權案例，供本文對管制假訊息言論做出比較與分析。

言論自由在美國法上係為一個歷史悠久且具有豐富學理爭議與探討之法學議題。而在 1919 年的 *Schenck v. United States* 一案中，Oliver Wendell Holmes Jr. 大法官提出了只有在言論可能造成「明顯而立即危險時，才能夠加以限制」的著名標準⁴⁵，此一標準影響了聯邦最高法院在之後言論自由案件中所提出的多項理論。例如言論自由市場、對於不實言論的解決方法應該是以更多的言論而非強力的管制、對於言論內容（觀點）的限制與非針對內容的限制等等。對於

⁴⁵ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

台灣，乃至於其他國家、國際組織的言論自由法制，都產生了深遠的影響。

然而，哥倫比亞大學知名網路法學者 Tim Wu 卻提出了「傳統言論自由的保障是否過時」的質疑。在這個以網路平台為主且大量假訊息充斥的時代，教授對於傳統言論自由的理論提出不一樣的想法，在先前早期的傳統言論自由市場中，因為處於科技不發達的時代，故接收資訊者針對特定的議題，只有一定數量或具備相當權威性、重要性的資訊接收者，能夠在言論市場中發聲並且對於其言論內容佔有舉足輕重的地位，故言論自由市場內的資訊算是相當稀缺；不過，這個現象在現代的網路科技發達的年代被改變了，因為網路平台的發達，接收資訊之使用者將會被平台上的大量資訊淹沒，而訊息便顯得廉價且毫無重要性，並且政府也會因為各種理由針對言論自由進行管控與制定法規範控制，是言論市場的最主要威脅。所以教授認為，言論自由市場現正受到嚴厲的挑戰，進而使得奠基於其上的傳統言論自由理論已不合時宜，難以應對各種公權力主體以外個人或團體，動輒以「言論」或資訊作為武器，針對平台上接收資訊者有「注意力稀缺」的關鍵弱點，加以攻擊而動搖自由民主根基的狀況⁴⁶，因此其認為有必要另闢蹊徑，才能面對網路時代的言論自由挑戰。

在上述背景下，本文將深入探討傳統言論自由的理論是否成為假訊息管制的絆腳石，甚至反而對自由民主制度造成傷害；又或者，在假訊息管制的議題上，我們應該更珍視得來不易的言論自由環境與價值，以免假訊息成為政府干預言論自由的破口。以下將先從分析假訊息是否在我國憲法第 11 條保護領域範圍內，若是我國保障之言論自由基本權，立法管制假訊息造成何種法律效果，是否會與言論自由基本權產生衝突？再者，分析美國及我國司法院大法官解釋有關言論自由之脈絡作出類型化整理，分析何種價值之言論受到何種程度的保障以及在立法管制不同言論之價值，才能符合比例原則之要求。

⁴⁶ Tim Wu, *Is the First Amendment Obsolete*, 117, MICH. L. REV. 553,554 (2018).

第一項 假訊息與言論自由基本權

第一款 言論自由之基本價值

言論自由為人民之基本權利，憲法第 11 條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，其具有各種功能：「實現自我、溝通意見、追求意見、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的機制，國家應給予最大限度的保障⁴⁷」，又「本於主權在民之理念，人民有享有自由討論，充分表達意見之權利，方能探究事實，發現真理，並經由民主程序形成公意，制定政策或法律。因此，表現自由為實施民主政治最重要的基本人權⁴⁸」，因此，言論自由備受各國憲法所重視，而以美國為最，在美國保護言論自由乃係其最重要之立論基礎，參照美國憲法增修條文第 1 條（Amendment I，以下稱其為第一修正案）明文規定：「國會不得制定有關下列事項的法律：確立一種宗教或禁止信教自由，剝奪言論自由或出版自由，或剝奪人民和平集會及向政府要求伸冤的權利⁴⁹。」

而假訊息在現代社會上所帶來的影響無遠弗屆，在探討我國法制規範面管制假訊息的同時，首先要面對的問題是，假訊息作為一種「蓄意杜撰虛構、不真實的內容表述」是否在憲法言論自由基本權的保護領域範圍內？在我國現行法制底下已有數條法規範在管制關於假訊息的散布，這些條文中管制假訊息是否會對人民的言論自由產生衝擊？以下本文將從憲法言論自由的角度出發，探討假訊息是否受到言論自由的保障？

保障言論自由的理論基礎，有認為言論自由在助於發現真理，亦即在一個假設的言論自由市場裡面，各種不同的言論都會被檢視，在社會大眾是理性的

⁴⁷ 參照司法院大法官釋字第 509 號解釋理由書意旨。

⁴⁸ 參照司法院大法官釋字第 445 號解釋理由書意旨。

⁴⁹ 條文意旨參照：「Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.」

公民前提下，可以了解到哪個言論是真理⁵⁰。不過在追求真理的同時，我們必須去確保言論進入市場內是毫無阻礙的，否則將會影響辯駁而降低真理的發現⁵¹；亦有認為，主張言論自由的價值在於有助於社會大眾健全民主政治程序的運作，保障言論自由可以提供社會大眾依照民主程序參與政治決定時所需的資訊，以使人民基於正確的資訊，依照其理性做出正確的決定⁵²；最後，相較於前兩種學說，有認為言論自由在保障個人自主及自由的自我表現⁵³，個人能享受其言論自由，無拘束的表現自我，而使其個體自我的獨立性受到他人尊重，故言論自由乃其本身存在之人性尊嚴價值⁵⁴。

惟言論自由並非絕對不受限制，美國聯邦最高法院遂發展出各種基準，從1920年代由 Justice Holmes 及 Justice Brandeis 提出「明顯而立即的危險(Clear and present danger)」到1970年代真實惡意或模糊禁止等原則⁵⁵，不勝枚舉，直到近代，關於假訊息之美國最高法院見解有 United States v. Alvarez 案等可供我們做個參考。而國內討論的釋憲實務為數不少，均值得我們討論言論自由或表現自由時參考。

另一方面，歐陸國家對於言論自由的保障，採取不同於美國的規範途徑。二戰後歐陸各國直接在歐洲人權公約第10條第2項⁵⁶直接明示法律得以限制言論自由外，還有公民與政治權利國際公約第19條規定：「一、人人有保持意見

⁵⁰ C. Edwin Baker, Scope of the First Amendment Freedom of Speech, 25 UCLA. L. REV. 974-978 (1978). ；詳見林子儀，同註23，頁16-24。

⁵¹ 劉靜怡，言論自由：第一講—言論自由導論，月旦法學教室，第26期，頁75，2004年12月。

⁵² 詳見林子儀，同註23，頁24-34。

⁵³ 詳見林子儀，同註23，頁34-46。

⁵⁴ 劉靜怡，同註51，頁77。

⁵⁵ 吳庚、陳淳文，同註23，頁211。

⁵⁶ 條文意旨參照，第1項：「人人有言論自由的權利。此項權利應包括保持主張的自由，以及在不受公共機關干預和不分國界的情況下，接受並傳播消息和思想的自由。本條不應阻止各國對廣播、電視、電影等企業規定許可證制度。」第2項：「上述自由的行使既然帶有責任和義務得受法律所規定的程式、條件、限制或懲罰的約束；並受在民主社會中為了國家安全、領土完整或公共安全的利益，為了防止混亂或犯罪，保護健康或道德，為了維護他人的名譽或權利，為了防止秘密收到的情報的洩漏，或者為了維護司法官的權威與公正性所需要的約束。」簡單來說，限制言論自由的情形應限於第2項所明定之情況下，國家才得以為之。

不受干預之權利；二、人人有發表自由之權利；此種權利包括以語言、文字或出版物、藝術或自己選擇之其他方式，不分國界，尋求、接受及傳播各種消息及思想之自由；三、本條第2項所載權利之行使，附有特別責任及義務，故得予以某種限制，但此種限制以經法律規定，且為下列各項所必要者為限：（一）尊重他人權利或名譽；（二）保障國家安全或公共秩序，或公共衛生或風化。

⁵⁷」；更在第17條爾後的歐盟基本權利憲章第54條設有禁止權利濫用條文，其規定：「本公約的每一個條文都不得被解釋為允許國家、團體或個人有權去從事特定行動或完成特定行為，而其目的卻是以摧毀本公約所保障之自由或權利；或是超越本公約原所限制之範圍，而以更廣泛之方式來限縮本公約所保障的自由或權利⁵⁸。」換言之，國際人權公約或國家憲法所保障的民主自由，不能足以摧毀民主自由的溫床或保護傘。基此，諸如鼓吹種族主義、納粹主義或極權主義的言論，即不在言論自由的保障範圍之內。

特別是在網路發達之後，網路平台成為新的散布資訊管道，機構性媒體與私人媒體並存，專業記者、公民記者、業餘人士甚至一般民眾皆能發布訊息⁵⁹，加上網路無國界，境外勢力也能深入並利用數位資訊平台、網路平台散佈訊息，進而影響輿論，乃至扭曲民主選舉與公民投票之進行，假訊息成為言論自由與民主體制的新敵人。據此，假訊息作為一種虛撰不實的言論態樣，受否會受到我國言論自由所保障？又或者在受到我國憲法言論自由保障的同時，是否亦應對其有所限制，以下將逐一討論。

⁵⁷ 條文意旨參照：「1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference. 2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice. 3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary: (a) For respect of the rights or reputations of others; (b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.」

⁵⁸ 條文意旨參照：「Nothing in this Charter shall be interpreted as implying any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognised in this Charter or at their limitation to a greater extent than is provided for herein.」

⁵⁹ 吳庚、陳淳文，同註23，頁216。

第二款 我國關於言論自由之發展

雖然說人民的言論自由並非不能做出限制，惟應在合於憲法規範的前提下加以限制，且由於言論自由的態樣多變與難以加以明確定義，因此，對言論自由應該做出何種程度的限制，才能讓言論自由不受到過度的侵害，此部分乃本文所欲分析之核心概念。對此，我國司法院大法官解釋曾就言論自由的保護範圍做過多項重要的解釋，本文挑選了其中幾項重要且具有參考價值性的司法院大法官解釋，皆與本文所欲探討散布假訊息之言論自由基本權有關，以下分述之：

一、司法院大法官釋字第 414 號解釋：商業性言論(Commercial speech)為低價值言論。

本號解釋明白確立了「雙階理論」在我國言論自由上之適用，而亦認為商業性言論屬於低價值言論，惟在美國實務上對於低價值言論所進行之審查，仍需對於政府管制手段與所追求之目的間，進行關聯性與均衡性之仔細審查，本號解釋僅說明國民健康與社會公益有重大關聯，惟此公益是否重大到得以事前審查制，來對商業性言論進行言論自由之管制，此號解釋並未釐清。

解釋文認為：「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。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。」

亦即藥事法第 66 條規定⁶⁰旨在確保藥物廣告之真實，並維護我國國民之健

⁶⁰ 條文參照：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生

康安全、增進公共利益，與憲法尚無牴觸之餘地。就此觀之，本解釋對於藥事法上之商業廣告行為採取事前審查規定的合憲性審查，認定屬於言論自由基本權保護範圍，而屬雙階理論之低價值言論，採取對法規範較為寬鬆標準，惟其忽略了系爭規定屬於對藥物廣告的事前審查，應該從嚴審查之要求⁶¹。

二、司法院大法官釋字第 509 號解釋：不實言論仍在言論自由之保障範圍

誹謗性言論因涉及到第三人的名譽權侵害，原則上應加以限制，除非行為人所散布者並非虛偽不實之言論，而有盡到「合理查證義務」才有適用，故對於虛偽不實之言論亦非受到憲法之絕對保障，而非不得對其限制。本號解釋認為：「為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律可以對人民的言論自由做出限制，刑法第 310 條即在於為保護他人名譽權而設立妨礙他人之言論自由所必要，且第 3 項以限定刑罰權之範圍，在能證明其為真實者就不處罰，對人民的言論自由內容有所保障，與憲法保障言論自由的意旨應無牴觸」，且本號解釋亦確立了誹謗性言論屬於雙階理論之低價值言論⁶²。

不過，就此項原則是否為美國法上「真實惡意原則(Actual malice)」適用於我國實證化。然查，「真實惡意原則」在美國法上之適用，是指官員或公眾人物指控媒體報導涉嫌誹謗或侵害名譽時，必須證明被告「明知其言論不實」(with knowledge the statement was false)，或「對於其言論真實與否毫不在意」(with reckless disregard of whether the statement was false or not)，是用來限縮行為人對官員、公眾人物或對私人牽涉到公眾議題時，所造成之誹謗或侵害名譽行為的

主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。傳播業者不得刊播未經省（市）衛生主管機關核准之藥物廣告。

⁶¹ 司法院大法官釋字第 414 號解釋文節錄：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。藥事法第六十六條第一項規定：藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條及第十五條尚屬相符。」可以得知商業性言論因為與國民健康有重大關係，應該要受到「較為嚴格」之檢驗，即應偏向採取中度審查基準。

⁶² 司法院大法官釋字第 509 號解釋文節錄：「人民之言論自由應予保障，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。」

刑、民事過失責任⁶³，才有可能構成真實惡意(Actual malice)。故若針對我國法上的誹謗罪，本號解釋在闡釋我國誹謗罪原則時，並未如美國法般區分對象是否為公眾人物，僅係及於一般人之情況下皆可適用，亦非與美國法上係該應用在民事案件⁶⁴，故「真實惡意原則(Actual malice)」在我國法上並未適用。

三、司法院大法官釋字第 577 號解釋：菸品言論屬於中度審查標準之商業性言論

本號解釋中，大法官認為菸害防制法所要求對於菸商標示尼古丁含量，係屬於商業性言論之管制，而需追求重要之目的以及手段與目的間需具有實質關聯方屬法規合憲，而可認為本號解釋偏向中度審查基準靠攏。

查解釋文提到：「憲法第十一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。商品標示為提供商品客觀資訊之方式，應受言論自由之保障，惟為重大公益目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制。國家為增進國民健康，應普遍推行衛生保健事業，重視醫療保健等社會福利工作。菸害防制法第八條第一項規定：『菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文標示於菸品容器上。』另同法第二十一條對違反者處以罰鍰，對於菸品業者就特定商品資訊不為表述之自由有所限制，係為提供消費者必要商品資訊與維護國民健康等重大公共利益，並未逾越必要之程度，與憲法第十一條保障人民言論自由及第二十三條比例原則之規定均無違背。又於菸品容器上應為上述之一定標示，縱屬對於菸品業者財產權有所限制，但該項標示因攸關國民健康，乃菸品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，與憲法保障人民財產權之規定，並無違背。」

四、司法院大法官釋字第 634 號解釋：經濟性言論為商業性言論之範疇

⁶³ New York Times, Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

⁶⁴ 呂麗慧，論名譽權保護與言論自由保護的衡平與衡撞—美國侵害名譽權法之啟示論析我國民事侵害名譽權法之問題與發展，高大法學論叢，第 6 卷第 2 期，頁 151-153，2011 年 3 月。

本號解釋亦擴張了商業性言論(Commercial speech)所保障之範圍，除了上開提到之廣告性言論以外，並擴及到所謂之經濟性言論，針對主管機關對業者舉辦證券投資講習之限制，認為其限制了人民經濟性言論自由，而採取了中度審查基準之立場。

查本號解釋意旨：「憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在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，經濟性言論所提供之訊息，內容非虛偽不實，或無誤導作用，而有助於消費大眾為經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障。惟國家為重要公益目的所必要，仍得於符合憲法第二十三條規定之限度內，以法律或法律明確授權之命令，採取與目的達成有實質關聯之手段予以限制。……按人民舉辦有關證券投資之講習，係在提供證券投資相關資訊，其內容與經濟活動有關，為個人對證券投資之意見表達或資訊提供，其內容非虛偽不實，或無誤導作用，而使參與講習者有獲得證券投資相關資訊之機會，自應受憲法第十一條言論自由之保障。」

五、司法院大法官釋字第 644 號解釋：政治性言論(Political speech)係採嚴格審查標準

本號解釋認為：「人民團體法第二條規定：『人民團體之組織與活動，不得主張共產主義，或主張分裂國土。』同法第五十三條前段關於「申請設立之人民團體有違反第二條……之規定者，不予許可」之規定部分，乃使主管機關於許可設立人民團體以前，得就人民『主張共產主義，或主張分裂國土』之政治上言論之內容而為審查，並作為不予許可設立人民團體之理由，顯已逾越必要之程度，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符，於此範圍內，應自本解釋公布之日起失其效力。」

而參酌許大法官玉秀對於釋字第 644 號解釋提出之一部協同、一部不同意見書，其認為政治性言論應採嚴格審查標準：「在各種言論自由當中，政治性言論與基本生活模式、社會基本生活價值觀、個人在社會中的價值形塑，以及不

同階級、不同社群、不同族群生活利益的分配息息相關。不同政治立場或主張的對立，涉及不同利益分配方式的角力，也就是涉及生存的競爭，尤其政治立場的對立，都是社會資源上的強者與弱者的對立，對於政治性言論的箝制，也都是發生在對弱勢的壓迫上面，因此政治性言論需要憲法給予最大的保障，否則即無以發表言論謀求改變弱勢地位的可能，如果不能透過發表言論改變弱勢，勢必導致採取激烈的表達方式，則必然造成社會的動盪，進而阻礙社會的發展。因此相對地，對於政治性言論的限制，必須採取嚴格的審查標準。」

六、司法院大法官釋字第 744 號解釋：立即危險原則於商業性言論之適用

本號解釋係對於同屬商業性言論的化妝品廣告，則重視系爭規定之管制方式屬於事前審查，因此採取比較嚴格審查標準，並宣告違憲⁶⁵，惟其並沒有受到釋字第 414 號解釋認定之「商業廣告並非高價值言論」的影響，而放寬審查標準。

我國過去對於商業性言論之審查基準偏向採取較為寬鬆，甚至中度審查基準已如前述，然於本號解釋多數理由中，大法官認為對於化妝品廣告採取事前審查標準之管制模式，已對言論自由造成重大之干預，應該先預設為違憲，並在立法資料中探尋是否足以支持事前審查制度存在，必須要為了避免生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害結果，即必須具備特別重要之公共利益目的之引導，且事前管制手段與特別重要之公益目的兩者間必須有直接且絕對必要之關聯，更要賦予人民立即司法救濟之機會，才符合憲法比例原則與言論自由保障之意旨。

七、司法院大法官釋字第 794 號解釋：菸商贊助係屬商業性言論之中度審查基準

⁶⁵ 參照司法院大法官釋字第 744 號解釋理由書之意旨：「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。」

本號解釋中，大法官認為菸害防制法所要求對於菸商標示贊助，係屬於商業性言論之管制，故國民健康屬於重要公共利益，其追求重要之目的以及手段與目的間具有實質關聯，而可認為本號解釋亦屬於中度審查基準。

本號解釋意旨：「商品廣告所提供之訊息，其內容須非虛偽不實或不致產生誤導作用，並以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，始受憲法第 11 條言論自由之保障。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（本院釋字第 414 號、第 577 號及第 744 號解釋參照）。……查菸害防制法第 1 條前段規定：『為防制菸害，維護國民健康，特制定本法』，故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。」

第三款 假訊息在言論自由的保護領域

基本權賦予人民權利，在人民受到國家侵犯到其基本權的時候，得直接依據憲法上基本權之規定來請求國家停止侵害，保護人民免受國家恣意干預⁶⁶。假訊息乃是作為一種虛假的事實表述，但散布假訊息亦是作為一種表現自由的態樣，而對此是否在言論自由的保障範圍內？本文以下介紹美國法上有關憲法第 1 修正案與美國最高法院言論自由之案例，並且參照美國法的標準來與我國法的言論自由基本權關於「假訊息」的部分做基準。

⁶⁶ 許育典，憲法，元照出版社，頁 227，2019 年 9 月。

第一目 美國法上對於假訊息之取徑

從第一修正案 (Amendment I) 觀之，其中關於言論自由的部分，條文內容規定禁止美國國會制訂任何法律來剝奪言論自由⁶⁷。而該修正案於 1791 年 12 月 15 日獲得通過，是美國權利法案中的一部分，也使美國成為首個在憲法中明文保障言論自由的國家。美國最早制訂的「第一修正案」僅用於美國國會制訂的聯邦法律，其解釋範圍也比現在的狹義許多。但是透過 1925 年的 *Gitlow v. New York* 一案後，美國聯邦最高法院基於美國憲法第 14 修正案中的「正當法律程序」條款裁定「第一修正案」適用於美國各個聯邦、州乃至各級政府的立法當中⁶⁸。

而關於言論自由的界定範圍也在 20 世紀與 21 世紀的一系列最高法院的判決中有了更多的延伸並提供更多的保障，例如政治性言論應受到最嚴格審查基準之判斷、匿名者的言論、政治獻金、和校園中言論等等；然而，言論自由的保障亦有其例外，例如誹謗性言論 (Libelous)⁶⁹、挑釁性言論 (Fighting words)、猥褻性言論 (Obscene)、兒童色情或恐嚇的他人言論等都不受第一修正案的保護，若對其管制僅需有合理審查標準即可。據此，以下本文將聚焦討論於美國最高法院上對於虛偽陳述內容不實言論的案例以及相關見解。本文將以 *New York Times Co. v. Sullivan* 與 *United States v. Alvarez* 案作為探討核心。

一、*New York Times Co. v. Sullivan*

美國聯邦最高法院 1964 年的 *New York Times Co. v. Sullivan* 案中，創立了誹謗罪的免責事由條款，認為對於「公務員執行公務所為之批評，除非原告能證明被告行為當時就知道說非屬真實事實，或出於不論是否為真實之輕率之虛偽意思表示，才有真實惡意原則 (Actual malice) 之適用，否則被告不受法律之制

⁶⁷ 條文參照：「Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.」

⁶⁸ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

⁶⁹ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

裁⁷⁰。」易言之，表意人在涉及對公務人員或政府官員之表意內容，只有在當表意人明知其陳述內容虛構不實，或是對陳述內容之真實與否顯得毫不在意時（也就是我國法上所說的容任故意），行為人才會負擔誹謗責任。人民若係因為過失或非基於惡意而散布不實的訊息，就不用負擔誹謗責任。所以說，縱使本案之言論係確實包含不實內容，且該不實內容與名譽損害也有因果關係，不過無法舉證證明紐約時報具有真實惡意，而不得以誹謗相繩⁷¹。

不過為何是公務員呢？因為美國聯邦最高法院認為，依照健全民主程序說的觀點來看，人民批評政府之言論如同政府管理人民之事一般，此乃係公共事務之討論，而為政府之責任⁷²。故此種批評政府之虛假言論仍有受到第一修正案之憲法保障範圍⁷³。所以本文認為，對於此種真實惡意原則，僅限於適用在表達意見者對於內容之真實性有所懷疑，或此內容即係其自行捏造，導致不實言論與名譽損害有因果關係，才具有真實惡意而受到法規範之管制。不過必須說明的是，誹謗在美國法上並非屬於刑法規範所欲制裁的對象，其係屬於民法。

二、United States v. Alvarez

細查本案的事實，南加州都市水區（Three Valley Water District）是一個在南加州批發水資源最大的供應商，行為人 Xavier Alvarez 在公司的會議上自我介紹時，說出自己已經從海軍陸戰隊退伍 25 年了，並且在退伍後被授予國會榮譽勳章。但這個聲稱並非是符合事實的，過了不久後 Xavier Alvarez 就被依違反聯邦「冒用榮譽法案」起訴⁷⁴。Xavier Alvarez 在法庭上承認自己是虛偽陳述，但聲稱自己的陳述內容是在言論自由的保護領域內，而代表美國政府的檢察長 Donald Verrilli Jr. 則說「冒用榮譽法案」是在保護軍事榮譽，如果行為人虛偽

⁷⁰ Id. at 279-280.

⁷¹ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

⁷² Id. at 270.

⁷³ Id. at 271-272

⁷⁴ United States v. Alvarez, 567 U.S. 709, at 714(2012).

陳述自己受有軍事榮譽的勳章，會觸犯到軍事勳章所代表著軍事榮譽的核心價值觀，將會使軍人的榮譽受到假冒的質疑⁷⁵。最高法院的結論認為，憲法第一修正案所保障之言論自由包括了人民認可的言論以及被唾棄的言論⁷⁶，也就是本案的虛偽陳述亦包括在言論自由的保護範圍。

本案的爭點在於虛偽陳述影響了人民對軍事獎章背後所彰顯之榮譽的觀感，惟政府所立的這個「冒用榮譽法案」是否對社會大眾確實有維護軍事榮譽、獎章之認知與功效。亦即，政府利用這個法案管制人民虛偽陳述自己受過軍事榮譽，並且保護軍事獎章，以言論自由市場理論之觀點來看，對於假冒者之虛偽陳述是否能以其他正確的言論來反駁其虛偽冒用⁷⁷，而不是透過政府立法管制人民的言論自由。在此，最高法院認為是可以用其他言論來證明其虛偽冒用的；再者，本案法院在檢視「冒用榮譽法案」此法規是運用了嚴格審查基準，政府需要負擔舉證責任來證明管制人民之虛偽陳述並未對其產生侵害，在無法證明國家所訂立的法案係對人民言論自由最小侵害時，被告 Xavier Alvarez 的虛偽言論應同樣受到憲法第一修正案所保障⁷⁸，系爭法案應予廢除⁷⁹。

而撰寫多數意見之主筆大法官認為虛偽陳述在言論自由的保護領域範圍內，但是僅能作為有限度的保障，不因為陳述內容乃錯誤不受保障而能被管制⁸⁰；持不同意見的三位大法官亦認為管制虛假的陳述並不一定會侵害到人民的言論自由權，並且禁止本身毫無價值的虛假言論，不會傷害到其他人所欲發表之有價值言論⁸¹，不過或許將對真實的言論引發寒蟬效應⁸²。其中 Alito 大法官認為，應以散布者所製造之謊言有無對法益造成侵害，或即使在有損害而沒有

⁷⁵ Id. at 743.

⁷⁶ Id. at 716.

⁷⁷ 劉靜怡，說謊也是言論自由？，月旦法學教室，第 122 期，頁 8，2012 年 12 月。

⁷⁸ 劉靜怡，同前註，頁 7-8。

⁷⁹ See *supra* note 71, at 729-730.

⁸⁰ Id. at 750. (Alito, J., joined by Scalia, J., dissenting).

⁸¹ Id. at 739.

⁸² Id. at 733. (Breyer, J., joined by Kagan, J. concurring).

明確體現出來的情況下，仍應將其中的潛在利益成本納入計算損害的考量⁸³。

由此可知，虛偽陳述皆會結合到社會上的利益干擾，而使虛偽陳述者獲得其所欲達成之目的。據此，歸納不同意見的想法，認為雖然虛假的陳述受到憲法第一修正案之保護，惟管制行為人虛偽的主張自己受過軍事榮譽之「冒用榮譽法案」應無違憲之虞⁸⁴。

綜上所述，雖然本案管制行為人虛假言論之「冒用榮譽法案」被宣告違憲，但也許多意見可資採用之處，而能在假訊息作為虛撰的客觀事實言論錯誤，討論其應以何種方式做合宜性之管制，而無違反言論自由保障範圍。如同美國聯邦最高法院所述，虛偽陳述應在言論自由的保護領域範圍內，再去檢視政府訂立之法規範所欲達到的管制目的與管制手段，是否對言論自由做出符合管制言論所保障之重大公益。而本文採用 Breyer 與 Kagan 兩位大法官在協同意見書之見解，在檢驗管制假訊息之法規範時，因為虛偽陳述之言論對於言論自由市場所表彰之價值和真實之言論相比較低，亦非政治性言論之高價值言論使用嚴格審查基準，故應適用中度審查基準⁸⁵。除了保護「重大的公共利益」之外，若言論自由有受到限制之必要，則其限制應先推定為違憲，由政府舉證證明該限制符合憲法規範⁸⁶，若符合憲法規範而需要對言論做出限制，那麼該限制之手段必須在必要的限度內，限制之手段與目的之間需有因果關係⁸⁷，且對言論自由限制需為最小侵害手段⁸⁸。

第二目 假訊息受到言論自由之保障

上開司法院大法官解釋有關言論自由釋字之回顧，說明我國大法官在衡量言論自由的保護範圍時，會考慮受保護之言論與其他應受保護之價值是否會產生衝突，在衝突之間涉及不同的價值、法益位階、基本權保護範圍、公共利

⁸³ Id. at 742,743.

⁸⁴ Id. at 739.

⁸⁵ Id. at 731,732(Breyer, J., joined by Kagan, J. concurring). ;劉靜怡，同註 77，頁 8。

⁸⁶ Id. at 716,717.

⁸⁷ Id. at 725.

⁸⁸ Id. at 729.

益、社會秩序等重要事項時，國家在制定法律管制人民的言論自由就應該有不同的審查規範基準，才能適度的取得平衡。

而關於本文所欲討論散布假訊息之言論自由權是否能受到保障？就前述美國憲法第一修正案關於說謊的言論自由以及我國司法院大法官關於言論自由所作出歸納，本文認為，雖然我國司法院大法官並未對不實之言論是否受到言論自由的保障做成相關釋字，惟在此應考慮美國聯邦最高法院在 *United States v. Alvarez* 案所建立之標準，以及我國立法者訂立法規範背後欲彰顯之目的與欲保護之法益價值綜合觀之，如公平交易法第 24 條散布足以影響他人營業信譽之不實情事，就得考慮此法所欲保護者乃是散布不實之商業性言論時，是否受到言論自由之保障，抑或是有涉及到公共利益等重要事項，而認為本法有無侵害言論自由之虞。換言之，內容為虛偽陳述之言論仍受到言論自由的保護，人民並非沒有說謊或不實陳述之言論自由⁸⁹，在探尋我國條文時，應適用雙階理論中何種位階或價值來對法規範做檢視⁹⁰，下文將繼續針對限制假訊息散布與言論自由的衝突作分析。

第四款 假訊息規範之類型化衡量

整理完關於美國及我國司法院大法官解釋對於言論自由所採取的看法後，可以發現他們在處理言論自由的問題時均採取類型化的方法，從法條文字內容規範上，可分辨此條文對於言論自由是採取事前限制或是事後懲罰，我國大多數法條在處理言論自由係採取事後懲罰的概念，以避免過度限制言論自由，而事後懲罰又可以延伸出雙軌理論，其審查標準為針對言論自由內容的限制與非針對言論自由內容的限制⁹¹。

本文討論重點放在針對言論自由內容的限制(Content-based regulations)，凡

⁸⁹ 劉靜怡，同註 77，頁 8。

⁹⁰ 詳細關於處理言論自由價值之問題，可參照林子儀之文章收錄於，言論自由導論—台灣憲法之縱剖橫切，李鴻禧等合著，元照出版公司，初版，2002 年 12 月，頁 134 以下。

⁹¹ 劉靜怡，言論自由：第二講—言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室，第 28 期，頁 42，2005 年 2 月。

是立法或行政管制的目標係以限制特定言論的散布，而讓大眾接收到，便是針對言論內容之管制⁹²。其限制的依據在於分類言論的類型是屬於何種價值之言論，亦即依據言論自由內容對於民主社會提供的價值性，由憲法給予不同強度的保障，適用不同之審查標準⁹³。原則上限制高價值言論（High-value Speech）的法律，會適用的審查標準較為嚴格，而通常都會被推定為違憲；限制低價值言論（Low-value Speech）因為不一定會受到憲法所保障，故法規合憲性審查係適用合理關聯審查基準，而較容易通過合憲性解釋⁹⁴。因此，本文將從現有的言論自由體系中之標準，找尋我國現行刑法及特別刑法規範上有無處理特定類型言論所訂定之法條，其係屬於何種價值言論所處理的假訊息手段態樣，以及刑法管制的對象。

關於如何區分屬於何種價值言論，我國司法院大法官於釋字第 414 號解釋理由書有提及「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。」就此可見，在雙階理論（Two-level theory）下，言論是依照其憲法價值來區分所受保護的程度高低。不過，雖然是依照憲法價值來區分受保護程度的高低，那此價值又是由誰來定義，其又用何種標準來決定⁹⁵？

本文探詢文獻皆未獲得明確性的標準或審查基準，雖然言論的價值會依照社會型態與發展之價值來做變更與交替，對此本文認為，或許可考慮除了涉及高價值言論有關民主公共意見之形成與保障民主政治需特別保護以外，在低價

⁹² 劉靜怡，同前註，頁 43。

⁹³ 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於《現代國家與憲法》，1997 年 3 月，頁 648-678。

⁹⁴ 吳庚、陳淳文，同註 23，頁 216。

⁹⁵ 就此問題有些美國聯邦最高法院法官及美國學者依據 *Chaplinsky v. New Hampshire* 案中，Murphy 法官所提出之見解，將言論對社會所代表之價值類型化之，詳見可參照林子儀，同註 90，頁 138-139。

值言論可以依照類型化利益衡量（Categorical Balancing）⁹⁶，來決定系爭言論之價值是否得受憲法保障，以及相對應的政府管制措施受到何種合憲性審查標準之檢視。不過，雖然以政治性言論為核心以此區分之雙階理論（Two-level theory），有受到文獻上批評其缺陷或其所建立的言論自由架構過於制式，且美國聯邦最高法院亦未明確宣示如何區分雙階理論以及系統性的整理出低價值言論之類型⁹⁷。

固然如此，現階段對於言論價值之區分若無更適宜性之判斷標準，本文仍承襲採用依照言論價值之核心作為區分標準，作為本文探討管制言論自由法規範之依據。綜合以上觀點，本文以下將先從我國實務上所發展出來的雙階理論（Two-level theory）做分類，在散布假訊息的判斷上係與保護法益相關聯，而屬於何種位階之言論。在高價值言論（High-value Speech）下所規範政治性言論（Political speech）之法規，得適用嚴格審查基準，而在低價值言論（Low-value Speech）做出類型化利益衡量，依據保護法益與言論價值之類型，將其分為一般性與個別法規範中之保護法益，而在個別法規範之保護法益中又將商業性言論（Commercial speech）特別當作討論標的，因其在我國釋憲實務上，規範商業性言論之法規範多次被拿來當作釋憲爭議標的，由此可知商業性言論作為規範言論自由，係具有一定的重要性基礎與適用之疑義，而本文將對其獨立探討。最後再將其他之言論類型依照價值、法益與保護目的之不同而做出區分，進而適用不同之審查標準做合憲性判斷。

第一目 高價值言論

憲法上之言論自由基礎在於強調政府不能因本身不喜歡或不贊同某些特定的思想或觀點便限制該言論自由的表達⁹⁸。而在政府的立法措施乃針對言論內

⁹⁶ 劉靜怡，同註 91，頁 45。

⁹⁷ 劉靜怡，言論自由：第三講—政治性言論與非政治性言論，月旦法學教室，第 30 期，頁 62，2005 年 4 月。

⁹⁸ 劉靜怡，同註 51，頁 78。

容所為時，通常比較容易與政府的不當動機產生連結，因此遂於針對言論內容之管制，先以推定政府之不當動機為前提下，對其管制或法規範採取較為嚴格之審查標準，以保障人民言論自由之權利。

高價值言論所代表者乃是對個體之昇華與對人類文明之傳述與發展有所助益⁹⁹。而憲法上之高價值言論有「批評司法程序之言論」或是「涉及國家安全之言論」等等¹⁰⁰。對此，本文所要探討的內容係關於散布高價值言論之假訊息為違法手段時，牽涉到我國選舉民主制度之國家秩序的維護，政府所制定的法條管制是否妥適。例如，公職人員選舉罷免法第 104 條¹⁰¹、總統副總統選舉罷免法第 90 條¹⁰²作為管制高價值言論中散布政治性言論之假訊息。

而對於政治性言論施以管制之所以必須受到嚴格之審查理由¹⁰³，其目的在於保障民主憲政體制不可或缺的一環，若是放任政府管制出現在公共領域、公共論壇甚至現今的社群平台網際網路的言論內容，將侵害運用政治性言論來產生出不同立場的政治意見以及政治觀點之民主辯論與商議過程¹⁰⁴，故不僅不該以法律管制人民對於政府做出批評的言論，任何有助於公共政策的形成皆應該立法去擴大人民對於公共議題的辯論與進行¹⁰⁵。雖然政治性言論乃民主社會中最為常見之言論類型，且基於憲法保障言論自由之目的在於健全民主程序以及實現自我，不過政治性言論作為最常引發爭議而受到政府管控之言論類型，故我國實務將其列為高價值言論而應適用嚴格審查之標準來予以保護言論自由。

⁹⁹ 吳庚、陳淳文，同註 23，頁 216。

¹⁰⁰ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568-572, (1942)

¹⁰¹ 本條規定如下：「意圖使候選人當選或不當選，或意圖使被罷免人罷免案通過或否決者，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」

¹⁰² 本條規定如下：「意圖使候選人當選或不當選，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」

¹⁰³ 劉靜怡，同註 91，48-49。

¹⁰⁴ Geoffrey R. Stone, *Content Regulation and the First Amendment*, 25 Wm. & Mary L. Rev. 217-218, (1983-1984).

¹⁰⁵ 劉靜怡，同註 97，頁 57。

第二目 商業性言論

將商業性言論從低價值言論獨立出來的意義在於，近年來商業性言論從低價值言論中之合理審查標準，逐漸有朝向中度審查標準或是嚴格審查標準之跡象，顯然地在商業性言論之範疇會牽涉到與人民基本權保障或是法益侵害有更深入的關聯性，而我國大法官釋憲實務近年來對於商業性言論做出頻繁的討論，故以此將其獨立討論之。再者，此處之中度審查基準並非指涉言論之價值，係乃基於美國法上管制規範與手段間須具有「實質關聯」與符合「一定的重要公益」之審查基準，而就商業性言論之意義其係指促進交易與消費為目的之言論，而廣告則是散布此類言論之手段一種¹⁰⁶，大法官在司法院釋字第 623 號解釋表示「商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾做出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障」此解釋係關於商業性言論之內容限制。此外，另有司法院釋字第 414 號解釋與第 744 號解釋涉及到內容管制，且乃係對言論自由管制更甚嚴重之事前審查，在 414 號解釋中，本解釋對於藥事法上之商業廣告行為採取事前審查規定的合憲性審查，並以維護我國國民之健康安全、增進公共利益為理由。

就此解釋中大法官傳遞出了一個訊息，為維護國民健康此一重大法益，允許對涉及商業性言論做出限制，在本文欲討論有關散布商業性言論之假訊息，是否亦能做出相同處理？亦即只要有需要維護之重大公益或法益存在。例如，維護商業金融秩序、民生用品價格影響社會秩序安寧等等，就可對散布者加以刑法管制，其管制與處罰之手段是否妥當；而在 744 號解釋中，涉及到化妝品廣告之事前審查制，大法官解釋認為，事前審查的情況，如果在防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即難以回復危害之特別重要之公共利益目的，且其目的之達成兼具直接及絕對必要關聯，而有賦予人民獲得立即司法救濟的機會，才能符合憲法比例原則以及保障言論自由的意旨。

¹⁰⁶ 吳庚、陳淳文，同註 23，頁 226。

據此，若依釋字第 744 號解釋意旨，在遭受危害到人民之生命、身體、健康等重大公共利益之危害，且在直接、立即及難以回復危害之情形下，可讓政府對言論自由作出事前審查機制，不過要讓人民得以提起救濟的機會。而我國在限制人民散布假訊息是否亦有與釋字第 744 號解釋相同之法條，在第三章關於散布者之刑法管制會對此詳加說明。

第三目 低價值言論

低價值言論主要像是詆毀謾罵、猥褻色情亦或是散布不實資訊等，雖能作為發洩情緒的出口，但可能會對他人或社會造成負面的影響¹⁰⁷。例如，誹謗性言論、侵害隱私之言論、猥褻性言論及仇恨性言論等等¹⁰⁸。其中，關於誹謗性言論，我國以刑法第 309 條及第 310 條這兩條文，主要處罰行為人關於散布不實之訊息來影響對別人名譽，對言論自由尚非不得依其傳播之方式為適當之限制。就此在條文中，言論之價值僅有作為詆毀他人名譽之用，而無對公共利益等有所影響，故可以適當方法限制之，來管制人民對他人名譽散布不實訊息。換句話說，表意人如對他人進行誹謗性言論之行為，散布不實之假訊息來詆毀他人人格之言論，而他人對此亦有受到名譽上之損害，則非美國憲法第一修正案所保障之言論自由範圍，亦非我國憲法第 11 條所保障之言論自由，表意人不得以其具有言論自由來免除相關言論上之法律責任，僅有在特定情況下得以免責。

第二項 管制假訊息之爭議

第一款 言論自由市場之挑戰

美國聯邦最高法院大法官 Oliver Holmes 曾為言論自由市場理論說過一句經典的話：「我們所追求的至高之善只有經由思想的互相自由交換，才能容易取得；亦即，如果要想測試某種思想是否為真理最好的方法，便是將其放在自由

¹⁰⁷ 吳庚、陳淳文，同註 23，頁 216。

¹⁰⁸ 林子儀，同註 90，頁 154。

競爭的市場內，端看社會大眾是否能接受他¹⁰⁹。」在網際網路或網路平台上，允許人民公開發表言論、評論或撰寫貼文來表達其意見，乃社會文明進步之象徵，唯有保障各種言論，不同之觀點才能自由流通，如商品流通受到市場供需法則所支配，經由人民自由之判斷與選擇，而形成多數人所能接受之主張¹¹⁰，且民主社會之存續及發展有賴於組成社會之成員的健全¹¹¹，多元民主社會的正當性即植基在於此，此乃言論自由權利中之自由市場理論。

詳述之，Holmes 大法官的理念在於用言論自由的自由競爭概念，來排除不良善的言論，如同經濟學理論中的自由市場理論¹¹²，政府盡量不去介入這個言論市場，避免干預言論思想之發展，進而開放各式各樣的言論去競爭，真理終將勝利，最後發揮市場機能讓消費者選擇良善的言論留下，而虛假、不實的言論將被汰除、識破¹¹³。況且從言論自由市場理論也可以推導出，若不將某些虛偽杜撰之言論納入言論自由保護範圍內，將讓執政者濫用權力取得管制言論之手段與機會，如此一來將失去以真理戰勝謬論，追求真理言論之價值¹¹⁴。不過對於 Holmes 大法官所提出來的理論亦有所批評，有學者認為說，從歷史事件看來，人類做出的許多行為多半是不理性的，而且良善也不一定能夠戰勝邪惡¹¹⁵；亦有學者認為，雖然言論自由的目的是在於獲得真正良善的言論留存，但如果我們一直找不到市場上真正的良善言論，是否終將無法發掘真理¹¹⁶。

同樣的，現今科技發達，網際網路與網路平台上成為了人民新的發布言論

¹⁰⁹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, (1919) (Holmes, J., dissenting). 原文參照：「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... 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.」

¹¹⁰ *Id.* at 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

¹¹¹ 吳庚、陳淳文，同註 23，頁 211。

¹¹² Stanley Ingber, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, 1984 *Duke Law Journal*, 4-5 (1984).

¹¹³ 參照林子儀同註 90，頁 123。

¹¹⁴ 劉靜怡，同註 51，頁 79。

¹¹⁵ C. Edwin Baker, *supra* note 50, at 976-978.

¹¹⁶ Benjamin S. Duval, Jr. *Free Communication of Ideas and the Quest for Truth: Toward a Teleological Approach to First Amendment Adjudication*, 41 *GEO. WASH. L. REV.* 161,200 (1972).

的平台，例如臉書（Facebook）可以撰寫貼文、發布貼文、創建粉絲專頁讓更多人追蹤注意或轉發貼文等等；而 YouTube 是源自美國的影片分享網站，也是目前全球最大的影片搜尋和分享平臺，讓使用者上傳、觀看、分享及評論影片，透過影片的發布，滿足人民表現自由的需求；推特（Twitter）則是社群網路及小型部落格型態的網路平台，也是很多政治人物或名人們發布訊息的場域。上述之網路平台皆是我們現今常使用的散布訊息管道，更重要的是，他們都透過廣告來獲取更多人的關注，而且在媒體結構上已經占據了極大的地位，讓傳統媒體做為訊息篩選者的地位降低。依照憲法第 11 條「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，而在社群媒體上發布訊息，就是現今人民體現憲法第 11 條所保障之言論自由。

然而，不單單只是讓人民在社群媒體上隨意發布撰寫貼文，網路平台透過大規模的演算法分析，利用閱聽者的喜好模式，操作個人化的廣告播送，這不僅無需為內容付出成本，而且將連帶造成「同溫層」現象的強化¹¹⁷。例如，最常見的就是「Line」群組，係為一密閉之平台，群組內的成員大部分皆為相同立場，故若在其中分享一則假訊息，非但無法受到更多資訊的更正與驗證，而更會讓人們傳到相同意見之群組，更加專注於符合自己思維及立場的新聞、評論與貼文。據此，有心製造假訊息之操作者，更能透過大規模訊息之放送來作出不實資訊的散布與傳遞，達成其背後目的。

第二款 假訊息對於言論自由市場之影響

言論自由是一種表現自我的方法與管道，透過言論自由的展現，追求個人真理與成長以致於社會大眾的真理及健全整個社會的民主程序，不僅是維繫民主政治的搖籃，同時更是暴露假訊息於陽光下及發現真實的途徑，故因在民主多元社會中，各種價值的選擇判斷除涉及侮辱等人身攻擊以外皆應容許¹¹⁸，不

¹¹⁷ Pariser Eli, *supra* note 36.

¹¹⁸ 根據傳統的雙階理論，有些言論就不會列入到美國憲法增修條文第一條之保障範圍，例如唆使暴力的言語、猥褻性言論、誹謗性言論以及挑釁性言論等。參照自劉靜怡，同註 48，頁 81。

應有何者正確或何者錯誤而運用國家立法加以管制，僅透過言論自由市場機制，使真理愈辯愈明而達到去蕪存菁之效果。對於可受公評之事項，縱然以不留餘地或尖酸刻薄之言語加以批評，亦應認為仍受憲法之保障，蓋維護言論自由可以促進政治民主及社會之健全發展，與個人名譽可能遭受之損失兩相衡量，顯然有較高之價值。綜觀來說，言論意見自由市場有三個特徵，首先，言論思想的衝突並且發生在彼此不斷的對話中；第二，市場參與者有能力並願意區分真與假。第三，謊言是偶然的，其謊言的發起人是為了追求真相的目的¹¹⁹。

不過，學說上針對現今言論自由市場之改變有提出不同之看法。關於第一點，許多網路平台使用者並沒有從健全的言論自由市場中發生想法的衝突¹²⁰，根據回聲室以及過濾泡泡，它們已經與不同意見隔絕，在政治背景下，很大程度上是由於網路平台的功能，一個候選人或政黨的支持者是不太可能接觸到不同意見的候選人或政黨，這使得不同的使用者不太可能遇到衝突的想法而有所討論，所以就會進一步鞏固他們的信念並惡化其確認偏見¹²¹；第二點，一旦散布假訊息是很難被移除的。首先，不是全部人的都會看到和被說服；其次，最大的衝突可能在於也許是先接觸到假訊息的使用者，在後來經過事實查核後，許多人不願意調整自己的觀點並且可能更加質疑查證過後之觀點¹²²，而造成逆火效應(Backfire effect)之產生。最後，假訊息通常會通過大量的假訊息來掩蓋真相，因為同如前述在網路平台上製作和散布假訊息的成本很低，而真相之查核通常需要更多的努力與成本才能達成¹²³。

雖然言論自由市場理念透過開放各式各樣的言論去競爭之立意良善，如果在一個公平競爭的環境場合或許真能找出最具有真理性，也能讓人民信服的言

¹¹⁹ Juan Carlos Escudero de Jesus, Fake News and the Systemic Lie in the Marketplace of Ideas: A Judicial Problem ?, 87 Revista Juridica U.P.R. 1396, (2018).

¹²⁰ Id.

¹²¹ Id. at 1407.

¹²² Id. at 1396.

¹²³ Id. at 1396.

論。惟依照現今在網路平台上所發布的訊息，其背後的公司、工程師或是管理系統，透過演算法的分析¹²⁴，只把與自身利益相關切的貼文或訊息呈現在你的個人塗鴉牆頁面上，在這種情況下，人們將無法接受到不同言論的交流與刺激，辯駁出最具有真理性的言論，而言論與資訊的流動或交流將會停滯不前¹²⁵。再者，現今境外勢力注意到可以利用這些網路平台，來用假帳號（False accounts）、非真人控制的機器帳號（Bots）或是網軍農場（Troll farm）中真人控制的分身假帳號¹²⁶，散布大量的假訊息阻止真實言論的傳遞、交流，並且藉由演算法來掩蓋真理的存在，由此一來，我們是否仍要堅持言論自由市場，以更多的言論來證明真理呢？

本文認為，若無法透過管制假訊息的散布，藉由演算法以及更多錯誤訊息的出現，網路平台之使用者亦將注意力稀缺，而漸漸無法辨識訊息之「真」與「假」¹²⁷，終將導致真理無法招彰，言論自由市場無法撥雲見日而晦暗不明。故以規範管制散布假訊息之行為，才能讓使用者在轉傳或散布有爭議性之內容時，更能加以思考與查證，降低不實訊息之傳遞，使言論自由市場再次的活絡。

不過，管制言論自由亦會帶來許多影響，管制規範的實體正當性加上防止言論傷害的管制利益，是否會大於讓言論自由受限制的成本，讓管制散布假訊息有必要之存在？管制言論自由的成本上，吾人應該把「寒蟬效應」（Chilling effect）納入考量，其乃是政府管制言論自由所造成的風險，會讓有意見之人民噤聲¹²⁸。具體而言，如果表達意見者認為發表某些言論會讓自己暴露在被國家

¹²⁴ 詳細請參照 Sandra Watcher, Brent Mittelstadt, Chris Russell, *Counterfactual Explanations without Opening the Black Box : Automated Decisions and the GDPR*, 31 (2) Harvard Journal of Law & Technology, at 843, (2018). 內容討論到演算法內部的運算系統與決策基本上是一個黑箱的秘密，以避免在交易當中被揭露，且有破壞隱私權等等。

¹²⁵ Tim Wu, *Disinformation in the Marketplace of Ideas*, 51 Seton Hall L. Rev. 169, 170 (2020).

¹²⁶ 關於假帳號之介紹，詳細可參照鄭元皓、吳永達，殭屍入侵臺灣—探討臉書假帳號與假訊息之現況與未來，刑事政策與犯罪防治研究，第 26 期，頁 76-78，2020 年 12 月。

¹²⁷ 陳柏良，AI 時代之分裂社會與民主—以美國法之表意自由與觀念市場自由競爭理論為中心，月旦法學雜誌，第 302 期，頁 111-113，2020 年 7 月。

¹²⁸ Alvarez, 567 U.S. 733. (2012) (Breyer, J., joined by Kagan, J., concurring).

法律處罰的風險之中，那麼表達意見者就可能選擇噤聲而不隨意表達。而這種情況將會有礙於整體社會溝通程序的開放與多元性，造成國家政府主導整個言論自由市場的發展¹²⁹。在前揭文內有提及過，言論市場的發展應讓國家做出最少的控制，讓人民毫無罣礙的發表其言論，才能使言論廣泛流通，而促進事實真理的產生。故為了避免寒蟬效應與最小侵害言論自由的手段，在管制正當性的部分就必須設下一定的條件與門檻，讓人民免於害怕發聲。

以我國刑法來說，例如刑法第 310 條之誹謗罪，在人民散布不實訊息來毀損他人名譽者就必須要有「言論內容客觀不實」、「言論導致法益侵害」、「表意人具有主觀惡意」等要件，限制其言論自由權利。而在行政院主導修法之管制假訊息法條中，也有針對散布假訊息之人設有主觀上之散布故意或散布意圖，客觀上所傳述之內容可證明為假以及捏造或虛構謠言可能產生危害之結果，來限縮表達意見之人成罪可能，且可基於合理查證原則作為阻卻刑罰事由，以避免寒蟬效應之發生。

綜上所述，本文認為假訊息的散布不僅侵害了健全民主社會的程序，甚至在演算法的推波助瀾下，無法使假訊息在網路平台這個新的交流訊息的管道底下，讓大眾得以透析觀察其背後目的，而做出明確的檢視與考察，讓相信假訊息之民眾一直侷限在演算法所呈現的訊息樣貌，真理終究無法撥雲見日，故應該對假訊息立法管制之¹³⁰。

第三項 利用刑事法管制之必要性

據此，不同見解的產生和言論自由基本權利是民主社會的核心支柱，假訊息對於上開權利構成重大的威脅，且越來越多用於影響選舉和全世界公民地認知。尤其是積極的假訊息宣傳活動可以通過資訊洪流來扭曲言論自由市場，而能戰勝真相及在言論自由市場獲勝，讓真理不能透過辯論或意見交流而能擊敗

¹²⁹ Tim Wu, *supra* note 125, at 171.

¹³⁰ See Tim Wu, *supra* note 46, at 571-581; 王泰俐，假新聞與民主危機，臺灣民主季刊，16 卷 3 期，2019 年 9 月，頁 158-160。

假訊息¹³¹。況且經由網路平台業者進行了分享，通過它們的轉推、分享或重新發布機制，比以前傳遞訊息地機制都還來得要快速。雖然這對於言論自由市場來說未嘗不是一件好事，透過傳遞更快速地資訊或許更能找出真理，但最近的研究表明並非所有內容都能以相同的速度傳播，麻省理工學院（MIT）的研究中¹³²就有舉出假訊息的內容傳播比網路平台業者上的事實內容傳播快速六倍，而且假訊息的報導或新聞有百分之七十的分享率比真實性內容的報導更有可能被分享與傳遞¹³³。況且對於言論自由市場而言，如果市場的競爭性質被消除，或者如果市場的理性被社會化或宣傳腐蝕了，那麼市場不再能夠被信任可以做出正確的評估特定言論¹³⁴。

本文認為，在現今網路發達的時代，每個人都可以在網路平台上發表自己的意見與看法才能體現言論自由的精神，如果受到言論自由的保障，那這些現行法規對於假訊息的管制是否合理且正當地動用到法規予以介入管制。如同前美國聯邦最高法院 Lewis F. Powell Jr. 法官所言：「我們必須藉由對錯誤言論提供一些保護，才能周延地保障那些重要的言論¹³⁵。」是此，謠言或不實訊息的製造與傳遞，乃伴隨著人類社會生活而生，事實上永遠難以根絕，極權社會利用民主社會的開放自由與人權保障的特性，以各種真假難辨的資訊、透過網路環境進行不對稱的操作、輕者影響對方的選舉結果、重則可癱瘓民主政治的運作。從 2016 美國總統大選、2017 英國脫歐公投、法國總統大選，以及即將到來的歐盟國會選舉，推陳出新的科技工具與手段，正在影響國際政治、侵蝕民主社會的基石。考量前述台灣遭受外國假資訊攻擊榮登世界第一的高度險峻局勢下，儘速為台灣量身打造最妥適有效的法制作為，方為正辦。

¹³¹ Fernando Nuñez, *supra* note 43, at 784.

¹³² Peter Dizikes, Study: On Twitter, false news travels faster than true stories, MIT News, (2018.03.08), From: <https://news.mit.edu/2018/study-twitter-false-news-travels-faster-true-stories-0308>, (Last Visited: 2021.06.20).

¹³³ Fernando Nuñez, *supra* note 43, at 786.

¹³⁴ Stanley Ingber, *supra* note 112, at 16.

¹³⁵ See *supra* note 69, at 341.

據此，本文認為對於假訊息管制的需求刻不容緩，且因為網路假訊息造成的嚴重程度都遠甚以往的傳統媒體，傳統刑事法上的法律規範手段已不足以有效制裁散布者¹³⁶。例如，刑法第 309 條公然侮辱罪、第 310 條誹謗罪等等。故在刑事罰與行政罰方面，我國法規範近幾年皆有關於管制假訊息之修法規範，不過本文所要探討的目標在於刑事法學上管制假訊息及其界限，因此探討的重點將會聚焦在我國現行法對於假訊息之刑事處罰方面，其管制內容與刑事處罰手段是否具有適當性。

而關於刑事法上的處罰，皆以行為人違犯法條所欲保護之法益為核心。亦即，行為人在違反法條的同時，也必須實質上違犯到此法條所要保護之利益，才有實質的違法性存在，且法益的內容也必須以人民的利益為主，否則只是淪為立法者或執政者之管制工具¹³⁷。詳述之，本文將從管制假訊息之規範背後所欲保護之法益連結到言論自由所保障之價值，當行為人以散布假訊息作為違反法規範之手段態樣，亦或是特定假訊息有影響法益而可能帶來法益的危險性時，刑事法才能介入管制假訊息，而介入管制之手段仍應視言論之內容而有所區隔。故原則上我國現行刑法條文只有在說謊之行為涉及到法條背後之保護法益產生關聯時，才會對行為人說謊行為作出刑事處罰¹³⁸。例如刑法第 168 條關於證人、鑑定人、通譯於法庭上或偵查中對案情重要的事項為虛偽陳述者，將處有期徒刑。由此可見，偽證者在其說謊行為牽涉到國家司法利益時，國家就會對其說謊行為管制並且處罰。若散布假訊息背後沒有所欲保護之法益，國家在管制散布假訊息的同時，也會形成箝制言論自由、打壓人民聲音之手段。

總結來說，刑事法在行為人違反法益時，著重點在於管制的正當性以及處罰是否合理妥適、合乎比例原則。在管制正當性的部分，主要是依據行為人破壞的法益是否有受保護需求，所以散布假訊息作為一種說謊的行為，僅在違

¹³⁶ 黃銘輝，同註 18，頁 12。

¹³⁷ 王皇玉，刑法總則，第 6 版，頁 28，2020 年 8 月。

¹³⁸ 許恒達，論假訊息的刑法規制，月旦法學雜誌，第 303 期，2020 年 8 月，頁 229。

反法益的情況時，才能產生刑事法上管制之必要。具體而言，假訊息本身並沒有侵害到法益而只是一種言論表達的行為模式，所以必須根據假訊息所散布之訊息內容連結到法益，係尾隨在各種法條構成要件下而侵害到所保護的法益。故從刑事法角度端看散布假訊息，就要關切其所連結的干擾法益態樣¹³⁹，是否在刑法上具有法益正當性。

不過，假訊息侵害法益所造成的影響並不能馬上得知其損害結果，也可以說我們管制散布假訊息行為，是一種抽象危險犯。所以該法條之保護法益本身保障可否前置到這麼嚴重的程度，而對散布者進行處罰，本文亦會進行合憲性審查。換言之，散布假訊息的行為作為一種侵害法益模式，這種行為必須要有夠強大的保護法益，才能去管制真正對個人名譽法益、社會秩序法益之維護、人民於公共利益之生存，與有害、虛構的不實消息產生與散布危害到國家重大法益之實現時，用來防止上述之法益遭受散布假訊息之犯行所侵害¹⁴⁰，並會與憲法上的言論自由權有所衝突。而同樣的，對於網路平台業者而言，制定管制散布假訊息之法規範，亦會對其有所衝突，其是否作為一個訊息交流之管道而放任假訊息的流竄，或是在其影響力遠比傳統媒體業者時，更應該擔起監督之義務？以下第三節將繼續討論我國現行法規範下之管制手段。

第三節 刑法規範之管制假訊息手段

綜觀行政院自 2018 年 12 月以來三波的相關修法，目前已通過的災害防救法第 41 條與食品安全衛生管理法第 46 條之 1 等等，針對足生損害於公眾或他人者的謠言或不實訊息散播者予以刑事制裁，企圖藉此生遏阻之效。只不過，若從維護台灣自由民主憲政秩序與國家安全角度來看，這種刑事制裁手段真為當前嚴峻情勢的良藥？究竟要從下游著手，以懲罰散布假訊息者為重心，針對實際上已經在我們社會上散布、造成民眾恐慌的假訊息進行法律管制？又

¹³⁹ 許恒達，同前註，頁 229。

¹⁴⁰ 林山田，刑法通論(上)，第十版，頁 52。

或者朝著散布之源頭追溯，從國家安全角度出發，以行政院所提出的因應，「破假、抑假」為重心，甚至以資訊戰規格來面對當前威脅¹⁴¹？對此，考量討論議題篇幅過於廣大，本文亦以刑事法為基礎撰文討論，故僅處理現行法中以散布假訊息為構成要件手段之法條，來作為本文之分析是否妥適為主軸，將討論焦點彙聚於刑事法與假訊息的關係。至於是否需要另外建立更合適之機制來防堵境外勢力散布假訊息、訂立新的法規範來對抗假訊息，礙於篇幅問題將不在本文的討論範圍內，此乃立法政策上的核心問題。

第一項 散布者的刑事規範

科技日新月異的進步，訊息的傳遞搭配著網路的發展，使得人民取得資訊更為快速與方便，卻也導致假訊息的問題層出不窮。很多訊息未經證實就在網路、網路平台上被撰寫、分享與評論，進而影響人們產生錯誤的認知，不但會造成個人權益的損害，更甚者將會讓公眾利益受到極大的動盪與威脅，錯誤陳述在這個言論自由的社會似乎難以避免，但虛偽杜撰之訊息內容不能對其輕忽看待，假訊息已經成為了足以左右我們這個世代格局的關鍵因子。例如，在世界各國均遭新冠病毒肆虐期間，散布有關傳染病或災難的謠言或假訊息，除了牽涉到人民的生命、財產與身體健康等法益外，還存在影響社會安寧的利益，如果上述的散布行為足以損害公眾或他人，也有必要承擔刑事責任。

我國在制訂散布假訊息之法規範或處罰散布假訊息者時，需要動用刑罰來處罰的話，必須限制在罪刑法定主義、法益保護原則、比例原則以及罪責原則之適用下，才能動用到最嚴厲的手段來限制人民之言論自由基本權。亦即，刑法雖具有維護社會秩序、預防犯罪及保護法益等功能，惟此等功能並不能依賴刑法完全實現之，只有在行政罰、民事請求損害賠償或其他爭端解決機制無法有效達成保護法益之功能或維持社會秩序之目的時，才能動用到刑事法手段處

¹⁴¹ 羅承宗，虛假訊息與法律管制－我國現況與建議，台灣法學雜誌，第 369 期，頁 59，2019 年 6 月。

罰之¹⁴²。

一來對於言論自由的箝制必須限縮到最小侵害手段，二來在侵害的手段與罰責上亦須符合比例原則。據此，端看我國法規在修法後，對於散布假訊息者所訂立的構成要件，在法條的設計上以「故意散布謠言或不實訊息，足以損害公共或他人者」為要件，行為人主觀上需具有故意或意圖，客觀上所傳述之內容可證明為杜撰捏造或虛構謠言可能產生危害之結果，增加了許多要件。更甚者，如果有致人於死亡、重傷的情況，是否應適用加重結果犯的設計，處罰散布假訊息之行為人出於散布之基本構成要件故意，而違犯基本構成要件行為，但在實行散布行為時，卻未履行注意義務，致生相關被害人因其散布之訊息而產生死亡或重傷之加重結果¹⁴³，亦是本文將在第三章所欲討論之範圍。人們對於散布假訊息有表現自由的基本權利，刑法規範只能在行為人侵害到特定法益的時候，做出最低限度的處罰。本節透過整理我國現行法規範下處以刑罰規範法律效果的條文，對人民以散布假訊息為手段態樣違犯法規的情形，並將逐一列舉我國現行法中關於散布假訊息為手段者之刑事規範。

接續第二節所整理出類型化，關於言論自由價值之雙階理論，行為人在不同法條規範下所散布之假訊息應有不同的檢視標準。首先，本文將管制散布假訊息條文所保護之法益，分為高價值言論以及低價值言論，而低價值言論再分為一般性法益與個別法規範之保護法益。若其言論在實務上尚未歸類在屬於何種法益價值時，再按其法條內之管制措施與社會利益關聯性就其涉及到的利益干擾重大與否，來試著用類型化的標準或以利益權衡模式¹⁴⁴做分類。故以下可分為兩個部分：

一、高價值言論(High-value speech)

¹⁴² 王皇玉，同註 137，頁 57。

¹⁴³ 參照林山田，刑法通論(下)，第十版，頁 205-206。

¹⁴⁴ 參照林子儀大法官於釋字第 617 號解釋之部分不同意見書對雙階理論之批評；利益衡量論之詳細內容可參閱林子儀，同註 90，頁 140-142。

在散布高價值言論為製造假訊息之態樣時，政府欲管制人民散布政治性言論，應嚴格審查管制之條文。是否合乎法規範目的之法益適格性。本文在高價值言論中，將討論公職人員選舉罷免法第 104 條與總統副總統選舉罷免法第 90 條，行為人散布假訊息而企圖影響選舉或罷免之結果，此時散布之假訊息可認為係屬於言論自由中之雙階理論之高價值言論位階。亦即，當有選舉或罷免之政治性活動時，行為人所散布關於候選人或被罷免者之假訊息，其侵害之法益是否已經不再是政治性言論所保護之範圍內，若討論結果後仍認為散布政治性言論之假訊息仍符合言論自由所保障之範圍內，將繼續檢視此兩則條文之管制手段是否合適而符合比例原則。

二、低價值言論(Low-value speech)

(一)、一般性法益

一般性法益所探討者，乃係刑法第 309 條公然侮辱罪以及刑法第 310 條誹謗罪，將此兩條歸類為一般性法益之理由乃在於實行公然侮辱罪或誹謗罪之構成要件行為，其所散布之假訊息不限於高價值言論、商業性言論或低價值言論，只要散布或傳述此兩法條所規定之構成要件侵害他人感情名譽即可。亦即，立法者將此兩則法條規定在刑法第 27 章妨害名譽及信用罪章中，乃是在保護被害人之名譽，行為人所散布足以毀損他人名譽之事，應不限於何種價值言論，簡言之，只要散布之假訊息言論有損及被害人之名譽即可。

(二)、商業性言論(Commercial speech)

因商業性言論近年來已經從低價值言論以合理審查標準，多數實務改變為中度審查標準，故在散布介於高價值言論與低價值言論之商業性言論時，本文將商業性言論提出於低價值言論討論，以彰顯其在實務上之重要性，故會討論公平交易法第 24 條與第 37 條、刑法第 251 條以及刑法第 313 條，為維護商業競爭、金融以及財務信用秩序之商業性言論，上述幾則條文對散布不實資訊、流言設有刑事處罰規定。例如：刑法第 251 條規定「意圖影響第一項物品之交

易價格，而散布不實資訊者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。」、刑法第 313 條規定「散布流言或以詐術損害他人之信用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。」、公平交易法第 24 條規定「事業不得為競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事。」

關於此種言論最主要的討論內容在於保護私人間的金融利益交換、公司間的財務信用關係或是經濟市場上的商業利益，若行為人以散布假訊息為手段攻擊此種商業秩序而破壞了商業活動，此種行為背後所牽涉到的保護商業利益干擾將對為數不少的商業主體將產生損害，造成商業秩序的動盪不安，進一步干擾到自由經濟市場。故在散布此類假訊息時能否以保護金融或商業秩序法益為由而管制人民言論自由之權利，乃本文在第三章以下所要討論之重點。

(三)、其它低價值言論

最後，在散布低價值言論作為假訊息態樣時，本文將討論傳染病防治法第 63 條、嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興條例第 14 條、食品衛生管理法第 46 條之 1、災難防救法第 30 條與第 41 條、陸海空軍刑法第 72 條以及民用航空法第 105 條。綜觀上述條文內容與要件，行為人散布之假訊息並不限定於何種性質之言論態樣，只要有散布不實訊息之行為存在，且此不實訊息影響到條文規範目的背後所保護之法益，將會受到刑事處罰。且因在上述條文中並非有需要特別保護表意人之言論自由情形存在，政府對其管制之權利在不違反最小侵害手段之下，應認為散布低價值言論之假訊息為維護公共安全、社會秩序與全民健康等等，需要管制來維持國家安全。

第二項 網路平台業者的刑事規範

接下來將討論中介者責任之規制，在現今網際網路發達的時代，社群媒體亦成長茁壯，根據「The Pew Research Center」在 2016 年之報告指出，從過去十年的調查當中發現越來越多的美國人表示他們獲得新聞的來源大多都來自於

社群媒體，而臉書（Facebook）則是佔了美國人百分之八十的使用率，而這個比例，隨著老年人使用手機的習慣增加，有往上升的趨勢¹⁴⁵。這也表示，社群媒體在我們日常生活中的所扮演的角色日漸重要，且在現今人手一機的情況下，手機的普及遠比電視來的廣泛。換句話說，人們現在接收資訊的管道已經從收看電視頻道轉換到手機，進而連結到網路平台之社群媒體上，不管是社團、粉絲專頁、平面報導或是個人專頁發布貼文，都是獲取資訊的管道來源，傳統新聞媒體業已經逐漸的式微，取而代之的是網路平台之社群媒體業，使用度漸趨繁榮與普及。

而正所謂物極必反，在前面有提到過傳統媒體業尚有新聞媒體的準則可以規範，惟社群媒體的商業模式在於引起使用者之注意力，也就是利用廣告來吸引使用者的興趣，讓使用者投入大量的時間與精力在經營社群，但其實是社群媒體業利用使用者的注意力來推銷廣告主所花錢買的廣告，而從中獲取豐厚的利潤。導致在利益衡量與經營理念下，社群媒體透過大規模的演算法分析，利用閱聽者的喜好模式，操作個人化的廣告播送，這不僅僅無需為內容付出成本，而且將連帶造成「同溫層」現象的強化，人們只更加專注於符合自己思維及立場的新聞、評論與貼文，而有心製造假訊息之操作者，更能透過廣告之放送來作出不實資訊的散布與傳遞，達成其背後目的。例如，購買大量的臉書帳號在網路上散布對某些議題的看法，而通常這個看法皆為不實虛構撰寫，企圖營造對自己有利的輿論環境。

在法律規範上的討論，網路平台上先從平台之組成方式釐清哪一個主體才會我國欲歸責之對象，而若找到歸責主體將在於網路平台業者後，如果使用者散布假訊息之貼文或轉傳，這些訊息經過查證後屬於假訊息的話，他們審核後仍發布貼文或訊息，是否會構成不作為犯、幫助犯或共同正犯等等；又或是需

¹⁴⁵ Social Media Update 2016, The Pew Research Center, 2016.11.11, from : <https://www.pewresearch.org/internet/2016/11/11/social-media-update-2016/>, (Last Visited : 2020.8.4).

要立法制訂純正不作為犯，如果平台業者在不移除訊息之情形下，在法規範要求平台業者應為移除之行為或履行某些標示警語、加註符號等義務時，網路平台業者卻消極不為之或不履行之，亦是本文所欲探討的內容。

第三項 結論

假訊息從早期的印刷術時代、剛開始發行報紙的時代，到現在已邁入網路科技時代，資訊科技日新月異，訊息也呈現爆炸性的成長，散布假訊息者手段亦趨多樣化，也對言論自由產生巨大的衝擊與挑戰。不變的是，背後操縱者想要獲取的利益以及企圖掌握一切的野心，透過各種社群網路散布假訊息，如果分享或撰寫的評論具有明顯的針對並攻擊某個議題，而其粉絲、讀者或社團成員之間就會對公共議題進行不理性的漫罵和批評，嚴重則可能會成為網路霸凌而影響公共利益，故在網際網路這個新興公眾表達言論自由的平台與管制散布假訊息與否取捨下¹⁴⁶，第三章將針對我國現行法訂立之相關管制假訊息法規進行分析。為防止謠言或因散布此種不真實信息而造成的不理性型的言論攻訐，本文認為，應先檢視現行法規在處罰假訊息時有無合適、符合法規範目的之公益適格性，而在侵害言論自由的範圍內，做出最小侵害手段，並且如有不足之處，端看是否需要引進外國法機制，藉以懲罰散布假訊息之人與社群媒體平台業者。

¹⁴⁶ 可參考 Cass Sunstein, *Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton University Press, 151-166 (2001). Sunstein 教授在本書中提到言論自由不是絕對的，網際網路的發展就是其中一個因素，故主張政府應在適當的情形下介入管制之。

第三章 散布假訊息之刑法規範

在前一章節未提到，立法者設計管制人民散布訊息係對個人得自主決定是否表達意見之自由，亦即對言論自由所為之限制。既然我國政府在面臨到行為人散布假訊息將影響到不同社會領域層面之利益干擾，而選擇藉由刑罰規範來處罰之，故本章節之討論重點將先整理我國實務關於各個條文散布假訊息之判決事實與理由，接著檢視與評析我國各個限制散布假訊息之現行法規範，將不同位階之言論或不同領域之假訊息納入刑罰規範處罰是否合適。

因政府若動用到刑事法規範管制人民散布言論自由之權利，在有侵害人民權利之必要時，應以最適當、最小侵害的方法為之，且其所採取之措施須有助於公益目的之達成，由合乎適當性之措施中，選擇對權利侵害程度最小的手段，但其功效必須與較大侵害程度的手段相同，並在所可能引起的損害與所欲達成管制假訊息之任務間，未有不相稱的情形發生，始無侵害過當之虞¹⁴⁷。再者，除了法條規範的目的與手段之間要符合比例原則外，參照 *United States v. Alvarez* 之標準，本文依此認為若其法規內之構成要件所散布之訊息有受到限制之必要，則其限制應先推定為違憲，證明該限制符合法規之規範目的，限制之手段需為最小侵害手段且與目的之間需有因果關係¹⁴⁸，方符合我國憲法第 11 條保障言論自由之精神。

綜觀來說，散布假訊息之行為僅是一種違反我國傳統社會價值觀中必須「說真話」之普世行事準則，不過並不一定代表著絕對的真實與錯誤，因為在不同的社會層面觀感亦有不同之標準，只有在「說假話的行為」也就是散布假訊息的行為，對於國家來說已經侵害到公共利益之實現，基於刑法謙抑性原則下而不得已採取刑罰手段予以制裁；若僅涉及到私人領域間權利義務之散布假

¹⁴⁷ 關於比例原則之詳細探討參照黃舒芃，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，2016 年 9 月，頁 5-8。

¹⁴⁸ See *supra* note 74, at 729.

訊息行為，而一概納入刑罰制裁範圍時，已經嚴重侵害到憲法保障人民享有不受國家干預之言論自由，故國家對此是否有處罰之必要，乃本章節所欲討論之重點。

論述至此，可以發現到說其實人民散布假訊息行為本身並沒有違法之虞，重點在於其散布假訊息的關聯性影響到了不同社會領域層次，而這個關聯性應該如何去界定¹⁴⁹。詳言道，本文從第二章介紹關於散布假訊息係屬言論自由之一環，如果要管制散布假訊息之行為，就要與管制言論自由事後懲罰之雙階理論一併觀察適用，因在管制散布假訊息之情況下，不能只看立法規範構成要件中的「不實訊息」定義，尚須了解到管制「不實訊息」乃侵害人民之言論自由，其依照行為人所散布之言論類型而有不同層次的規範與價值選擇，此行為規範在管制的手段上亦須依照言論價值的不同而有不一樣的制裁規範。據此，在管制假訊息之合憲性上，將會因為假訊息之雙重性格，而對於合憲性解釋之審查下採取不同之標準，散布高價值之政治性言論以及低價值的言論皆對於合憲性結果而有不同之詮釋¹⁵⁰。不過，言論的種類是具有多樣性且無法單以價值性之高低來做判斷，本文僅就多數說法所認可之雙階理論作為假訊息言論之判斷，惟適用有缺漏或不足之處，仍有待實務判決發展。

本章在探討完法規範與散布假訊息間之法益關聯性與態樣，最後在法條管制手段選擇上仍須進一步分析，因其涉及到憲法所保障之言論自由，在適用之手段就需要透過憲法原則去評析其合憲性，而是否能通過合憲性解釋審查。然若管制此種假訊息並不會對法益保護有重大的需求性時，那本文建議應考慮除罪化，畢竟刑法之目的乃是社會規範之最後手段性，若有其他管道可更有效率的限制人民散布此種假訊息，依刑事法規範來處罰有輕重失衡之疑慮；不過若在法益的保護上有即刻迫切之保護利益或是重大公益之實現，仍需用刑事法規

¹⁴⁹ 許恒達，同註 138，頁 229。

¹⁵⁰ 黃自強，社群媒體時代下對於「更多言論」之質疑：以假訊息之管制為中心，台灣大學法律學系碩士論文，頁 51，2020 年 11 月。

範來管制之，惟在手段的選擇及運用上與法益保護有符合比例原則之要求¹⁵¹。

尤其刑事法規範的特別之處在於其適用之違憲審查程序係依照行為規範與制裁規範¹⁵²，從刑法學角度觀之，立法者設計法條係以區別基本權之法律管制內容與管制手段，所謂的行為規範與制裁規範的雙重層次，在行為規範方面管制人民對於憲法之言論自由基本權，在制裁規範方面採用刑罰制裁違犯法律者。而檢視這種雙重層次的法規範時，有論者認為需先行處理行為規範，亦即限制人民言論自由基本權之法規範是否能通過比例原則之限制，再以該行為規範做基礎之制裁效果，是否得以有效保護管制散布假訊息所造成之利益干擾而連結到重大公共利益實現，此制裁手段需以適當、必要且符合衡平性原則之手段，將行為規範與制裁規範一併進行檢視管制散布假訊息之法規範是否有違憲疑慮¹⁵³，故如何將既有之刑法基本原理與違憲審查的論證結構相互整合，亦是本文所欲建立之目標。

第一節 假訊息刑法規範之法益重構

為了防制「假訊息」氾濫可能造成的社會甚或個人重大利益的影響，2018年12月13日行政院發布新聞稿，宣示將在避免戕害言論自由的前提下，進行全面性的修法，以遏止利用不實資訊干擾特定秩序的亂象。在第一波的行動中，行政院通過了「災害防救法」、「糧食管理法」、「農產品市場交易法」、「傳染病防治法」、「食品衛生管理法」以及等6部法律的修正，其中除了「糧食管理法」與「農產品市場交易法」，在此次修法規範的違反時，皆有以刑罰作為法律效果的規定；2019年4月行政院更以「遏止假訊息對國家社會與公共利益造成負面影響」的名義，啟動第二波修法，在該次修法提案中，除了修正目前涉及相關散布不實訊息罪的構成要件及罰則外，同時增訂利用傳播工具散布不實

¹⁵¹ 許恒達，同註138，頁245。

¹⁵² 參照許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於國際刑法學會台灣分會主編，民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，頁392-394，2005年。

¹⁵³ 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20-21，2020年10月。

訊息的加重處分。

本文以下會先將現行刑事法規範仍依第二章所建構的言論自由之雙階理論，依照法條中的規範要素區分高價值言論以及低價值言論，高價值法益係屬於政治性言論已無疑義，而低價值法益所具備的態樣又可分為不同層次，並且按照行為人所散布之假訊息係何種價值性言論，就其所代表的個別性社會層次領域中的法益做分類與探討其成立要件。

具體而言，在以刑事法管制屬於高價值言論時，立法者需要知道高價值言論所代表者乃促進公民政治的參與，若管制此高價值言論將會造成人民因為畏懼受到刑罰，而無法透過發聲去落實公民自主權利；相反地，若不管制此高價值言論，在選舉或罷免期間散布影響候選人或被罷免者的假訊息，將可能影響其社會名聲而使之無法進行公正的選舉或罷免活動。

而在管制低價值言論時，會先區分成一般性法益與個別規範之保護法益。在一般性的法益規範中，將處理刑法關於一般性的假訊息侵害名譽權，所謂的一般性是指散布假訊息的行為態樣，被適用於傳統規範作為管制手段區分，僅係其行為手段有侵犯到法條所欲保障之名譽法益規範即為已足。例如刑法第309條之公然侮辱罪以及刑法第310條之誹謗罪¹⁵⁴；而個別規範之保護法益乃係針對法條保護法益所區別，先要討論的是關於商業性言論之部分，因在散布相關商業不實訊息，將會對商品資訊之正確性、商業金融秩序以及商業主體之信譽造成危害，不過若對其管制政府是否會被視為干涉自由市場經濟而導向於干預市場；再者，其他類型之保護法益，在管制低價值言論所形成的假訊息，人民在散布此種假訊息時並不需要特定的言論類型，只需要其攻擊手段有牽涉到法條所要保護之利益即為已足，例如，傳染病防治法、民用航空法或災難防治法等等。而可以在第二節繼續援用此分類來檢視管制行為人所散布之價值性言論適用不同的合憲性審查基準。就此，本文將先介紹與分析關於我國目前之

¹⁵⁴ 許恒達，同註138，頁230。

刑事法規範中規範之假訊息態樣，以及目前實務上所如何做運用與判決。

2018 年防堵假訊息之修法內容	
法規	修正內容
災害防救法第 30 條與第 41 條	1. 民眾發現災害或有發生災害之虞時，應即主動通報消防或警察單位、村（里）長或村（里）幹事。 2. 明知為有關災害之不實訊息而為第三十條第一項之通報者，科新臺幣三十萬元以上五十萬元以下罰金。 3. 散播有關災害之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣一百萬元以下罰金。 4. 犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
糧食管理法第 15 條之 1	I. 任何人不得故意散播影響市場糧食交易價格或主管機關執行糧食產銷、收購公糧計畫之謠言或不實訊息。 II. 違反第十五條之一規定，足生損害農民收益或消費者權益者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰。
農產品市場交易法第 6 條	I. 任何人不得故意散播影響農產品交易價格之謠言或不實訊息。 II. 違反第六條第二項規定，足生損害農產品運銷秩序者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰。
傳染病防治法第 63 條	散播有關傳染病流行疫情之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，科新臺幣三百萬元以下罰金。
食品安全衛生管理法第 46 條之 1	散播有關食品安全之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣一百萬元以下罰金。

(自製：表 1)

2019 年防堵假訊息之修法內容	
法規	修正內容
刑法第 251 條	I. 意圖抬高交易價格，囤積下列物品之一，無正當理由不應市銷售者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科三十萬元以下罰金： 一、糧食、農產品或其他民生必需之飲食物品。 二、種苗、肥料、原料或其他農業、工業必需之物品。 三、前二款以外，經行政院公告之生活必需用品 II. 意圖影響第一項物品之交易價格，而散布不實資訊者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。 III. 以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他傳播工具犯前項之罪者，得加重其刑至二分之一。
刑法第 313 條	I. 散布流言或以詐術損害他人之信用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。 II. 以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他傳播工具犯前項之罪者，得加重其刑至二分之一。
陸海空軍刑法第 72 條	I. 意圖散布於眾，捏造或傳述關於軍事上之謠言或不實訊息者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣三十萬元以下罰金。 II. 以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他傳播工具犯前項之罪者，得加重其刑至二分之一。

(自製：表 2)

第一項 高價值言論

第一款 選舉制度之流變

選舉，是近代民主社會中一種決定的過程，由人民投票選出某個職位的人選，在實施代議民主制之國家當中，通常會選出國家元首、議會成員、地方首長等等，選舉是人民行使公民權利的重要方式。如果投票的方式或過程難以讓人民行使其投票權、亦或者是投票的過程、結果對國家選舉產生不正當之影響，那麼對人民而言，民主政治將會被汙染，無法藉由公平、自由的選舉手段來表達人民對政府權力的同意，破壞了民主基礎與機制。假訊息對政治的干擾並非近代才發生，早在中國宋朝時期，由於雕版印刷術以及活字印刷術的出現，使得平民開始大量接觸仕紳階級才能接觸到的資訊，相反地，也會有假新聞的產生用來抨擊時政、蠱惑民心¹⁵⁵。由此可見，在任何一個時代下，隨著工具的進步與資訊的普及化，只要有心製造假訊息的人存在，假訊息就沒有消失的一天，身處在當前的台灣，也正正面臨著來自境外的強大勢力威脅，我們得來不易的民主政治社會在面對如此巨大的挑戰時，如何鞏固呢？

為確保民主選舉事務的和平、公平以及正當性，我國立法機構針對選舉事務訂立了兩則條文予以規範有關散布假訊息之刑責。第一則條文的適用範圍及於各式各樣選舉層面的公職人員選舉罷免法第 104 條：「意圖使候選人當選或不當選，或意圖使被罷免人罷免案通過或否決者，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」於選舉或罷免期間時，將散布假訊息列為構成要件手段；第二則是總統副總統選舉罷免法第 90 條：「意圖使候選人當選或不當選，以文

¹⁵⁵ 例如，宋徽宗大觀四年（1110 年），詔：「近撰造事端，妄作朝報」。原因是有人刊登了一道假冒皇帝斥責前宰相蔡京的詔書：「前宰相蔡京目不明而強視，耳不聰而強聽，公行狡詐，行跡詭譎，內外不仁，上下無檢，所以起天下之議，四夷凶頑，百姓失業，遠竄忠良之臣，外擢暗昧之流，不察所為，朕之過也。今州縣有蔡京蹤跡，盡皆剷除；有朋黨之輩，悉皆貶剝。仰內文武臣僚無隱。」參照原文網址：<https://kknews.cc/history/lzzlla9.html>，最後瀏覽日：2021 年 3 月 10 日。

字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」此乃針對更高規模的我國總統選舉事務，亦有相同規定將散布假訊息作為構成要件手段來處罰，故上述兩則條文規範內容大致相同，避免假訊息成為政治人物互相攻擊之武器，而扭曲了公民投票選舉之本意。

第二款 條文要件分析

本罪之保護法益並未明確在立法目的內，不過可以從法規中得知，係以維護選舉結果之公正性為立法目的。而關於上述兩則條文之要件適用，首先可從行為要件發現到說，「以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事」，係以較為傳統媒介作為規範散布之手段，而謠言或不實之事搭配主觀意圖要件之使人當選或不當選、使被罷免人之罷免案通過與否，將針對行為人依此期間進行不實訊息散布；再者，依法條規範之損害結果來看，其不需要有具體損害結果產生，也非只要有散布假訊息之行為就會成立犯罪之抽象危險犯，其制定散布假訊息之行為程度係要求「足以生損害於公眾或他人」之適性犯¹⁵⁶處罰，而限縮本罪之適用空間。

在主觀要件的部分，除了有散布不實訊息之認知外，尚須具備使候選人當選或不當選或使被罷免人罷免案通過或否決之意圖要件為前提。不過，法院在審理此類案件時，係以公職人員選舉罷免法第 104 條為刑法第 310 條誹謗罪之特別法來處理，故行為人所散布之不實訊息雖然不能證明其為真實，惟選舉事務乃公共一般事務，涉及到散布此種不實訊息應有合理查證原則與公益關聯原則之適用，而可受一般選民評論之。只要候選人在客觀事實層面上已經有讓社會大眾皆會產生合理懷疑，而提出適當的質疑或評論者，就不能認為行為人具有明知而有意散布不實訊息的故意與意圖；行為人也可以自行證明其所指摘、

¹⁵⁶ 許恒達，同註 138，頁 238；適性犯在解釋上於個案中固然無需證明行為致生法益具體危險狀態，惟仍應依目的性限縮解釋而認定具備「足生危險於保護法益之本質」此等不成文構成要件要素，始足該當構成要件，僅參閱林書楷，刑法總則，第 4 版，2019 年 10 月，頁 53-56。

傳述之事項為真正，或已盡相當查證，具有合理的理由確信其為真實，而使其毋庸成立犯罪¹⁵⁷。

第二項 低價值言論

第一款 一般性法益

在網際網路尚未開始流行的時代，假訊息一詞也尚未出現與普及在世人的耳目中，如果談到類似有關散布不實訊息之行為態樣，應該會最直觀的聯想到刑法規範中的公然侮辱罪以及誹謗罪，兩罪的行為手段大都是用傳遞不實訊息來破壞被害人的名譽法益，屬於保護個人名譽之法規範。不過有問題的是，刑法對其管制會與我國憲法第 11 條規定之言論自由基本權與第 22 條的概括基本權中所保障的名譽權相衝突。

就此，我國大法官有對管制言論自由的限制做出解釋，其認為：「憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，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。惟為保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家對言論自由尚非不得依其傳播方式為適當限制。至於限制之手段究應採用民事賠償亦或兼採刑事處罰，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。¹⁵⁸」從規範層面來看，制定法律管制人民之言論

¹⁵⁷ 參照最高法院 106 年度台上字第 1158 號刑事判決：「又公職人員選舉罷免法第 104 條所定意圖使人不當選而散布謠言或傳播不實事項罪，係上揭誹謗罪之特別法，故行為人雖不能證明其所傳播之事項為真實，但就事關公益而屬可受公評之事項，倘依行為時的具體、全部情狀，加以觀察、判斷，客觀上已足使一般人產生合理懷疑，而提出適當的質疑或評論者，即不能認其存有明知而仍故意傳播不實事項的惡意，無以該罪相繩餘地。換言之，該罪所謂『散布謠言或傳播不實之事』，係以散布、傳播虛構具體事實為其客觀犯罪構成要件，並以行為人具有『真實惡意』為其主觀犯罪構成要件；行為人固得自行證明其所指摘、傳述之事項為真正，或已盡相當查證，具有合理的理由確信其為真實，而解免其刑責；縱否，檢察官或自訴人於訴訟程序中，仍不能免除其所應負證明行為人主觀上確實存有『真實惡意』的舉證責任。」

¹⁵⁸ 節錄自司法院大法官解釋第 509 號解釋理由書。

自由權會造成一定之利益衝突與權利限制，傳統規範沿用到現代社會能否再循著固有的要件而做為對抗假訊息之管制手段，並且足以應付新世代的需求，本文將從法條要件與實務運用之情況做分析。

第一目 公然侮辱罪

本罪的保護法益在於個人主觀上的名譽，就是指一個人在社會上對於其人格上的評價感受或反應，其所代表的價值，是在社會上向別人請求應有的尊重¹⁵⁹，當行為人以傳述不實訊息之方式，達到侵害他人「尊重」的效果，如罵一個人「垃圾、廢物」等貶低人格的用詞，就會被認定為違反本罪¹⁶⁰。不過由於太淪為個案上的主觀情感且為抽象事實描述，很難尋得一個符合社會通念的標準，造成法院適用本條法律上的困難。而在法條要件，本罪的行為規範係指在不特定人或多數人得以共見共聞之狀態下，對他人為輕蔑表示之行為，此行為涉及敘述不實事實的言語謾罵、動作或文字圖畫且必須有對心理造成難堪或不快的可能性¹⁶¹。換句話說，也是一種傳述抽象之假訊息¹⁶²而攻擊他人名譽法益的假訊息行為態樣。

舉例來說，甲在自己的個人專頁發布一篇貼文，其內容表示隔壁鄰居乙是

¹⁵⁹ 蔡蕙芳，網際空間內之名譽保護—「天堂II」公然侮辱案之延伸思考，月旦法學雜誌，頁173，2008年7月。

¹⁶⁰ 參照臺灣高等法院109年上易字第444號刑事判決：「亦即，有無某種名譽，應該聯結『事實』始得存在而加以判斷，如果我們認為名譽是一種外部社會的評價，那麼法律所保障的名譽法益，就應該是『不被他人以虛偽言論毀損的社會評價』，也就是說，一個人有維護良好聲譽不受不實事實抹黑的權利，卻沒有『欺世盜名』的權利。當『名譽』構築在事實之上，那麼陳述真實之事的言論，就不該是侵害名譽，法律沒有理由處罰說實話的人，若說『真實言論』會毀損名譽，應該祇能解釋成上述所謂的『名譽感情』（內部名譽），而這種名譽感情，正如上述學者所言，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）。換言之，法律不應該保障虛偽的名譽，欺世盜名，禁不起真實揭露的社會評價，絕非值得法律保護的名譽。綜上所述，假如針對特定事項，依個人價值判斷而提出主觀的意見或評論，縱其批評內容足令被批評者感到不快，因為欠缺社會『名譽』檢驗，仍不致構成誹謗罪，換言之，沒有事實為基礎的『評論』或「意見」，如何判斷被害人享有或不應享有某種評價？一個人是否美醜，是否無知、卑鄙，當欠缺事實為基礎時，無從認定，至多僅係其情感受傷，或祇是社會是否願意接受不中聽、粗鄙的，甚至挑釁性的言論而已，這才是公然侮辱罪所要處罰的客體。」

¹⁶¹ 盧映潔，刑法分則新論，新學林出版社，13版，2018年9月，頁605。

¹⁶² 通說就此認為侮辱係指抽象的謾罵、嘲笑或藐視他人的言語或行為。僅參照林山田，刑法各罪論（上），5版，頁260；甘添貴，刑法各論（上），4版，頁162；陳子平，刑法各論（上），4版，頁304；實務亦採此說，參照最高法院107年度台上字第2402號判決。

個垃圾，而甲與乙的共同好友丙看到後並截圖跟乙說，惟乙根本沒有招惹過甲，所以就去警察局告訴甲公然侮辱罪。在這個案例下，行為人甲所發布的貼文僅及於個人臉書好友，使其好友們按讚、分享及接收資訊，加上網路平台演算法基本上是透過蒐集大量的資訊，並且分析與此相同觀點之用戶可以接收到相同訊息，進而讓其聚集與交流，產生群體同溫層效應¹⁶³。如此一來，乙會因為甲所發布貼文中的假訊息而造成其名譽在與甲相類似的接收者中造成損害，破壞其感情名譽，而侵害到別人應對其具有的人格尊重請求權¹⁶⁴。

第二目 誹謗罪

本罪的保護法益在於個人外在評價的名譽，透過傳述不實事實，造成他人過去公開型生活事跡的混淆，進而影響其個人外在評價的行為，故本罪一般認定為抽象危險犯，所以事實傳述不一定需要實質上損害個人的社會名聲¹⁶⁵。本罪的行為模式係透過指摘或傳述足以毀損名譽之事，而行為人所指摘或轉述的事只要有不利於被害人的事情即為已足，不用該事情是過去、現在、公眾周知或是有無密切相關為限¹⁶⁶；而主觀上必須明確有表達個人意向的事實方能成罪。不過本罪不要求公然性，但要求必須有「散布意圖」，透過私下活動而傳述亦可成立本罪。且第2項亦有對於手段上的加重規定，如果係以文字或圖畫為犯罪手段的話，將會加重罪刑；不過在第3項有規定阻卻刑罰之事由，只要行為人所傳述影響他人名譽之事情係與公益相關或是能證明其乃真實者就不罰。

第三目 一般性法益與假訊息

據此，可以發現到公然侮辱罪與誹謗罪在刑法典中乃是限制人民散布假訊息之言論自由基本權的一般性條款，只要行為人散布不實訊息毀損他人的名譽者，並且散布於公眾，就可以成立本條罪名。不過，沿用到現今網路資訊時代

¹⁶³ 黃自強，同註150，頁77。

¹⁶⁴ 許澤天，刑法分則(下)，新學林，2019年9月，頁255。

¹⁶⁵ 許澤天，同前註，頁270-271。

¹⁶⁶ 陳子平，同註162，頁332。

發展下，行為人在網路平台上發布貼文、在別人發布的貼文底下留言、分享別人的貼文並且加上自己的評論、錄成影片放上網路平台、在網路平台上開直播¹⁶⁷或是撰寫報導投稿到粉絲專頁等等，行為人皆可以用上述行為手段透過散布不實訊息來影響到相對人的名譽評價，此時雖然可以用刑法第 309 條與刑法第 310 條第 2 項處罰之，只要平台具有開放性質，即符合公然、不特定多數人、意圖散布於眾之要件¹⁶⁸。

惟在行為人若無指涉特定對象時，基於網路特有的匿名性，任何人都能夠保有隱私權，平等、自由地利用網路資源，發表個人之言論及意見，發言者大多不知道彼此的真實身分¹⁶⁹。在這種情境下，誹謗罪的成立，至少必須達到不特定人或多數人一看就知道說，行為人想要誹謗的對象在真實世界中是什麼人的程度，才有成立誹謗罪並且保護名譽法益之餘地¹⁷⁰；學說上亦有認為只要行為人對其在網路上之身分有所認識，並認識到其散布妨害不實訊息之行為會對其名譽減損即為已足，而無須判定是否現實名譽有所該當¹⁷¹。不過實務上發展更甚者，係有行為人常以暗喻、反諷或是代號之方式誹謗相對人，因誹謗罪保護的是個人的外在名譽，若以上述代稱進行散布不實訊息的誹謗行為，而社群平台上的資訊接收者無法知悉，相對人的名譽是否仍有受到侵害，法院亦難以就此有固定的判斷標準。

¹⁶⁷ 例如臺灣高等法院 108 年度上易字第 2397 號刑事判決：「本案被告係在『TWITCH』網路平台，以電腦設備連結網路進行直播，使不特定多數人得共見共聞，而以前開言詞指摘告訴人，主觀上自有辱罵、貶損告訴人社會評價之意，以及供不特定人或多數人觀覽而散布於眾之意圖，均可認定。」

¹⁶⁸ 蔡蕙芳，網路言論、私領域言論與「公然」與「意圖散布於眾」涵義之探討，月旦法學雜誌，第 178 期，頁 82-83，2010 年 3 月。

¹⁶⁹ 蔡蕙芳，同註 159，頁 177。

¹⁷⁰ 參照臺灣高等法院 109 年度上易字第 421 號刑事判決：「另基於網路特有之匿名性，任何人得保有隱私權，平等、自由地利用網路資源，發表個人之言論及意見，發言者多互不知彼此之真實身分，在此種情境下公然侮辱或誹謗罪保護之對象，應須使他人日常生活中足以特定限縮至某範圍之程度，此種足以分辨或限縮範圍之程度，固不侷限於揭露真實姓名與身分，惟至少必須達到不特定之多數人，一望即知行為人欲侮辱或誹謗之特定人在真實世界中為何人之程度。若網路世界之其他參與者既無法分辨、得知或推敲該對象究竟為何人，該對象即與一般大眾無從區隔，即無所謂遭侮辱或名譽受損可言。」相同見解台灣高等法院高雄分院 99 年度上易字第 834 號刑事判決。

¹⁷¹ 蔡蕙芳，同註 159，頁 182。

再者，關於刑法第 310 條第 3 項規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」就法條文義觀之，行為人所散布之不實訊息，如果能證明為真實則不罰，其乃客觀處罰條件¹⁷²，不以散布行為當時知悉為認知，在事後可得證明其所散布之訊息為真，就可以不罰。故就此而言，能證明真實者係應屬於事實，事實才有能否證明真實之可能¹⁷³，如果僅為意見之表達則為個人主觀上的價值判斷，並沒有所謂的真實性存在，其判斷依據在於事實陳述可以證明過去或現在的真實性，而意見表達僅為個人確信的主觀想法。

據此，行為人所散布之不實訊息應僅限於可資證明之事實陳述，若係其個人主觀意見之臆測與評論，係為公然侮辱罪所欲處理之範圍；而若係他人名譽之事實陳述，則是誹謗罪適用¹⁷⁴。不過在判斷其範圍上亦須就行為人所散布之文字訊息予以整體觀察，而決定是事實陳述或意見表達之詞¹⁷⁵，且依據刑法第 311 條規定：「以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰：因自衛、自辯或保護合法之利益者（第一款）。公務員因職務而報告者（第二款）。對於可受公評之事，而為適當之評論者（第三款）。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（第四款）。」可知如果行為人確信其所散布之不實訊息有上述四款之事由存在時，就會阻卻誹謗罪以維護善意發表之言論¹⁷⁶。

惟現今網路平台上的個人意見發表，其中的事實陳述與意見發表在概念上本屬流動，若意見係以某項事實為基礎或發言過程中夾論夾敘，將事實敘述與

¹⁷² 如許澤天教授有認為此條立法乃德國通說之客觀處罰條件見解，參照許澤天，同註 164，頁 277；林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明—兼評釋字第五〇九號解釋，收錄於刑法與刑訴之交錯適用，頁 356，2008 年。其餘學說上有認為係阻卻違法事由，僅參照林山田，同註 162，頁 263；陳子平，同註 162，頁 321。

¹⁷³ 許澤天，同註 164，頁 273。

¹⁷⁴ 林鈺雄，同註 172，頁 347。

¹⁷⁵ 許澤天，同註 164，頁 259。

¹⁷⁶ 此乃刑法分則上的特別阻卻違法事由，以此可以發現到立法者為了捍衛言論自由而特別訂立。參照林鈺雄，同註 172，頁 352。不過就本條之適用可否以同資運用在其他管制言論自由之規範上，本文認為，若散布假訊息亦有刑法第 311 條規定之情況，應可考慮援用，惟其它關於散布假訊息之規範仍僅近年來新修訂，尚須等法院實務判決發展。

評論混為一談時，始應考慮事實之真偽問題¹⁷⁷，在此情形下，係難以將行為人所散布之不實訊息加以分辨，而以誹謗罪相繩。再者，行為人在轉貼新聞或是其他相關不實訊息時，不能僅以刑法第 311 條而免除其查證義務，在可期待之範圍內，行為人應對其所欲轉貼或發布之訊息，盡到以正常情形下所能接觸之查證管道對此資訊驗證與查詢¹⁷⁸。據此，行為人應該避免輕易地轉述或散布不實資訊而毀損他人名譽，除非能夠在訴訟上證明為真實¹⁷⁹。

例如實務上就有認為依照行為人所接收資訊的管道或散布之情境而有所區分查證義務，倘若僅屬於在街道巷弄口或是與街坊鄰居之隨意言談，此種不實言論大多數經由許多層次管道之轉傳而較難盡到查證義務；如果係利用報紙、出版刊物、電視媒體、網路新聞或是在網路平台上具有較為受人民所閱覽接收之粉絲專頁等等，因其所利用之傳播方式，散布力較為強大，而具有相當影響力者，依一般社會經驗，在行為人從上述管道接收言論而欲加以轉傳或評論時，應盡到善意的篩選與具有較高之查證義務，始能在行為人散布不實訊息於多數人而侵害到相對人的名譽法益時，而謂其於發表言論之時並非具有散布毀損他人名譽之主觀意圖。倘為達特定之目的，而對於未經證實之傳聞，故意迴避合理之查證義務，率行以發送傳單、舉行記者會、出版書籍等方式加以傳述或指摘，依一般社會生活經驗觀察，即應認為其有惡意，而構成誹謗罪¹⁸⁰。

¹⁷⁷ 參照臺灣高等法院 107 年度上易字第 82 號刑事判決：「而陳述事實與發表意見並不相同，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除涉及侮辱者外，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，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。對於可受公評之事項，縱然以不留餘地或尖酸刻薄之語言文字予以批評，亦應認為仍受憲法之保障。蓋維護言論自由可以促進政治民主及社會之健全發展，與個人名譽可能遭受之損失兩相衡量，顯然有較高之價值。惟事實陳述與意見發表在概念上本屬流動，有時難期其涇渭分明，若意見係以某項事實為基礎或發言過程中夾論夾敘，將事實敘述與評論混為一談時，始應考慮事實之真偽問題。」

¹⁷⁸ 許澤天，同註 164，頁 279。

¹⁷⁹ 林鈺雄，同註 172，頁 358。

¹⁸⁰ 參照最高法院 100 年度台上字第 898 號刑事判決、最高法院 100 年度台上字第 3376 號刑事判決、最高法院 101 年度台上字第 5530 號刑事判決皆同此意旨。

第二款 商業性言論

第一目 商業金融秩序

有關行為人在商業金融市場所散布假訊息之行為，我國在公平交易法第 24 條連結到第 37 條的刑事處罰內容，作為管制假訊息的刑事處罰條款。首先是公平交易法第 24 條規定：「事業不得為競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事。」連結到第 37 條的罰則如下：「違反第二十四條規定者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。法人之代表人、代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務違反第二十四條規定者，除依前項規定處罰其行為人外，對該法人亦科處前項之罰金。」上述規定行為人在從事商業競爭的時候，不能散布足以影響他人營業信譽的不實訊息，而違反維護交易秩序與消費者利益，確保自由與公平競爭，促進經濟之安定與繁榮的公平交易法之立法目的與保護法益，此即假訊息在商業活動的公平競爭秩序的相關規範¹⁸¹。

首先，在認定關於本罪適用的前提上，應先確認其乃具有競爭關係事業之主體，而關於公平交易法之立法目的，除了公平交易法第 1 條規定係確保市場自由及公平競爭秩序之公共利益目的之外，在法條規範¹⁸²上也禁止事業從事不公平競爭的行為。就第 24 條要件所稱之不實情事，從字面上的意思係指提供不正確之訊息讓人產生錯誤的認知，或者是交易相對者因為此錯誤資訊而欠缺對該產品重要交易認知，因而無法正常公平交易致使損害他人營業信譽¹⁸³，故其保護法益乃著重在市場競爭秩序以及競爭者之商業名譽¹⁸⁴。

再者，其行為所謂之陳述或散布，應認為與前述之刑法公然侮辱罪、誹謗罪相同，僅需對不特定第三人為之，而使其有散布給多數人知悉即可，不論是

¹⁸¹ 張麗卿，禁止營業誹謗之研究，公平交易季刊，第 14 卷第 2 期，頁 1，2006 年 4 月。不過就文中所提及之法條為公平交易法第 22 條，現今已修法為第 24 條，在運用上需執悉注意。

¹⁸² 參照公平交易法第 9 條第 1 款、第 20 條第 3 款、第 21 條、第 22 條等等。

¹⁸³ 廖義男，從公平交易法談不實廣告，月旦法學雜誌，第 309 期，頁 9，2021 年 2 月。

¹⁸⁴ 張麗卿，同註 181，頁 6。

以廣告傳單之發送、口耳相傳或是在「Google Map」之商家地標上評論產品或服務之評語，皆為本罪散布假訊息之手法態樣。而損害商譽之結果係依照一般客觀之經驗法則與論理法則觀之，足以讓市場上的消費者對該商品性質產生疑慮而衍生負面評價，造成營業上之可能損害即可，係不以發生實際損害利益為必要¹⁸⁵。此乃涉及客觀事實優劣之評斷下，非僅為個人意見之價值判斷問題¹⁸⁶，不得援引刑法第 311 條之善意免責條款之適用。不過若能證明其散布之不實事實為真實者，可依照刑法第 310 條第 3 項「合理查證原則」自不構成本罪之情狀¹⁸⁷。

不過我國實務大多數的案例係同種行業之間為了搶奪客戶資源、提高市場占有率以及攻擊對手的商譽，而用不實訊息去攻擊對手的商業活動¹⁸⁸，法院的見解亦會與刑法第 310 條的誹謗罪做相同解釋，在行為人對於不實訊息已有所知悉或可得而知，卻仍執意散布不實之言論，或有合理之可疑，卻仍故意迴避真相，藉由主張言論自由之權利，而做出惡意攻擊他人商譽之事實；不過行為人要構成本罪，必須主觀上有侵害他人營業信譽的「真正惡意」，如果行為人欠缺此項真正惡意，則不符合本條成罪的要件，法院亦援用了誹謗罪第 310 條第 3 項關於「合理查證原則」的適用，行為人如能證明其有相當理由確信其發表之言論內容應屬真實，即無誹謗之故意，而無須證明其言論內容、即誹謗之事確為真實，就不符合公平交易法第 24 條與刑法第 310 條誹謗罪的適用¹⁸⁹。

¹⁸⁵ 張麗卿，同註 181，頁 12。

¹⁸⁶ 參照臺灣高等法院臺中分院刑事判決 107 年度上易字第 1494 號：「依一般客觀之經驗法則與論理法則，上開說明書中記載『達文西劣品無法匹敵』，足使市場上消費者對達文西企業社之產品品質心生疑慮，極易衍生負面評價，實已涉及客觀事實優劣之評斷，斷非僅為個人意見之價值判斷問題。而被告既為虔誠公司之實際負責人，二事業間又具有市場上之競爭關係，此舉自足以誤導大眾而損害告訴人之營業信譽，容非善意之評論。」

¹⁸⁷ 張麗卿，同註 181，頁 8。

¹⁸⁸ 許恒達，同註 138，頁 234。

¹⁸⁹ 參照臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 98 號刑事判決：「又公平交易法第 24 條規定：『事業不得為競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事。』、同法第 37 條第 1 項規定：『違反第 24 條規定者，處行為人 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 5 千萬元以下罰金。』，其立法理由為『事業為競爭之目的，而陳述或散布損害他人營業信譽之不實消息，以打擊競爭者，亦屬有害交易秩序，故明定禁止之。』，為此，當以行為人具有真正惡意，陳述散布不實消息，以打擊競爭者為要件。」

第二目 財務信用秩序

在刑法條文中，除了前揭所介紹刑法第 309 條與第 310 條的一般性管制散布假訊息條款，另一個管制假訊息的個別規範保護法益乃刑法第 313 條的妨害信用罪，法條第 1 項規定：「散布流言或以詐術損害他人之信用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。」稱其為個別性條款乃指本罪的成立係以被害人的財務信用狀況為保護法益，當行為人透過散布假訊息的內容係與被害人的財務信用¹⁹⁰或經濟地位的評價¹⁹¹相關，而使得行為人的攻擊態樣限縮在此種特定的財產不實訊息。

從本罪的客觀要件層面觀之，行為人所為散布之流言內容係指傳播給不特定多數人之虛偽事實，而詐術係指傳遞錯誤的訊息使人陷於錯誤¹⁹²，故不論散布流言或詐術皆為傳遞虛偽事實而妨害他人財產信用¹⁹³。不過本罪結果為「損害他人之信用」就本罪的性質而言，文獻上有認為本罪乃抽象危險犯，應與刑法第 310 誹謗罪相同，不以實際上有發生財務信用之損害結果為必要¹⁹⁴；亦有文獻上認為，條文已採明損害他人信用，故應有發生損害之構成要件結果為必要¹⁹⁵。

本文認為，既然本罪係在保護經濟或財產上的信用，此亦為人與人之間在經濟方面的社會評價面，與名譽法益所指者相同，故不以實際發生財產方面的信用損害結果為必要，只要行為人所散布之流言或詐術之行使有足以妨害或干

¹⁹⁰ 許澤天，同註 164，頁 284。

¹⁹¹ 參照 106 年度上易字第 408 號刑事判決意旨：「刑法第 313 條之妨害信用罪，須以散布流言或施用詐術之方法，而損害他人在社會上之經濟評價，始成立該罪。其中所謂『流言』，係指『捏造之語』，即其內容出於故意虛捏者而言。查被告所為上開言論，有相當理由確信為真實，並非憑空虛捏，已如前述，顯非毫無事實根據之『流言』，且其撰文或貼文所稱各情，均係依被告個人價值判斷提出主觀且與事實有關連之陳述，亦經說明如前，則其行為即不符合刑法第 313 條『散布流言損害他人之信用』之構成要件，尚無從以該條罪責相繩。」

¹⁹² 陳子平，同註 162，頁 335。

¹⁹³ 許澤天，同註 164，頁 285。

¹⁹⁴ 甘添貴，同註 162，頁 177。

¹⁹⁵ 許澤天，同註 164，頁 284。

擾他人對於被害人財物信用、支付能力或支付意思之信賴，即可構成本罪¹⁹⁶。在行為人的主觀層面亦須對於散布的不實訊息有認知，不過實務法院判決上多援用了刑法第310條第3項的合理查證原則條款，來限縮法條的「流言」僅在明知其為捏造的事情而仍執意散布之才會成罪，如果行為人有理由確信此流言有真實可能性而非顯無根據，就無從以該罪相繩¹⁹⁷。

而為了因應管制假訊息，在2019年也增加了第2項的規定：「以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他傳播工具犯前項之罪者，得加重其刑至二分之一。」參酌其立法理由現今散布假訊息的方式絕大多數都是藉由網際網路的訊息傳遞，散布假訊息的接觸密度與傳遞速度將比過往更具影響力：「考量現今以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他傳播工具等傳播方式，同時或長期對社會多數之公眾發送訊息傳送損害他人信用之不實資訊，對該他人信用之損害更為嚴重，有加重處罰之必要，爰增訂第二項之加重處罰事由。」

第三目 民生交易秩序

而另一個與管制交易秩序相關聯的法條亦在刑法第251條關於哄抬民生必需品的部分，其第3項規定為：「意圖影響第一項物品之交易價格，而散布不實資訊者，處二以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。」其影響的行為客體在第1項的規定：「意圖抬高交易價格，囤積下列物品之一，無正當理由不應市銷售者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科三十萬元以下罰金：一、糧食、農產品或其他民生必需之飲食物品。二、種苗、肥料、原料或其他農業、工業必需之物品。三、前二款以外，經行政院公告之生活必需品。」在此，本條的保護法益乃在於民生必需品之供應，若行為人藉由散布假

¹⁹⁶ 許恒達，同註138，頁230；相同見解參照自張麗卿，同註181，頁20。

¹⁹⁷ 參照臺灣高等法院106年度上易字第1464號刑事判決意旨：「惟按刑法第313條規定係以散布『流言』為其構成要件，客觀上須以所散布者係毫無事實根據之資訊，主觀上須行為人認知所散布者確係『流言』，始為處罰之對象；而自法益保護必要性觀之，參與經濟活動者，其經濟信用原即得受公評，倘係真實有據之指述，反而利於健全市場競爭秩序，即仍針對言論內容與事實相符者予以保障。職是，倘行為人所散布者確有實據，或者主觀上未認知所散布者係『流言』，即與刑法第313條之構成要件有間，自不得以刑法第313條之罪相繩。」

訊息影響到了市場交易價格，因民生必需品牽涉到社會大眾生活安定的來源，且基於國民健康與衛生保障，此種行為將會影響到人民基本生存需求並阻礙全體社會經濟之發展。

現階段疫情嚴峻期間，酒精、口罩、衛生紙等等，這些皆為人民生活之必需用品，其在第三款係經行政院公告之必需用品透過空白構成要件，以本款做為主管機關可彈性調整物品種類，管制廠商或行為人散布供需品有缺而為了抬高售價，造成人民之恐慌。不過若廠商散布之訊息主觀上並非囤積物品或抬高售價，純粹想要造成社會動盪不安，就不能以本條處罰之¹⁹⁸。而為了因應網際網路的發展快速，本條亦有新增第 4 項：「以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他傳播工具犯前項之罪者，得加重其刑至二分之一。」關於行為人的散布手段若是藉由通訊設備傳播之，亦有加重其刑之適用。

第三款 公共衛生言論

這兩年因為傳染病流行的關係而讓傳染病防治法第 63 條浮出了檯面上，本條規定：「散播有關傳染病流行疫情之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，科新臺幣三百萬元以下罰金。」從本條的規定可以來看到說，立法者在管制行為人只要散布有關於流行病或疫情的不實訊息，而這個訊息的內容會讓人對於公共衛生安全陷入錯誤，進而造成社會大眾或個人對於疫情的誤判或是國家公衛系統產生損害，就會成立本條犯罪。

而因為新冠肺炎的關係，政府為了管制社會大眾對於嚴重特殊傳染性肺炎對國內經濟、社會之衝擊，特別制定了嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例並在第 14 條關於人民散布疫情的不實訊息該如何成罪及處罰，其規定：「散播有關嚴重特殊傳染性肺炎流行疫情之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三百萬元以下罰金。」從構成要件可以看出來說與上述所介紹的傳染病防治法第 63 條幾乎是一

¹⁹⁸ 許恒達，同註 138，頁 232。

模一樣，只不過在罰則增加了三年以下有期徒刑的自由刑，此乃立法者為了防堵因為散布疫情的不實訊息所特別加重規定。

又如有判決認為所謂的散播，係指散布、傳播於眾之意，以行為人傳遞之對象為多數人時，即符合散播之概念，而不以該多數人為不特定多數人為限¹⁹⁹。若從嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 14 條之立法目的來看，因為新冠肺炎為現今臺灣與國際社會高度關注的議題，在防疫及保障自己的生命、健康安全的時候，人民對於國內有無新冠肺炎確診，在何處確診等相關資訊均為攸關社會大眾利益，並會避免出入有確診疑慮之場所，是關於疫情資訊之正確性自屬重要，以避免不實資訊或謠言引發民眾恐慌，而對公眾切身利益造成干擾，故對於散布疫情不實資訊自有管制之必要。

在此立法目的下，考量現今通訊媒體發達，不實資訊得以經由多數人、多次轉傳、快速擴散之風險，該條所指之「散播」即應從寬解釋；至於行為人散播不實資訊之情節輕微，而無危險性，則係以有無該當於「足生損害於公眾或他人者」之構成要件，以適性犯之法理控制其非一有散布行為就成立本罪，仍需惹起使相對人或接收資訊者，有可能因其不實資訊而對於公共衛生秩序之建立造成不信任感，進而危害到人民之健康法益之危險狀態，才能滿足要件中之足生損害於公眾或他人。

第四款 飛航安全言論

關於飛行的時候散布假訊息行為，我國在民用航空法第 105 條第 1 項規

¹⁹⁹ 參照臺灣臺北地方法院 109 年度易字第 650 號刑事判決：「惟所謂散播係指散布、傳播於眾之意，從嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 14 條之立法目的以觀，因武漢肺炎為現今不論臺灣或國際社會最高度關注的議題，在防疫及維護自身生命、健康之下，民眾對於國內有無武漢肺炎確診，在何處確診等相關資訊均極為重視，並會避免出入有確診疑慮之場所，是關於疫情資訊之正確性自屬重要，以避免不實資訊或謠言引發民眾恐慌，而對社會及經濟造成衝擊，故對於武漢肺炎疫情不實資訊或謠言自有嚴加限制之必要，在此立法目的下，考量現今通訊媒體發達，不實資訊得以經由多數人、多次轉傳、快速擴散之風險，該條所指之『散播』即應從寬解釋，以行為人傳遞之對象為多數人時，即符合散播之概念，而不以該多數人為不特定多數人為限；至若行為人散播不實資訊之情節輕微，而無危險性，則係以有無該當於『足生損害於公眾或他人者』之構成要件控制之。」

定：「未指定犯人向公務員、民用航空事業或活動團體之人員誣告犯危害飛航安全或設施，或散布危害飛航安全之不實訊息者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣一百萬元以下罰金。」亦即，本罪的立法目的在於保障飛行的安全，如果行為人向不特定人或乘客散布危害飛航安全之不實訊息，例如向旅客散布某班航空器上有爆裂物之不實訊息等等，將造成相關人員恐慌，對社會秩序與飛航安全之維護將有不利之影響。又民用航空法第 105 條第 1 項後段規定應為抽象危險犯而非結果犯，且法條中之「散布」要件，係指散播傳布使不特定多數人得以知悉之行為，不以行為人直接向不特定人或多數人告知為必要，順勢借他人之口有進一步傳播之可能性時，縱僅對於特定少數人告知亦為散布。

而若真的致生了飛航安全的損害，在第 2 項的規定有處罰加重結果犯：「犯前項之罪，因而致生飛航安全危險者，處三年以上十年以下有期徒刑；致航空器毀損或人員傷亡者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑。」就可以想到的情況來說，行為人在飛機上散布有爆裂物的不實訊息，使乘客在高空上或飛航過程恐慌不安，而行為人趁機劫持並控制飛機，最後讓飛機撞擊毀損，讓機上的人員生命安全造成傷亡之情形，不過目前實務上尚未出現此種案例。

第五款 公共安全言論

而關於公共安全的部分，災害防救法在第 30 條第 1 項首先規定說：「民眾發現災害或有發生災害之虞時，應即主動通報消防或警察單位、村（里）長或村（里）幹事。」故若為災害不實訊息之通報，亦有可能遭受處罰；而在第 41 條第 3 項則是有規定散布之處罰：「散播有關災害之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣一百萬元以下罰金。」政府為了保障人民生命、身體、財產之安全，並且強化災害救治的功能，若行為人趁在災害之際散布相關不實訊息而導致無法順利進行災害防救工作事項；或是沒有災害的發生卻散布相關災害發生的不實訊息，而造成社會大眾的恐慌發生，就會落入到本條項的管制範圍內。如果散布災害發生的不實訊息而導致

了人民生命安全的法益損害，本罪亦有設立加重結果犯之適用：「犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。」

近期實務上出現類似上述法規範的案例，乃是在 2019 年 4 月 18 日下午 1 時許花蓮發生規模 6.1 級的地震，在地震後半小時，就有民眾上傳台北市信義區松仁路從大樓往下看的俯視照片，聲稱路面在地震後裂開，並附帶從高處拍攝松仁路疑似地裂照片。但此假訊息僅為柏油外洩而造成高處往下俯瞰而有道路龜裂之情形，該文章是由台中市賴姓女網友在「PTT 社群網站」所發布，照片係為王男從公司頂樓拍攝，在沒有查證下並以「松仁路馬路裂開」標題加上手機中所拍攝照片，發送到 Line 群組中遭轉傳出去，此假訊息也引起民眾恐慌，造成擴大轉傳效應，兩者行為導致渲染性假消息效應，引起民眾對於災害之謠言或不實訊息產生假天災恐慌²⁰⁰。就此案例可得而知，現今社會的消息轉傳無遠弗屆，加上網路科技的發達與電信網路之普及，假訊息的傳遞更甚以往口耳相傳的速度與規模。

第六款 軍事言論

在軍事安全中，為了維持軍隊的紀律與國家安全，在 2019 年亦有新增關於管制軍事上的不實訊息，其設立在陸海空軍刑法第 72 條：「意圖散布於眾，捏造或傳述關於軍事上之謠言或不實訊息者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣三十萬元以下罰金。」而考量現今以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他傳播工具等傳播方式，同時或長期對社會多數之公眾發送訊息，傳送軍事上之謠言或不實資訊，較一般散布方式所生影響更鉅，嚴重影響軍心士氣，有加重處罰之必要，而增訂第 2 項：「以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他傳播工具犯前項之罪者，得加重其刑至二分之一。」

²⁰⁰ 418 大地震散布松仁路地裂假消息，警逮一對男女最高罰 3 萬，2019 年 5 月 5 日，自由時報網站，網址：<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2780211>，最後瀏覽日：2021 年 3 月 18 日。

本條並無足生於公眾或他人之損害要件，故其係應為抽象危險犯之結構而非適性犯，故其假訊息之處罰態樣應僅限定在關於軍事方面，例如「我國國軍被中國收買」、「陸軍的戰車或空軍的飛機會出事，都是因為長官貪汙」、「我國空軍最近會出這麼多事都是女總統領導」等等；若像是「軍隊現在進去當兵就會得新冠肺炎」，此種牽涉到其它法益之不實訊息，本文認為仍應回歸傳染病防治法第 63 條個別規範之。

第七款 食品安全

本罪亦為了防止假訊息散布而新增之法條，其規定為：「散播有關食品安全之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣一百萬元以下罰金。」故其立法理由表示為了防範民眾因為食品安全而造成恐慌，進而影響到食品之交易價格以及店家之商業信譽外，在涉及與民眾生活相關之食品上，管制行為人利用不實訊息或謠言，影響到上述之安全。其手段態樣係以其行為所謂之散播，乃指陳述或散布「捏造或虛構事實」為其構成要件，應認為與前述之刑法公然侮辱罪、誹謗罪相同，僅需對不特定第三人為之，而使其有散布給多數人知悉為已足（包括資訊、消息、資料、數據、廣告、報導、民調、事件等各種媒介形式或內容），而危害到本罪之保護法益係食品安全之不實訊息造成之多數人健康法益有侵害之虞，而不以有發生實際損害之結果。不過本條乃目前為新增訂之法條，實務判決仍未出現相關案例，其運用僅能靜待日後有無實際案例發生。

第三項 現行規範之管制結構

第一款 抽象危險犯之立法結構

抽象危險犯乃是立法者在大量的生活經驗與實務運作集結下，歸納並認為某些行為本身對於法益的侵害雖然尚未違犯但其本身具有高度的危險性，只要行為人實施該行為構成要件該當，而不用等到實際上有發生危害結果即為成立

²⁰¹；亦有學者從保護法益的觀點來看肯認抽象危險犯的存在必要性²⁰²。這種立法者所擬定的抽象危險犯對於「危險」之發生基本上無從證明，畢竟此乃立法者用實務經驗所得到什麼犯罪最有可能侵害法益必須提前加以管制，只要意識形態上認為行為人有侵害法益的危險行為時，不待犯罪結果之發生就會成立犯罪。實務亦認為，為了避免行為人的犯罪行為侵害到某些重大的法益，在尚未發展到侵害實質法益的階段就將其提前加以處罰，而達到犯罪預防之目的²⁰³。

相較於傳統農工業社會之單純，現今世代已經邁向「風險社會」之型態，這種新型態的風險在性質上具有高度的複雜性與抽象性，且其風險原因與所致生結果中之因果關係常常無法確認與歸責²⁰⁴。本文就上述概念延伸到本篇論文討論假訊息之行為模式態樣，亦即行為人在散布假訊息時，並不會立即造成法益的侵害或是實害結果之發生，就如同本文前述提及說謊這個行為所代表著僅僅只是違反道德觀念而不被社會大眾所接受的行為，只有當這個說謊行為有連結到其他重大公眾利益的危害或是其他社會層面的利益干擾時，立法者才能動用刑罰去管制人民此種行為²⁰⁵。況且，散布假訊息這個行為如果真的要實質侵害到法益，實害結果亦難以去確認與評估。參照下一節所整理的實務判決事實當中，大多數的行為人在散布假訊息時就已經被偵查機關所偵辦，其所散布

²⁰¹ 王皇玉，同註 137，頁 169-170。

²⁰² 林東茂，刑法總則，一品文化，1 版，2018 年，頁 66-67。

²⁰³ 參照最高法院 105 年度台上字第 3433 號刑事判決意旨：「刑法上『危險犯』之概念，係因傳統刑法領域以『實害』為中心之法益保護思想，已無法應對目前社會發展形態之需求，因此如何防患於未然，提早保護法益之安全，甚至事先遏止犯罪行為之發生，都必須有合理之依據及規則。立法者即在刑法中利用『危險概念』創設危險犯之犯罪類型，希望透過立法方式，將其基於生活經驗中之大量觀察，針對某些對於特定之保護法益帶有危險性，且受害人範圍又不確定之犯罪行為，在實害結果發生前，提前加以處罰，以達預防犯罪之目的。尤其在當今風險社會裡，刑法已不再耐心等待社會出現損害之結果，而是著重行為非價之判斷，以刑罰制裁帶有社會風險之行為，使得刑法最後手段之規範邏輯被迫重新調整，不再僅以處罰實害結果及保護個人法益論斷危險行為。鑑於構成要件所必要之危險程度不同，危險犯可區分為『抽象危險犯』及『具體危險犯』，前者是法律擬制將具有高度危險之行為，在實行符合犯罪構成要件所描述之事實時，即足認有抽象之危險存在，無待法官就具體個案逐一審查認定。」

²⁰⁴ 古承宗，風險社會與現代刑法的象徵性，科技法學評論，第 10 卷第 1 期，頁 121，2013 年 6 月。

²⁰⁵ 許恒達，同註 138，頁 236-237。

假訊息之行為也尚未造成實質的利益侵害，或許此乃與立法者所設立之法條要件有關。例如，刑法第 309 條公然侮辱罪、第 310 條妨害名譽罪與第 313 條妨害商譽罪，其法條要件係散布不實訊息而侵害到被害人的名譽或商譽即為已足，無庸使名譽帶來其他的不利益或損害結果的發生才能以上述罪名相繩。

舉例來說，行為人甲看隔壁鄰居乙不爽很久了，便在其個人臉書專頁上發布貼文寫到「乙在外亂搞男女關係，每天都帶不同的女生回家，並且晚上都在亂叫而影響安寧」，並從乙臉書上截取乙的大頭照跟其他女生之照片合成，在上面加註文字『淫男慾女偷情大公開』後，貼在其個人臉書上設定公開發布貼文。就此，甲之行為在刑法上可以處罰的範圍係刑法第 309 條之公然侮辱罪，由於甲所想要攻擊的對象僅是乙，而無牽涉到一般社會大眾，故其散布「乙偷情之假訊息」破壞的只有乙在社會上所建立起來的感情名譽，雖然公然侮辱罪的犯罪行為手段亦會運用散布虛構的訊息而使被害者受到名譽利益的干擾，不過並沒有連結到公眾法益與掀起社會大眾之恐慌心理效應，故散布此種假訊息並非我國所要管制之假訊息態樣。

惟若把上述之行為攻擊手段換成行為人甲合成被害人乙之照片，並且在照片上面附加文字：「此人曾經有武漢肺炎，剛從負壓隔離病房出來」。在這種情況下，甲所欲攻擊的對象與目標皆是乙，係為了讓乙的名譽在社會觀感上受到批判與破壞，不過甲所散布的假訊息牽涉到重大公共利益之實現，其散布之假訊息所帶來的社會心理效應與利益干擾，勢必影響到國內疫情防治之規範結構，若收到此件假訊息或甲的臉書好友因為恐慌而轉發此貼文對於該疫病相關傳播、確診等之訊息，均屬易造成社會恐慌不安、促使政府發動防疫追蹤之敏感訊息，而影響到公眾對於是否真有確診之被害人乙因假訊息而混淆，最終社會大眾不再相信由政府專業機構所發布關於防疫之行政措施或是個案確診之新聞稿，而使得防疫機能失效。

綜上所述，先前立法者將散布假訊息之犯罪行為態樣僅用抽象危險犯之立

法模式加以管制，在行為人有散布行為時而尚未有實質法益侵害發生就成立犯罪，此種可稱作是立法者為了保護某些特別重要的公共利益，所必須在犯罪行為階段就以刑法介入，避免犯罪行為完成後而造成法益嚴重侵害以及不可回復。

不過檢視我國目前使用此種立法模式之法律條文，多半是干擾名譽法益等犯罪條文，例如刑法第 309 條公然侮辱罪、第 310 條妨害名譽罪、第 313 條妨害信用罪，先是名譽法益可否視為重大的公共利益而以抽象危險犯之立法管制？畢竟行為人在散布假訊息攻擊被害人的名譽法益時，根本難以界定名譽受損害之範圍與結果，僅能直接管制散布的行為；而在散布假訊息規範中，新增了刑法第 251 條、公平交易法第 24 條、民用航空法第 105 條第 1 項以及陸海空軍刑法第 72 條，作為處罰界限。再者，這些法規範以抽象危險犯管制，僅在主觀要件加上有意圖犯之適用，對此是否合乎憲法言論自由管制合憲性，本文將繼續討論之。

第二款 適性犯之立法結構

不過為了避免過度管制言論自由的展現，立法者有其他新訂立管制散布假訊息之法律條文中，除了運用抽象危險犯的成立要件以外還多增設了其他要件，讓散布假訊息之行為態樣與其所侵害的法益產生實質之關聯性，避免了本文前述認為散布假訊息只是單純說謊的違反道德之行為，並不適合做為處罰態樣。實務上最常見的案例就是行為人在「LINE 群組」或「自己的臉書」，發布或轉傳不具名且未經查證之訊息，而被偵查機關所查獲，起訴書與判決書多僅以「足生損害於公眾之犯罪結果」為構成要件之成立，而無待有何實質損害於公眾之結果。這種在條文要件中增設了「足以生損害於公眾或他人者」，此乃學理上所稱之「適性犯」，亦即立法者認為某種行為具有特定的危險傾向，故在行為以外附加了「足以生……」之要件，作為限縮處罰範圍的犯罪類型²⁰⁶，認為

²⁰⁶ 蔡聖偉，從刑總法理檢視分則的立法，收錄於：刑法問題研究(一)，2008 年，頁 437。

條文結構皆屬於「適性犯」之犯罪類型，其係指立法者藉由行為必須存在有規範所要求的特定危險性質，而在法益侵害的線性過程，即便行為還沒到達具體危險的門檻，也可以因為行為滿足構成要件所描述的危險條件，而加以處罰，藉此彌補與判斷具體危險的因果關聯性²⁰⁷。

例如，災害防救法第 41 條就有規定說散布有關災害之不實訊息，足以生損害於公眾或他人，在行為人散布有關災害之不實訊息時，除了不實訊息需要跟災害做相關連結，並且需要在散布之後影響到公眾對於災害的認知或是影響到相關的公務機關對於救災活動的進行，才有致生損害的可能性；又或者是民用航空法第 105 條第 2 項規定到說，除了散布飛航安全的假訊息外，如果致生飛航安全危險還會加重處罰。舉例來說，行為人僅散布飛機航班上有乘客係愛滋病的帶原者，並不會影響到飛航安全，一來，因為愛滋病的傳染需經過特殊的方式才可能感染，二來，散布有人是愛滋病患者這個假訊息並不會影響到飛機航行時的安危；不過，如果行為人散布的假訊息是飛機航班上有炸彈，炸彈本身即為高度管制危險物品，而將影響到飛機航行安全，不管航班上有無炸彈都將會危害到機上乘客的生命安全，而在前階段行為人有散布此種危害航班安全的假訊息時，就介入管制其行為避免法益之實現，確保利益的前置化措施。

第三款 小結

總結來說，並非散布假訊息就會牽涉到利益干擾而構成法條所欲管制的對象，在散布假訊息之行為態樣應與規範結構中之法益做結合，且非所有保護法益都應列入散布假訊息之態樣中。從上述案例可得知，散布假訊息所帶來的法益干擾本身應把重大公眾利益之實現或破壞了接收資訊者所將得到的真實資訊

²⁰⁷ 關於適性犯詳細概念可以參照：李聖傑，親愛的小孩，月旦法學教室，第 131 期，頁 30-32，2013 年 8 月。李老師在文章中提到，適性犯是針對抽象危險犯刑罰過度前置的緩衝，行為人會依據行為帶來的法益危險程度，外加上在一般社會生活經驗所容許範圍作為排除構成要件的消極要素，而在積極要素可以透過解釋法條之方式，在破壞法益或危險程度輕微時，將適性犯解釋為不成立構成要件之空間。

請求之權利，才會把散布假訊息與法益本身相連結²⁰⁸。而本文以下將先對於我國實務上之判決做出整理與評析，考察實務在運用現行法規範上之問題，再第二節將對此問題做出是否合乎刑事法規範之分析。

第四項 假訊息之實務判決研究

日前在台灣進行了政治人物之選舉與現今傳染病之蔓延下，許多的訊息會以各種型態的方式散布給閱聽者們，例如以「小道消息」、「口耳相傳」或轉發新聞或貼文之形式，在聊天群組、封閉性社團以及社交媒體上，藉此對特定立場之閱聽者激起情緒，致生更多閱聽者在散布或轉傳訊息時，未善盡查證義務而遭到司法機關之管制與處罰。就此，本文將針對前開所列舉之各種管制假訊息規範，就其現今實務之判決，與其規範管制狀況上是如何運用與解釋，而以此作為標準審視有無對於人民造成過多的權利侵害，對此進行研究。首先，將先以侵害人民高價值言論權利最嚴重之公職人員選舉罷免法與總統副總統選舉罷免法進行考察。

第一款 高價值言論

第一目 公職人員選舉罷免法

細察公務人員選舉罷免法的案例，多聚焦在於攻擊選舉人員之名譽以及散布特定不實訊息，而意圖使其受到名譽影響之不利益。本案事實乃是上訴人 A 與競選對手的助理甲在社區車道出入口，在不特定多數人皆可看到或聽到上訴人的言語環境，持續高聲大喊競選對手乙擅用暴力等語，惟上訴人的競選對手乙根本不在場，而將使經過該社區的不特定多數人均會認為乙參選人會使用暴力的不良印象，足以生損害於乙的參選，而認定 A 違反公職人員選舉罷免法第 104 條之規定。

其判決意旨提到說²⁰⁹：「按言論自由為憲法所保障之人民基本權，國家應

²⁰⁸ 許恒達，同註 138，頁 228-229。

²⁰⁹ 最高法院 109 年台上字第 4103 號刑事判決（本判決為值得參考判決）。

給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。言論不問其議題或內容，公共的、政治的或私人的皆在受保障之列。發表言論是基於理性或出自情緒也非所問，言論有無價值、是否發生影響亦不在考慮之中。但明知為與事實不符的主張，或虛構事實的言論，則屬言論自由之濫用，且因侵害公益或他人之名譽或人格權，自得依憲法第 23 條規定，以法律限制之。公職人員選舉罷免法第 104 條意圖使候選人（不）當選而散布謠言罪，即屬法律對於言論自由所課予之限制。本罪以意圖使候選人當選或不當選，或意圖使被罷免人罷免案通過或否決者，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者為成立要件。故行為人主觀上明知為虛構或不實之事，而仍決意著手以公開方式散布謠言或傳播不實之事，以遂其使某候選人當選或不當選之意圖，而發生損害於公眾或他人之危險，即足構成。至於該候選人事後是否果真當選或不當選，公眾或他人是否因而實際發生損害，均非所問。」

而在網路平台之部分也是現今最常發生侵害名譽法益行為之場域，查最高法院的判決事實內容亦可見到現今的散布假訊息行為態樣，本案上訴人在擔任候選人 A 競選團隊的網路編輯者時，為使同選區的另一候選人 B 落選，用手機在「臉書的公開社團」內發布貼文，並且散布候選人 B 離婚、脫產等不實訊息，不特定多數人皆會看到上述之不實訊息，而會使選區內的選民上網瀏覽到相關不實訊息，並對候選人 B 的人格與政治參與產生懷疑而影響到其名譽，最後造成選民投票行為之不正確性，使候選人 B 足以生不當選利益之損害²¹⁰。

第二目 總統副總統選舉罷免法

又如，行為人在本案的事實係在中華民國第十屆總統選舉期間，意圖使總統候選人陳姓候選人不當選，在臺北市召開記者會，發表其合著之新書，而散布文字、杜撰下列不實之事項，足以毀損陳姓候選人之名譽。判決意旨認為只

²¹⁰ 最高法院 109 年度台上字第 5703 號刑事判決。

要行為人在散布不實訊息時，所提出之資料並非沒有根據或者是出於虛偽杜撰，縱然沒有自行清楚的查明完整事實真相，如果要成立總統副總統選舉罷免法第 90 條的意圖使人不當選之罪責，檢察官或自訴人仍需要對行為人之故意虛構具體事實負起舉證責任，法院也不能免除發現真實之義務，其所依據的判決基礎乃參照司法院釋字第 509 號解釋意旨，而將誹謗罪限定刑罰權範圍的法理基礎也適用在本罪²¹¹。參照判決理由書寫到：「總統副總統選舉罷免法第九十條之所謂『散布謠言或傳播不實』之事，亦應為相同之解釋，即除應以散布、傳播虛構具體事實為構成要件外，尤須具有故意之一般要件。因此，若行為人對於所傳播之言論內容所提出其出處並非無據或出於虛捏，縱疏於自行查證事實真相，欲成立上開罪責，檢察官或自訴人仍須負行為人故意虛構具體事實之舉證責任，法院亦不能免除發現真實之義務」

第二款 商業性言論

第一目 刑法第 313 條妨害信用罪

關於散布假訊息行為態樣於商業性言論之實例，而妨害到被害人之商業名譽之行為。查本判決事實指稱到說，行為人在被害人經營的臉書粉絲團發布了許多不實訊息，例如「芒果品質很差，都買到快報廢的充量，貴死人」、「這家芒果真的吃了狂拉肚子，不是上吐就是下泄，過幾天我會聯合一些受害者去找他們理論留言至少 10 位受害者！還有照片給的很美實際收到又是一回事！5 月就受害了」等等，顯見行為人利用網路之傳播性與難以查證性，就此等不實訊息內容得讓不特定多數人可供閱覽，經此貶損被害人之社會名譽與社會經濟信用

²¹¹參照最高法院 96 年度台上字第 3384 號刑事判決意旨。其歷年來的判決如下，臺灣高等法院 96 年度上更(二)字第 457 號判決、最高法院 97 年度台上字第 4613 號判決、臺灣高等法院 97 年度重上更(三)字第 172 號判決。最後高等法院係將被告之有罪判決撤銷，而不成立總統副總統選舉罷免法第 90 條：「公訴人及告訴人殊未就被告故意虛構何部分內容，具體舉證以明之，而使本院得被告有罪之確信，此外，本院復查無其他積極證據證明被告確有憑空捏造公訴意旨所指事件及誹謗之惡意，而該當刑法第三百十條第二項之誹謗罪及行為時總統副總統選舉罷免法第八十一條之罪者，則原審未詳審酌卷證，遽為被告有罪之判決，於法即有違誤。被告上訴意旨執此指摘原判決不當，為有理由，自應由本院將原判決撤銷，改諭知其無罪之判決。」

評價，亦會促使被害人經濟活動受到減損，而影響其商業名譽²¹²。

第二目 公平交易法第 24 條

而牽涉到公平交易法第 24 條的刑事判決，主要還是會與刑法第 310 條之誹謗罪與第 313 條之妨害信用罪做連結，而對於客觀上有所損害之商業名譽事實所為之陳述，係以競爭為目的導向之案例事實。

查本案被告在其粉絲專頁發布有關告訴人公司所販售的食品有問題而為評論之言論，惟法院認為被告雖有誤認食品成分之組成，不過在商品適用性之評論並未提及告訴人公司，亦未對公司商譽有詆毀指摘之情形，且在主觀上參酌被告之學經歷，其誤認食品組成分並無明顯惡意之存在，且此產品乃我國市場公開販售之產品，則被告之陳述內容當與公共利益相關，而非僅涉私德之事²¹³。

雖然被告在 LINE 群組中散布被害人生產之產品為仿冒品及留言在該產品之廣告下指摘該產品抄襲被告所進口之產品，不過法院最後認為，公平交易法第 24 條之成立除了散布足以損害他人商業信譽之不實訊息外，亦需以行為人具有真正惡意，陳述散布不實消息，以打擊競爭者為要件，故被告雖有散布不實訊息之行為，惟被告乃基於對比產品之差異而有具體理由之陳述，與基於誹謗、不實打擊競爭者之目的，惡意攻訐、陳述散布損害他人營業信譽之消息不同，而不成立本罪²¹⁴。

再者，係關於商業主體間的商業名譽損害，查本判決事實內容指稱說，被告在不特定多數人皆可閱讀之臉書社團網頁上，散布告訴人所經營之補習班公布之榜單為「假榜單」、「幽靈榜單」、「考前刻畫作弊」、「黑心商人」等語，在一般人的視角來看，足以讓不知情的瀏覽者認為告訴人所經營之補習班張貼假榜單、教學效果不彰，進而對告訴人經營之補習班產生負面社會評價觀感，況

²¹² 臺灣橋頭地方法院 109 年度簡字第 2313 號刑事簡易判決。

²¹³ 臺灣高等法院花蓮分院 109 年度上更一字第 17 號刑事判決。

²¹⁴ 臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 98 號刑事判決

被告與告訴人所經營之上開補習班確屬同業競爭關係，亦會對告其補習班之招生等經濟來源無著而無法從事公平的事業競爭，就本案性質上自屬散布不實訊息而足以毀損告訴人名譽之事實；而在主觀上被告確實有打擊告訴人之補習班業績以達競爭之目的，散布足以損害告訴人補習班營業信譽之不實情事²¹⁵。故認為公平交易法保護之法益係為保護事業在市場上從事競爭、交易之公平性、正當性，為「商業信譽」之個人法益，並兼有社會法益，且該條犯罪構成要件尚有「事業為競爭之目的」。

第三款 其他低價值言論

第一目 傳染病防治法第 63 條

關於傳染病防治法之判決，實務上多採取「合理查證原則」之適用，僅係在行為人為惡意轉發或是轉發前可得查證而未查證時，就會成立本條罪名。查本案行為人係為員警，其登入進臉書社群帳號並將貼文設為公開而發布要從中國武漢市場帶點東西回去分享等文字，附上幾張從網路上找尋的武漢市場照片，表達其正在武漢市場之意思。之後有幾位該員警的朋友確信其正在武漢市場並留言詢問行為人，其也承認其正在武漢市場等語，惟行為人根本在其桃園家中發布上開訊息，而足使對他人造成接受到關於疫情不實訊息之影響，並散播有關傳染病流行之疫情不實訊息，因此疾病疫情業經新聞媒體大幅報導，其傳染力強具有一定程度之致死率，且行為人所述疫情爆發之地區與我國往來亦相當頻繁，任何有關該疾病流行疫情之不實訊息，皆極有可能造成群眾恐慌。況且行為人明知其不在該地仍發布上開不實訊息，縱其表明為開玩笑等語，仍不解其有認知到構成要件行為而達其犯罪目的之主觀心態²¹⁶。

又如，另一案行為人以其持用之手機通訊軟體 LINE 接收來自友人傳送關於感染新冠肺炎死亡案例未依規定火化之不實訊息，而未經查證內容是否屬

²¹⁵ 臺灣高等法院 107 年度上易字第 2553 號刑事判決。

²¹⁶ 臺灣高等法院 109 年度上易字第 1432 號刑事判決。

實，於接獲前揭訊息後，在共計 132 人之群組上貼文：「國內第 19 例新型冠狀病毒肺炎患者，前天傍晚 6 時死亡。不過，遺體處理卻爆出烏龍大紕漏！彰化殯葬業者未依照規定於 24 小時內火化，還將遺體運到彰化殯儀館冰存，且工作人員全程未依規定穿戴防護衣，也沒有進行消毒。目前衛生單位正在積極修補此一防疫漏洞，並追究相關責任。…」之不實訊息²¹⁷。不過，判決最後指出「因為殯葬業界確實有流傳上開訊息所指內容之相關指摘，且為媒體所報導，被告身為一般社會民眾，見網路資訊及平面報導有相關指摘，且有向身為記者之蕭進鐸確認始轉貼上開訊息在前開杜拜 OGC 黃金數字貨幣群組，尚難認被告斯時主觀上有何散播『不實』疫情訊息之犯意，當不得以傳染病防治法第 63 條之散播有關傳染病流行疫情不實訊息之刑事罪責相繩。」本案最後雖然被告客觀上有散布不實訊息且足以影響到不特定多數人，惟在主觀上因被告相信其轉傳之訊息經由媒體所報導，而相信媒體有報導真實義務，故法院最後認定其無主觀犯意而無罪。

三者，關於本案行為人在通訊軟體 LINE 公開群組（內有成員 114 人），轉載資料不詳之轉貼者未經證實張貼之照片及文字內容，再轉貼其不實訊息而散布有關新冠肺炎流行疫情之不實訊息，足生損害於多數民眾接受新冠肺炎流行疫情訊息之正確性。法院依據犯傳染病防治法第 63 條之散播不實訊息罪，處罰金新臺幣參萬元，如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年²¹⁸。

最後，也是在通訊軟體上所發生的案件。本案行為人指示其公司不知情之員工在以 LINE 帳號在行為人用以銷售酒精之「全民大團購」、「全民大團購。」之 LINE 群組上，張貼：「政府要開始徵收酒精了台灣已有社區感染所以政府已準備發文公文一到就停止販售」之不實訊息，供群組內之多數人閱覽而向該公司購買酒精牟利，足以造成民眾恐慌搶購而生損害於公眾。而本則判決認為不

²¹⁷ 臺灣臺中地方法院 109 年度易字第 2436 號刑事判決。

²¹⁸ 臺灣嘉義地方法院 109 年度嘉簡字第 747 號刑事簡易判決。

適用嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 14 條之原因在於依照刑法第 2 條規定，行為後法律有變更者，適用行為時之法律，但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。故本案行為人在行為前、後之法律有所變更，經比較新舊法後，認裁判時法即嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 14 條並未較有利於被告，依刑法第 2 條第 1 項前段之規定，應適用行為時法即傳染病防治法第 63 條之規定²¹⁹。

第二目 嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 14 條

在法院實務判決中，多數違犯嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 14 條之行為人，亦會以公然侮辱罪或誹謗罪的行為態樣攻擊被害人的名譽法益。

查本案，被告與告訴人因網路認識進而交往，惟被告因不滿遭告訴人欺騙感情，竟心生不滿而以多個帳號在臉書上張貼詆毀告訴人名譽，且其同時出言恐嚇告訴人並散布不實疫情訊息，在其臉書帳號上發布告訴人罹患新冠肺炎而四處遊蕩或張貼告訴人的照片並在貼文寫到告訴人真的有罹患新冠肺炎等不實訊息²²⁰。

第二，本案行為人僅聽聞朋友告知說曾聽聞有人告知其某間 KTV 有人發燒，便在聽聞後登入其臉書帳號發布某間 KTV 有人確診之不實消息，使其臉書好友共一千多人皆可看到此不實貼文，足以生損害於 KTV 及閱覽貼文之不特定多數人。而法院在判決中表明，行為人在得知此中訊息的前提下有所謂的查證義務，「係指當行為人自消息來源處獲知訊息後，再將該訊息轉傳他人前，應負有查證確認該訊息是否不實之義務；倘行為人於轉傳該訊息前已盡查證義務，在有相當理由認為該訊息內容為真實之情況下，縱該訊息實為虛假不實，但此時即難謂行為人主觀上對該訊息為『不實』已有認知，而得阻卻『認識』與

²¹⁹ 臺灣桃園地方法院 109 年度易字第 559 號刑事判決。

²²⁰ 臺灣臺南地方法院 109 年度訴字第 1189 號刑事判決。

『意欲』之故意構成要件中之『認識』要件。又所謂查證，自係為確認消息來源所述是否為真，故在具體個案中，倘有其他確認訊息真實性之管道，但行為人卻捨此不為而僅向消息來源確認，豈非緣木求魚，如此即難謂已盡查證之義務。至行為人是否盡其查證義務，原則上係於行為人原封不動轉傳消息來源之訊息予他人時，有所適用；倘行為人傳遞之訊息與所獲知之訊息不同或已然有虛構之情時，行為人主觀上既已有認識其傳遞之訊息為不實，縱行為人曾經多方查證，實已不影響其主觀上對於所傳遞者為不實訊息已有之認識²²¹。」

三者，本案行為人以其所持用之智慧型手機連接網路社群軟體 Instagram（下稱 IG），再以其所有之帳號發布「戴好口罩，有武漢了豐丘」之不實訊息，使其在網路 IG 社群之多數追蹤者得以見聞上開訊息，足生損害於不特定多數民眾關於了解上開傳染性肺炎流行疫情訊息之正確性，係犯嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 14 條之散播不實訊息罪²²²。

四者，本案行為人亦以通訊軟體 LINE 在群組中發布記載有「嘉義有人確診了欸，綠土整個大變天」、「確診的還是博愛路草魚粥的老闆」、「你們最近別去那裡吃飯」、「老闆去一趟美國回來就中了」等不實文字之圖片，供特定之多數人閱覽、分享，足生損害於公眾及其上所稱博愛路草魚粥老闆蔡奉榮。且本判決亦提到說嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例於民國 109 年 2 月 27 日公布施行，該法對於「散播有關嚴重特殊傳染性肺炎流行疫情之不實訊息」之行為，構成傳染病防治法第 63 條相同刑罰規定之特別法，自應優先於傳染病防治法適用²²³。

五者，本案行為人以其所持用之智慧型手機 LINE 通訊軟體，傳送內容為「剛剛接到消息黃興路 127 號 3 樓武漢肺炎個案確診送榮總仁武仁勇路 3 號內門有兩個疑似武漢肺炎請大家小心！」之不實訊息至有 111 名成員之「亞灣團

²²¹ 臺灣臺北地方法院 109 年度易字第 650 號刑事判決。

²²² 臺灣南投地方法院 110 年度投原簡字第 4 號刑事簡易判決。

²²³ 臺灣嘉義地方法院 109 年度嘉簡字第 915 號刑事簡易判決。

隊公佈欄」及有 9 名成員之「住商陽明文山-店務」之 LINE 群組，以前揭方式散播有關新冠肺炎流行疫情之不實訊息，使前開群組之多數成員得以見聞上開不實訊息，足生損害於多數民眾接受上開新冠肺炎流行疫情訊息之正確性。本判決認為：「爰以行為人之責任為基礎，審酌現今不實訊息層出不窮，政府機關因而須另耗費資源闢謠，於疫情仍未完全結束之狀況下，任何關於該疫情之不實訊息，均極可能引發群眾恐慌，增加民眾間因擔憂疾病傳染所導致之不信任，且不利於相關單位防疫政策之推行，被告未經查證即透過通訊軟體 LINE 公開貼文散播不實訊息，其影響自更為深遠，所為實屬不該惟慮及被告坦承犯行，態度尚佳，且其犯罪動機及目的係在提醒防疫，手段尚屬平和」其認為成罪的理由亦認為以通訊軟體散布乃加深散布之行為手段，仍應考量其主觀犯意與動機²²⁴。

六者，本案行為人以其手機連結網際網路，登入社群軟體臉書 (FACEBOOK)，以其臉書帳號在臉書粉絲團「桃竹苗美食窩」內上張貼附件所示之不實訊息，並且虛構有人確診之不實訊息散布於眾，供特定之多數人閱覽、分享，足生損害於公眾²²⁵。

七者，本案行為人亦以其臉書帳號轉貼有關傳染病流行疫情之不實訊息，足生損害於公眾及公眾對於疫情訊息認知之正確性，不過被告抗辯無主觀犯意，因為在網路上看到相關訊息以為是真的才會在臉書上轉傳分享，也不曉得要如何查證或相關法律規定，惟法院仍以現階段網路上有台灣事實查核中心在其散布貼文以前已有做出澄清，故並不接收被告之抗辯，仍認其有主觀犯意²²⁶。

最後則是行為人以手機 LINE 通訊軟體（下稱 LINE）接獲其姑姑所傳送之 50 秒影片朋友 LINE 對話截圖 1 張後，明知武漢肺炎疫情係現今新聞媒體、社

²²⁴ 臺灣高雄地方法院 109 年度簡字第 2220 號刑事簡易判決

²²⁵ 臺灣桃園地方法院 109 年度壢簡字第 1888 號刑事簡易判決。

²²⁶ 臺灣桃園地方法院 109 年度易字第 739 號刑事判決。

群軟體、通訊軟體高度關注且討論沸沸揚揚之事件，民眾日常生活亦對武漢肺炎疫情相關新聞及網路訊息均十分關切，若逕自在公開網站散布不實訊息，極有可能造成民眾對於武漢肺炎疫情之恐慌，使社會大眾不安，更影響醫療流程之正常推展，竟在未經查證上開影片及附對話截圖內容是否真實，亦未查證童綜合醫療社團法人童綜合醫院（下稱童綜合醫院）是否有收受確診武漢肺炎病患或封院之情況下，即於接獲影片及對話截圖後，乃基於散布傳染病流行疫情之不實訊息之犯意在具有 8 萬 4047 位成員之臉書社團「沙鹿之美」，持其個人手機以臉書帳號名稱在該社團上公然張貼貼文，以此方式散布對於武漢肺炎法定傳染病疫情之不實訊息，造成「沙鹿之美」社團上瀏覽該貼文之成員誤以為童綜合醫院亦有確診之武漢肺炎病患且已封院，引發臺中市海線地區民眾對於武漢肺炎疫情蔓延之恐慌，並奔相走告提醒週遭親朋好友不要去童綜合醫院，且有大量民眾得知上開不實訊息後，撥童綜合醫院之總機焦急詢問該院是否已封院，使童綜合醫院之總機人員應接不暇，幾近癱瘓²²⁷。

第三目 災害防救法第 41 條

本罪在實務上比較有可能成罪的機會在於有災害發生之際，例如本判決係在颱風過境期間，被告在其臉書上發布貼文，將以前水災的照片撰寫成發生在這次颱風過境期間，而其臉書的貼文短時間內遭到轉發、分享達到數百次，足以顯見任何人接受到此則淹水貼文之不實訊息皆會陷入生命、身體以及財產安全之恐慌，況且，被告明知颱風過境之際一般民眾都會特別留意與擔心生命安全是否會受影響，仍意圖擷取非案發當時網路之圖片且未附上原始連結，直接散布有淹水之不實訊息，構成災害防救法第 41 條第 3 項散播有關災害之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人²²⁸。

²²⁷ 臺灣臺中地方法院 109 年度易字第 436 號刑事判決。

²²⁸ 臺灣臺南地方法院 109 年度簡字第 993 號刑事簡易判決。

第四目 民用航空法第 105 條

第一，關於民用航空法的案例態樣，大多數為謊稱有炸彈在飛行器上，例如本案行為人散布的是在總統專機上放置炸彈的假訊息，其採用的手法態樣係以電子郵件的方式寄送到總統府辦公室，並在信中提及總統專機上有炸彈之不實消息。法院在判決中提到管制散布飛安的不實訊息理由在於：「一般民航機飛行於高空，使用載運大量易燃之油料，載送乘客動輒數十人或上百人之特性，一旦機艙發生炸彈爆炸，機上乘客及機組人員生存機率微乎其微，是以，不論行為人是以言語明示或暗示，或開玩笑提及與爆裂物相關之言語內容，勢必都將造成機組人員之重視及乘客之恐慌，而有影響或危害飛航安全之虞，遑論乃針對總統專機發出放置有炸彈爆裂物品之不實訊息²²⁹。」

再者，總統專機是否遭放置炸彈一情，事涉總統及機上其他人員人身安全，總統府內部單位人員一旦獲悉該情資，勢將通報負責總統專機安全事宜之各相關單位、機關查處，致該不實訊息因此輾轉散播傳布，此應為具有一般智識經驗之人所得預見。……則其縱僅向總統府公共事務室謊稱總統專機上遭人放置炸彈，惟其既得以預見該公共事務室人員後續必將通報負責總統專機安全事宜之相關單位、機關查處，以防萬一，致該不實訊息因此輾轉散播傳布，使不特定人或多數人得以知悉之情，其仍予以傳送該訊息，客觀上自有『散布』之行為，主觀上亦具有即便該不實訊息因此傳播出去亦不違背其本意之不確定故意甚明。」

第二，本案也是行為人所散布的也是在航管人員檢查其行李時，其行李內未放置炸彈卻聲稱有炸彈之不實訊息，而該當本罪之適用。不過行為人在本案中表示其在航管人員詢問的時候僅為開玩笑之語氣而無散布之意圖，惟法院認為：「因酒後胡言亂語或開玩笑提及與爆裂物相關之言語，勢必都將造成相關人員之重視及乘客之恐慌。且邇來影響飛航安全之事故幾經媒體揭露報導，尤其

²²⁹ 臺灣高等法院臺南分院 107 年度上易字第 24 號刑事判決。

恐怖攻擊活動頻傳之今，且以被告高中畢業之智識程度，又有數次出國經驗，被告自當知悉於旅客報到櫃檯向地勤人員提及炸彈，無論其是否基於戲謔之主觀意思，其附近之旅客聽聞後，將造成相關人員恐慌，對飛航安全之維護將有不利之影響，且其當可預見，依一般可能產生之反應，接獲危害飛航安全之不實訊息者，當會特別謹慎，加以重視，並進行安全查察結果，將致使機場之飛航管制作業因而受有干擾，甚至可能造成航次作業秩序發生延誤，又證人謝清香亦於原審審理中證稱：被告當時提及炸彈時，聲音比較大聲等語，顯見其自有擴散傳布於公眾之故意無訛²³⁰。」

最後，本案行為人係以行動電話之方式打電話向報社散布不實訊息，行為人要以汽油彈來炸毀桃園機場，而此種藉由報社的散布行為乃順勢有加深不實訊息進一步傳播之可能性，且爆料的對象係為知名新聞傳播媒體，負責傳遞新聞資訊予公眾知悉，行為人蓄意撥打爆料專線，陳述將危害飛航安全之不實言論，係希望藉此引起大眾關注，依一般社會觀念，該不實訊息內容將引起社會大眾對飛航安全之關注及恐慌而影響公眾秩序。不過本案行為人僅撥打爆料專線，而接線人員隨即報警並無讓社會大眾知悉此不實訊息，故法院認為尚未構成刑法第 151 條恐嚇公眾罪²³¹。

第五項 小結

從上開整理的實務判決案件事實可以瞭解到說，目前行為人散布假訊息的手段態樣多數皆會使用網路平台或通訊軟體，轉貼或自行發布不實訊息，若使用傳統媒體或書面報導已經比較少數，且多數行為人並沒有查證不實訊息的行為，也因此法院在適用法律上，針對以刑罰處罰散布假訊息，雖然立法者在不同法律分別規範之，惟法院一率適用誹謗罪之合理查證原則，認為行為人必須明知訊息為假或在散布之當下對於訊息真實性毫不在乎，而無合理查證，才得

²³⁰ 臺灣高等法院高雄分院 106 年度上易字第 129 號刑事判決。

²³¹ 臺灣高等法院 103 年度上訴字第 2701 號刑事判決。

以處罰之。如果行為人有盡到查證義務，就會減免或免除其罪刑，故係以刑法第 310 條第 3 項合理查證原則，有將散布假訊息之規範限縮適用，而保障散布者之言論自由權利。

再者，考查實務判決動向，本文認為若是對散布政治性言論之不實訊息，其訴訟過程往往費時且繁雜，甚至可能已經選舉終了，是否有侵害到相對人的選舉秩序公正法益難以界定衡量，法院亦會以對言論自由有較多的保障；而若低價值言論之不實訊息，危害到公共衛生或社會秩序的法益通常都在簡易庭即判決確定，若能妥善規劃以更多的正確事實報導讓人民有知的權利，或是標示警語或加註相關標記，能否以行政手段代替刑罰最後手段性，本文認為殊值妥善規劃，以避免刑罰在限制言論自由基本權的同時，還會依照制裁效果過度侵害人民之人身自由權或財產權。

而本文正要以此視角檢視現今我國立法者因應網際網路的崛起與發展，所通過的法條規定針對言論自由內容的限制而以刑罰作為處罰效果，其保護之法益是否牽涉到重大公眾利益的實現，又或者管制了人民的言論自由而禁止散布與法益相關聯之訊息。若肯認了法條所欲保護之利益，最後會在檢視法規範是否符合最小侵害原則，而得以有效管制散布假訊息。

第二節 刑事法管制假訊息之正當性

將現行管制假訊息規範做完分類與整理完實務動向後，本文接下來將結合憲法與刑法學之角度觀點來評析我國現行法規範，有關管制散布假訊息之法律條文係以刑罰做為處罰散布者之法律效果者，除了禁止人民表達其言論而干預到言論自由權外，尚且動用了刑罰科處違犯者自由刑或罰金刑。例如，最重之人身自由刑之處罰效果係在民用航空法第 105 條第 2 項，散布危害飛航安全之不實訊息而導致航空器毀損或人員傷亡者，有處到無期徒刑或五年以上之有期徒刑，對其管制之目的與手段是否符合比例原則？從修法歷程與適用範圍之程度觀察，很清楚知悉說這二階段的修法所分別呈現的立法政策，在前階段主要

是從法益類型，強化專法的「流言」管制，至於後階段則是以總則性的刑事規範，表達只要是利用傳播工具為散布方式，即加重處罰的普遍式規定。

本文將以此基礎做撰文分析，對於目前刑事法管制假訊息規範做不同言論訊息進行管制，其所適用之審查標準亦會因為言論訊息價值之不同而有所區別。但以刑罰作為法律效果，同時也牽動了刑法最後手段與刑法謙抑性的刑法基本原則，以下本節將依照上一節整理之假訊息規範結構，在現行所訂立的法制是屬於何種犯罪性質，是否會有適用上的疑義而與憲法上所保障的言論自由基本權有所衝突，再以既有的合憲性審查規範探討是否符合目的正當性，若無法通過目的正當性之保護利益應認為法規範箝制人民之言論自由而違憲，若有符合目的正當性就再以比例原則衡量之。故在此適用法規範審查後，若有不符合法益保護原則而不符合最小侵害手段情形之疑義者，是否須尋求刑法以外更有效率之管制手段，方為符合刑法謙抑性與最後手段性之上策。

第一項 管制假訊息刑罰規範之合憲性前提

第一款 言論自由與保護法益

刑法及特別刑法所限制或管制的是人民不可從事何種類型的犯罪行為，若行為人侵害了刑事法所欲保護之利益，就會以其效果係犯了刑法上所規範的行為，例如繳交罰金而限制財產權、拘役或有期徒刑而限制人身自由到最嚴重的死刑而剝奪生命自由等等。而此利益在刑法學上係稱作「法益」，法益的功能在於透過解釋法益的內容，才能清楚地描繪行為人所違犯行為之實質要件，亦能限縮人民入罪化之範圍與界限²³²。

本文的論述重心即在於如何在假訊息規範之保護法益與人民言論自由權產生衝突時，該如何平衡其界限，其規範所保護之利益是否在憲法所保障之基本權範圍，此即為立法者在制定其規範時需追求之正當目的²³³？若非在基本權之

²³² 許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，第197期，頁135，2011年10月。

²³³ 許澤天，刑法規範的基本權審查，收錄於：《憲法解釋之理論與實務》，黃舒芄主編，頁271，2010年12月。

保護範圍內，是否亦重大的需要用刑法保護，而本文採用美國違憲審查基準之三階段基準，故其法益需為「非常重大或迫切之公共利益」、「重大之公共利益」才適合做為限制人民言論自由規範之基礎。換句話說，立法者透過刑法所表彰之價值或保護之法益，若不在憲法所容許的公共利益時，非能成為刑法所保護之對象，該罪名就有可能不合乎憲法所保障之基本權對象與刑法保護法益之利益，藉此節制立法者對於刑事法規範之立法權限²³⁴，此在司法院釋字第617號解釋林子儀大法官不同理由書提及到：「在罪刑法定主義的觀點下，法益的具體內涵必須是可以透過理性來加以檢驗的。設若法益的內涵無法具體落實到某個必須透過法律體系來加以保障的價值，那麼規範目的將會有無限膨脹的可能，如此，國家的刑罰權將會變得十分危險。」

因此在審查刑罰規範的時候，就會針對法條中所規範的限制或剝奪人民基本權做違憲審查²³⁵。國家在對人民行使刑罰權時，是否符合憲法對於基本權的要求與保障，必須藉由憲法第23條關於比例原則之適用，刑罰規範才能在符合保護法益與限制基本權取得平衡點²³⁶。而行使刑罰權的刑事規範係由行為規範與制裁規範，這兩項獨立限制基本權的規範所構成，行為規範係禁止或要求人民可為或不可為特定的行為，而制裁規範是在違反行為規範時，讓人民得到應有的制裁手段²³⁷。從法規範形式上來看刑事法規其結構，即是由「何種行為構成犯罪」與「施以刑罰制裁手段」二者所構成；如從實然面觀察，「如何構成犯罪」係指立法者將具有特定危害社會之行為，透過立法方式定義為違法之行為，而具有評價規範之意義，而再利用制裁條款之刑罰效果嚇阻犯罪²³⁸。

故本文在建立管制假訊息規範的刑罰合憲性審查層次架構上，將先從討論行為規範與制裁規範而應分別適用或是一併觀察，再者彙整先前釋憲實務上所

²³⁴ 許澤天，同註233，頁272-276。

²³⁵ 許玉秀，同註152，頁367-368。

²³⁶ 許澤天，同註233，頁270。

²³⁷ 許玉秀，同註152，頁392。

²³⁸ 許澤天，同註233，頁280。

對於刑罰規範之審查，三者綜合行為規範與制裁規範的觀察視角下，以法益做為保護目的而與刑事合憲性審查做結合²³⁹，最後以此立法者所限制者在保護法益是否具有「急迫且重要之公共利益」、「實質或重要公共利益」，而為合憲性審查基準檢視我國管制假訊息規範是否符合規範保護目的²⁴⁰，以此作為言論自由權之衡平界限。

在進行刑法規範的合憲性審查時，有論者認為行為規範與制裁規範係屬分別侵害不同之基本權，故憲法上所立足的正當性基礎亦會有所不同，而必須分別審查其是否符合比例原則之適用²⁴¹。其審查方法係先確認限制人民基本權的行為規範是否能通過比例原則，而再去確認此制裁效果是否符合比例原則之制裁手段（符合適當性、必要性與衡平性），若無法通過行為規範之違憲審查，制裁規範也會一併宣告違憲²⁴²。

不過，上述關於行為規範與制裁規範的分別審查基準，在具體操作上難以分割為之。例如，司法院大法官解釋第 791 號關於通姦罪的違憲，刑法第 239 條通姦罪在行為規範上係禁止婚姻以外的性行為而限制了人民的性自主權，在制裁規範上對於違犯者科處罰金與自由刑，而亦干預了行為人的人身自由與財產權，雖然上述刑法條文被大法官宣告違憲，惟其審查標準在操作時並未實際遵守先行處理行為規範與比例原則之關係，將比例原則與制裁規範之目的與效果混淆，使比例原則無法依其標準與階層逐步審查²⁴³。除了刑法法規之外，並無其他法規有類似運用行為規範與制裁規範的分類，並不需要為了刑法規範提出特別的處理方法。此外，如果只觀察行為規範而無觀察法律效果，根本無法

²³⁹ 蔡聖偉，關於通姦罪合憲性之鑑定意見，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 6 月 1 日。

²⁴⁰ 許宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於：法與國家權力(二)，頁 91-92，2007 年 1 月。

²⁴¹ 許玉秀，同註 152，頁 394。

²⁴² 許澤天，同註 233，頁 266-270。國內採此行為規範與制裁規範之區分者如，許玉秀，同註 152，頁 392 頁以下；蔡聖偉，評 2005 年關於不能未遂之修法，政大法學評論，第 91 期，頁 355 以下，2006 年 6 月。

²⁴³ 許恒達，同註 153，頁 20。

具體辨識該規範對於基本權利的影響內涵。

據此，本文在進行管制假訊息刑事規範之審查時，將不再區分行為規範與制裁規範，而以包裹式的合憲性審查基準進行審查²⁴⁴。因行為規範與制裁規範在審查基準上其實是密不可分而相互連結，從行為規範的角度觀之，其與制裁規範的結合可以評估對基本權侵害的干擾程度，而論制裁規範時，可以在維護基本權時一併審查其所欲保護的利益是否重大²⁴⁵。再者，進行合憲性審查之同時，也會發現到刑事法上有一個特殊的原則，就是保護法益的概念。詳言之，刑事法的目的即在於當作保護人類社會共同生活中所共同維持的利益與價值之最後手段²⁴⁶，其功能在於作為構成要件的解釋，而違反此構成要件就會產生實質上的社會利益損害，也就是行為人在成立何種罪名時係以其所違犯之法條當中所欲保護之法益，立法者以保護法益來限縮行為人所侵害之內容²⁴⁷，並且確認到法規範所禁止之侵害行為是否有實質造成法益干擾效果，任何刑事法規範必須具有背後所欲彰顯及保護的法益，才能避免國家恣意地發動刑罰權而侵犯到憲法上所給予保障的基本權²⁴⁸。

進行上述之合憲性審查時，如何將既有之刑法基本原理與違憲審查的論證結構相互整合，亦是本文所欲建立之目標，倘若行為人所散布之假訊息在法條的構成要件與其保護法益之間的關聯性，連結到社會生活各層次的領域上，在散布假訊息之行為影響到法條規範目的之利益衝突時，才會去處罰散布者²⁴⁹。否則，僅是涉及到人民的言論自由，行為人散布之假訊息態樣不足以成立干擾法益，而若以刑事法規範制裁之，將欠缺處罰之正當性，而此管制散布假訊息

²⁴⁴ 許恒達，同註 153，頁 21。

²⁴⁵ 薛智仁，會台字第 12664 號聲請釋憲案法律鑑定書：

<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 5 月 10 日。

²⁴⁶ 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 262，2012 年 12 月。

²⁴⁷ Claus Roxin 著，許絲捷譯，同前註，頁 261-262。

²⁴⁸ 王皇玉，同註 137，頁 22-24。

²⁴⁹ 許恒達，同註 153，頁 22。

之法規範會有違憲之虞。

亦言之，在眾多管制散布假訊息的規範，本文認為散布假訊息之行為態樣僅是行為人在憲法上所保障的言論自由，雖然釋字 509 號解釋認為言論自由基本權只要為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，可以在一定的條件之下對其做出合理的限制，不過以刑罰之手段是否會對其非為最小侵害手段²⁵⁰？若為避免此種皆以動用刑罰保護之憲法上利益，本文在此認為亦應建立散布假訊息與侵害法益之間的關聯，在其保護之目的屬於刑法上所承認的法益才能通過合憲性審查標準，將法益概念做為輔助判斷保護目的之重要性標準，提高審查管制假訊息規範目的重要性之審查門檻²⁵¹。本文在此藉由憲法上言論自由基本權之雙階理論與刑法之法益概念做出重要性或公益關聯性之整合，特別對於目的合憲性解釋作出審查，主要原因來自於憲法上並不重視於立法目的之合憲性，大致上都推定為合憲²⁵²。故若如果加強其審查，便會先得出何種不宜動用刑罰管制假訊息之保護法益而在目的合憲性先行做排除，而無庸再行難以具體操作之關於比例原則之三階段審查標準(手段適合性、手段必要性以及限制妥當性)。

第二款 我國釋憲實務合憲性標準之觀察

不過，在進行對於管制假訊息刑事規範的審查前，首先要瞭解我國司法實務對於刑事規範審查係採取何種模式，是否有建立一套關於刑事法規範之標準，以供本文作為合憲性審查標準之參考依據，以下將就近年來關於刑罰釋憲實務中，係透過大法官解釋有關於刑罰規範是否符合合憲性解釋，並就比例原則之審查做出整理與評析，探究我國在刑事規範中所採取之解釋方法。

²⁵⁰ 司法院大法官解釋第 791 號解釋理由書：「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。」

²⁵¹ 許恒達，同註 153，頁 28。

²⁵² 許宗力，同註 240，頁 92。

一、釋字第 471 號解釋

本號解釋最主要意旨係在闡述，對於人身自由之處罰，有多種手段可供適用時，除應選擇其最易於回歸社會營正常生活者外，其處罰程度與所欲達到目的之間，並須具合理適當之關係。其解釋標的係針對未刪除前之槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條第 1 項，大法官在解釋文中認為，本條項規定：「犯第七條、第八條、第十條、第十一條、第十二條第一項至第三項、第十三條第一項至第三項之罪，經判處有期徒刑者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年（第一項）。」大法官考慮其規範意旨並最後作成解釋，在於法條未考慮行為人有無預防矯治社會危險性之必要性，一律宣告付強制工作三年之規定，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合於憲法第 23 條之比例原則而應宣告違憲。

大法官在解釋文中首先談到，除了對人身自由之處罰需符合形式法律保留以外，在實質論理上亦需符合憲法第 23 條關於比例原則之論證，在「對於人身自由之處罰，有多種手段可供適用時，除應選擇其最易於回歸社會營正常生活者外，其處罰程度與所欲達到目的之間，並須具合理適當之關係，俾貫徹現代法治國家保障人身自由之基本原則。」在比例原則之論證下，考量到我國刑法係採刑罰二元論或稱雙軌理論之制度，其中保安處分乃依據特別預防理論所發展出來的措施²⁵³，其出於避免具有社會危險性格之受處分人再犯，而實施矯治、教育或治療等制裁措施，具有替代刑罰或補充刑罰之功能²⁵⁴。不過在此意義下可知，保安處分的法律效果亦有限制人身自由的效果，與有期徒刑等限制人民權利有相同程度而不分軒輊，故也應受刑事違憲審查規範體系。

再者，大法官在解釋文談到比例原則的必要性時，似乎混用了美國法的審查基準，其強調以審查「立法者追求之利益」重要性與「手段與目的關連性」

²⁵³ 王皇玉，同註 137，頁 621。

²⁵⁴ 王皇玉，同註 137，頁 622。

的強弱作為判斷之依據，但對於目的、手段間如何才是「具合理而適當的關係」則未見詳細說明²⁵⁵。此種標準應與美國法上之「合理審查基準」類同，惟此種標準係乃在審查標的為社會性、經濟性之法規範時才會使用較為寬鬆之標準，在涉及基本權干預前提下，美國法上係採取「嚴格審查標準」判斷²⁵⁶。故本號大法官使用了合理審查基準來解釋限制人身自由的刑事法規與刑罰效果，係有違誤之餘。

二、釋字第 476 號解釋

本號解釋意旨係對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則。其標的係針對釋字第 194 號解釋之補充，大法官在解釋文中的第一段就提到比例原則之審查內涵：「憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合」，作為補充憲法第 23 條比例原則之內涵。然而在本號解釋理由書中，大法官表明說：「倘該目的就歷史淵源、文化背景、社會現況予以觀察，尚無違於國民之期待，且與國民法的感情亦相契合，自難謂其非屬正當；而其為此所採取之手段，即對於人民基本權利為必要之限制，乃補偏救弊所需，亦理所當為者，即應認係符合憲法第二十三條之比例原則。」在特別法之立法如符合國民期待且與國民之法感情不相違合時，即具目的正當性，而對其採取限制人民基本權利之手段，亦需具備手段必要性。

本文認為，大法官除了點出比例原則之原則外，對於其內容該如何具體操作，目的正當性與手段必要性應如何區別亦未過多論述²⁵⁷。且對於特別法只需

²⁵⁵ 許宗力，同註 240，頁 122。

²⁵⁶ 美國所發展的三種審查基準自寬而嚴分別為合理審查基準、中度審查基準與嚴格審查基準。合理審查基準只要立法者追求「合法利益」，目的審查上手段與目的間有「一定合理關聯」即認為系爭規範具推定為合憲；中度審查基準則要求立法目的需追求「實質或重要政府利益」，手段與目的間需具備「實質關連性」始足當之；嚴格審查基準則在目的合憲性審查要求需是「急迫且非常重要之政府利益」，選擇的手段則必須是「必要而最小侵害的手段」。參見林子儀，同註 93，頁 648。

²⁵⁷ 許宗力，同註 240，頁 122。

符合國民法感情而符合空洞之比例原則審查，即無違憲。亦無說明為何以毒品危害防制條例係本於特別法之地位而為之處罰，其法定刑之提高係為維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要，缺少醫學上的實質佐證或實質關聯性，此刑事規範的合憲性審查過度將目的正當性作為考量，而無法連結到手段應採取何種必要性。

三、釋字第 509 號解釋

本號解釋在協同意見書中，蘇俊雄大法官有對於規範手段之限制做出精彩的立論，其意旨在於立法者在保護手段的選擇上，應考慮法益保護的有效性以及衡量各種社會情事。蘇大法官在協同意見書中提到說：「立法者應有『優先權限』採取適當之規範與手段，於衡量特定社會行為態樣中相衝突權利的比重後，決定系爭情形中對基本權利實現的先後。而釋憲者的職權，則在於透過比例原則等價值衡量方法，審查現行規範是否對於相衝突的基本權利，已依其在憲法價值上之重要性與因法律規定而可能有的限制程度做出適當的衡量，而不至於過份限制或忽略了某一項基本權。至於在個案適用法律時，行政或司法機關亦應具體衡量案件中法律欲保護的法益與相對的基本權限制，據以決定系爭法律的解釋適用，追求個案中相衝突之基本權的最適調和。」

換言之，司法審查者在進行刑罰規範合憲性審查時，不能光只以比例原則等法律原則去做判斷，亦需參酌保護目的係經立法者衡量政治、社會、文化等各種情狀後，針對不同類型之生活事實所為之決定，透過比例原則之適用衡量刑法規範之合憲性。

四、釋字第 517 號解釋

本號解釋也是針對蘇俊雄大法官不同意見書中，其認為比例原則的檢驗即最後手段性之檢驗，附屬刑法適用可支持性中度審查標準。雖然本號解釋之標的係以妨害兵役治罪條例第 6、7 條及第 11 條第 3 項規定，就人民因遷居致召集令無法送達者科處刑罰之規定為釋憲標的。不過大法官於意見書中更進一步

地闡述了其對於刑罰規範的合憲性審查基準的意見，其認為：「按立法者固得衡酌『事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果』等因素，而選擇以刑罰方式制裁一項違反行政法上義務之行為；但是此項衡量決定無疑仍必須通過比例原則的檢證，才能夠滿足國家動用刑罰這種『最後手段』的正當性要求。而為了擔保國家刑罰權的正當行使，『行政附屬刑罰』乃至特別刑法的規範設計無疑亦必須服膺於法治國家刑法的基本原則，以明確、嚴謹的構成要件規範來限定刑罰效果的適用範圍。準此而言，妨害兵役治罪條例第十一條第三項『以意圖避免召集論罪』的粗略規定，毋寧已嚴重違反了法治國家刑法的基本原則，致使該項刑罰準用規定，無法通過憲法第二十三條所蘊含之比例原則」。

據此可以得知，立法者在作成以刑罰方式為制裁手段，仍必須通過比例原則的檢驗，才能滿足刑罰之「最後手段性」的正當性要求，刑罰規範應以比例原則作為該等「立法裁量權限」的界限，並據以為審查基準，論證系爭規範的合憲性，因此應適用「可支持性審查」之中度審查標準。再者，蘇大法官上揭不同意見書對於刑罰規範的違憲性審查提出了實質意義的審查基準，即有別於向來一般性的比例原則的操作論述，蘇大法官將審查的脈絡拉回到刑法的原理原則，與法益保護、最後手段性相連結，特別是在刑法本身即有憲法位階的自我審查機制²⁵⁸，而先於合憲性審查可受具體檢驗時，刑法領域中固有的基本價值理念不應在合憲性的審查過程中被忽略²⁵⁹。

五、釋字第 544 號解釋

本號解釋之標準係沿用釋字第四七六號解釋之「目的正當性、手段必要性、限制妥當性」，並闡釋比例原則：「刑事立法之目的具有正當性，施以刑罰

²⁵⁸ 許玉秀，同註 152，頁 385-387。

²⁵⁹ 蘇大法官的上開結論在之後的釋字第 551 號解釋被應用，並針對「毒品危害防制條例第 16 條（已刪除）」關於誣告反坐之規定在手段選擇與欲達成目的及所需程度有失均衡、其責任與刑罰不相對應，罪刑未臻相當等違反罪責原則之立法為違憲之宣告。

有助於立法目的之達成，且別無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用時，始得為之。」雖其在解釋文中提到其比例原則之操作係援用釋字第四七六號解釋之「目的正當性、手段必要性、限制妥當性」，惟在針對刑罰規範的合憲性操作標準，在理由書的第一段提及：「國家對個人之刑罰，屬不得已之強制手段，選擇以刑罰處罰個人之反社會性行為，須刑事立法之目的具有正當性，施以刑罰有助於立法目的之達成，且別無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用時，始得為之；而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，尚須處於合乎比例之關係。至何種行為構成犯罪，應處以何種刑罰，刑罰是否為達成立法目的之適當且必要手段，以及判斷相關行為對個人或社會是否造成危害，乃立法者自由形成之範圍。」

大法官在此將限制妥當性（法定刑度之決定²⁶⁰），以刑罰對基本權利之限制來比較立法者所欲維護法益之重要性與行為對法益侵害的程度，是否符合比例關係，並且也需符合立法目的正當性、手段必要性及限制妥當性之要求下，來判斷何種行為構成犯罪，應處以何種刑罰，刑罰是否為達成立法目的之適當且必要手段。

六、釋字第 594 號解釋

本文參酌許玉秀大法官對於本號解釋之協同意見書意旨，許大法官認為在刑罰規範目的先審查保護法益，再區分行為規範與制裁規範各別檢驗。許大法官在意見書中先提到說：「刑罰規範所要保護的利益如果和憲法所要保護的利益相同，憲法自然不會否決刑罰規範的目的正當性，亦即，刑法規範所欲保護的利益，必須與憲法上的基本權或憲政秩序法益連結。」換言之，就是因為刑法規範背後所彰顯的目的就在於保護法益，如果這個法益非是刑法所要保護的，其後面所附帶的法律效果就是在侵害人民基本權。故在此前提之下，必須先建

²⁶⁰ 司法院大法官解釋第 544 號解釋理由書意旨：「自由刑涉及對人民身體自由之嚴重限制，除非必須對其採強制隔離施以矯治，方能維護社會秩序時，其科處始屬正當合理，而刑度之制定尤應顧及行為之侵害性與法益保護之重要性。」

立何種保護法益？而在這種保護法益下，憲法可以依據什麼樣的情況對保護法益做限制？

不過，在談論到刑法上的法益時，會以其乃需受保護之社會生活利益為核心，而所謂社會生活利益，就是人民在共同建構社會生活時所需要的一切自由。在此意義下，憲法保障人民享有建構社會生活所需資源的自由，就是人民行使基本權之自由。故許大法官在定性刑法之法益與憲法基本權之連結時，其說到：「現行刑法中各種犯罪類型所標示的法益包括生命、身體、自由、財產、秘密、名譽、公共安全、國家權力的有效運作及憲政秩序等等，都可以在憲法上找到對應的法益（剝奪生命的刑罰規範，必須面對憲法對生命價值絕對保護的檢驗）……」。說明到刑法法益與憲法法益的關係，並非認為所有憲法所保障的法益受到侵害，都必須施以刑罰制裁，而只表示可以用刑罰的制裁方式，保護憲法上的基本權，至於動用刑罰手段與否，還需要衡酌比例原則，以確定侵害基本權的行為具有需罰性。」

最後，許大法官在理由書最後一段將刑罰規範當中之行為規範與制裁規範，應分別採取對人民基本權的種類限制，主張就此兩種規範應分別審查，應先審查行為規範並要求法益的內容係屬於憲法所規範的法益位階，再探討制裁規範是否需同時符合最後手段原則及罪刑相當原則，才能論證刑罰規範是否合乎比例原則。故本案釋憲法規範僅在行為規範的審查上涉及一般行為自由干預，而通常僅以較寬鬆的審查標準進行檢驗，惟就制裁規範的刑罰效果若係對生命造成不可嚴重回復之後果，應採嚴格審查標準。就此兩種不相同之標準，其認為只有在透過對行為規範與制裁規範所欲保護的法益內容進行嚴格審查，才能夠維持憲法限制刑罰權。

七、釋字第 617 號解釋

本號解釋意旨在於，有礙於社會風化者，對於平等和諧之社會性價值秩序顯有危害。侵害此等社會共同價值秩序之行為，即違反憲法上所保障之社會秩

序，立法者制定法律加以管制，其管制目的核屬正當；又因其破壞社會性價值秩序，有其倫理可非難性，故以刑罰宣示憲法維護平等和諧之性價值秩序，以實現憲法維持社會秩序之目的，其手段亦屬合理。

本號解釋大法官們在憲法保障人民關於性言論表現與性資訊流通之言論自由權，認為社會上為維持男女生活中之性道德感情與社會風化所多數所認同之價值可作為刑法之保護法益，並且尊重立法者就當時社會氛圍所為之立法。故立法者對於人民性言論自由權若為社會上所不認同之價值，而侵害到人民之道德感情者，係為合理正當之立法目的，且手段僅限於在刑法第 235 條第 1、2 項規定之性資訊沒收範圍，並未為過度之封鎖與歧視，對人民言論及出版自由之限制尚屬合理，合乎憲法第 23 條之比例原則適用。

惟本文認為，就社會價值道德觀可否作為刑法所欲保護之法益，每個人對於道德感情界限時有不同，身處於不同之成長環境下，對於其解釋與看法迥大不相同，而亦會隨著時代之進步與社會價值之變遷而有所不同。關於本條關鍵之「猥褻」概念，除了善良風俗作為立法目的而難以明確解釋猥褻之概念，不符合目的正當性外，又以刑法全面管制其散布，而無對本條規定管制人民之言論自由，找尋何種管制方式為最小侵害手段，例如行政法上之罰鍰以避免過度侵害人民之權利，而違反必要性原則²⁶¹。

八、釋字第 791 號解釋

本號解釋乃係近年來對於社會道德標準作出的重要違憲性解釋，其意旨談論到既然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。又性自主權與個人之人格有不可分離之關係，是系爭規定一對性自主權之

²⁶¹ 黃榮堅，棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，台灣法學雜誌，第 89 期，頁 55-69，2006 年 12 月。

限制，是否合於比例原則，自應受較為嚴格之審查。

而大法官在內文中針對刑法第 239 條通姦罪是否違憲之問題，理由書中提到說通姦罪所欲干涉者乃是個人性自主基本權，而應適用較為嚴格之比例原則審查，惟其並未明確指出為何此處應適用較為嚴格之審查。再者大法官在操作比例原則時，在適當性階層先講述到通姦罪之保護目的，即係以維繫婚姻忠誠義務為保護法益「其主要內容應在於維護配偶間親密關係之排他性，不許有配偶者與第三人間發生性行為而破壞婚姻關係。」

次之，在必要性階層認為：「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。婚姻制度固具有各種社會功能，而為憲法所肯認與維護，惟如前述，婚姻制度之社會功能已逐漸相對化，且憲法保障人民享有不受國家恣意干預之婚姻自由，包括個人自主決定『是否結婚』、『與何人結婚』、『兩願離婚』，以及與配偶共同形成與經營其婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之權利，日益受到重視。又婚姻之成立以雙方感情為基礎，是否能維持和諧、圓滿，則有賴婚姻雙方之努力與承諾。婚姻中配偶一方違背其婚姻之承諾，而有通姦行為，固已損及婚姻關係中原應信守之忠誠義務，並有害對方之感情與對婚姻之期待，但尚不致明顯損及公益。故國家是否有必要以刑法處罰通姦行為，尚非無疑。」

最後在衡平性階層認為：「系爭規定一雖尚非完全無助於立法目的之達成，但其透過刑事處罰嚇阻通姦行為，得以實現之公益尚屬不大。反之，系爭規定一作為刑罰規範，不僅直接限制人民之性自主權，且其追訴審判程序亦必然干預人民之隱私。按個人之性自主權，與其人格自由及人性尊嚴密切相關。系爭規定一處罰通姦及相姦行為，直接干預個人性自主權核心範圍之程度，堪認嚴

重。再者，通姦及相姦行為多發生於個人之私密空間內，不具公開性。其發現、追訴、審判過程必然侵擾個人生活私密領域及個人資料之自主控制，致國家公權力長驅直入人民極私密之領域，而嚴重干預個人之隱私（本院釋字第603號解釋參照）。是系爭規定一對行為人性自主權、隱私之干預程度及所致之不利益，整體而言，實屬重大。況國家以刑罰制裁手段處罰違反婚姻承諾之通姦配偶，雖不無『懲罰』違反婚姻忠誠義務配偶之作用，然因國家權力介入婚姻關係，反而可能會對婚姻關係產生負面影響。是系爭規定一之限制所致之損害顯然大於其目的所欲維護之利益，而有失均衡。」

綜觀來說，刑罰實乃在於預防一般人犯罪之功能，大法官認為通姦罪保護在個人性自主基本權方面並無跟公益具有重大關聯性，而不符合比例原則之適用²⁶²。在司法院大法官釋字第791號解釋之協同意見書亦有多數大法官表明不符合比例原則適用之立場。例如謝銘洋大法官之協同意見書提到說，刑罰乃是最後不得已之手段，不應該被濫用在維持婚姻的恫嚇²⁶³；黃昭元大法官認為：「如繼續以維護婚姻關係的性獨占權為系爭規定一之立法目的，此項目的之涵蓋範圍顯然過於廣泛，其效力也過於強烈，而難認合憲²⁶⁴。」

第三款 小結

綜合以上實務歷年來對於刑罰規範的釋憲過程，釋憲的審查基準大多數皆適用了比例原則作為合憲性與否，且多數採取中度審查基準，要求刑事法之立法目的在追求「實質或重要公共利益」，而手段與目的間具備「實質關連性」始足當之。不過，本文認為大法官除了在保護法益的審查並未明確闡釋其概念，不符合罪刑法定主義以外，亦未以保護法益作為限縮入罪化之可能，而一概只要求刑法規範所保護的利益具有初步正當性即可，並無太多的大法官釋字要求該正當性提高至一定程度，以作為刑法謙抑性與最後手段性。

²⁶² 許恒達，同註153，頁18。

²⁶³ 謝銘洋大法官提出之協同意見書，頁1-2。

²⁶⁴ 黃昭元大法官提出之協同意見書，頁20。

再者，從大法官的脈絡與解釋文可以發現，比例原則中的適當性與必要性似無太多幫助於審查機能，反而是在衡平性的判斷上，才是大法官合憲性與否的核心重點，幾乎所有宣告違反比例原則的刑法條文，都是違反衡平性。據此，如果以基於刑罰手段的嚴屬性來考量行為人會考慮刑罰而選擇不違犯，在認定上會對於刑法保護法益具有較高之實效性，而能確立了刑罰規範之必要性。不過，刑法的最後手段性說明了只有以刑法作為法益保護之唯一有效手段，並且使其符合必要性原則，在此意義下，只有法益保護的有效性與否問題，並沒有強弱程度之別。

故本文認為，大法官在解釋刑法規範是否違憲，仍需回歸保護法益與目的適當性做連結，非得一味在解釋中提及立法目的中之處罰目的係屬正當或合乎社會通念價值，並無考慮作為刑法保護之法益而進行任何與法益相連結之審查，以至於在衡平性之手段判斷似有標準卻又窒礙難行，無任何助益於審查。

第二項 假訊息刑罰規範之合憲性解釋

要檢驗管制假訊息的刑罰規範，必須先建立散布假訊息與侵害法益之間的關聯，在其保護目的屬於刑法上所承認的法益才能通過合憲性審查標準，將法益概念做為輔助判斷保護目的之重要性標準。而刑事法本身即為法益保護法之特質，就法益保護之內容透露了憲法上基本權價值之決定，每一條刑法條文所欲保護的法益，都應該可以與憲法所揭示的基本權加以連結並找到對應的憲法基本權²⁶⁵。故法益保護原則除了表彰對於特定的價值進行維護以外，並用以支持規範存在的正當性，指引、詮釋犯罪構成要件之功能²⁶⁶。審查刑罰法規之功能就是在找出行為是否違反法條所規範之保護法益，是否符合比例原則²⁶⁷。

而本文在此章節將先前所整理的憲法上言論自由基本權之雙階理論與刑法之法益概念做出重要性或公益關聯性之整合，本文已有先做初次的分類成高價

²⁶⁵ 許玉秀，同註 152，頁 401。

²⁶⁶ 黃榮堅，同註 261，頁 70。

²⁶⁷ 許玉秀，同註 152，頁 391。

值言論、一般性言論與個別性言論，在此前提下便可以做初步的檢驗，得出何種適宜動用刑罰管制假訊息之保護法益，而在目的合憲性先行做篩選，若得出管制假訊息之法益乃「非常重大的公共利益」或「重大的公共利益」²⁶⁸即可通過目的合憲性的檢驗，再去討論管制手段採行具體操作之比例原則，是否符合最小侵害手段與最後手段性原則之適用。

結合上開關於言論自由雙階理論之脈絡下討論的話，可以發現到學說上亦有對於假訊息法規範之合憲性討論。有文獻對此認為，就審查標準應採嚴格審查標準(Strict scrutiny)²⁶⁹，在此管制下所需保護之利益便需要有強烈迫切的利益(Compelling interest)以及具有重大緊密關聯性(Narrowly tailored)²⁷⁰，並且根據聯邦最高法院之見解，政府在立法管制需要具體指出解決的真正問題²⁷¹，而此問題與管制法案間需具有直接的因果關係²⁷²。

對此可以發現到說，如果刑法所保護的法益有涉及到人身安全、國家重大安全、國民健康利益或交通往來之安全等等²⁷³，可以肯認其為「非常重大的公共利益」或是「強烈迫切的利益」需要保護而符合刑法規範；惟若在保護法益係涉及到在自己的個人專頁或是散布關於他人不實名譽之指控，是否為上述具有保護性之「利益」而仍需要用到刑法來保護之？刑罰規範均具有一般預防與特別預防之功能，藉此維護公共秩序可以與憲法基本權之保障做連結？以下將就此驗證管制散布假訊息行為之刑罰規範是否通過包裹式之刑罰違憲審查規範。

²⁶⁸ 許玉秀，同註 152，頁 401。

²⁶⁹ Clay Calvert, Stephanie McNeff, Austin Vining & Sebastian Zarate, *Fake News and the First Amendment: Reconciling a Disconnect between Theory and Doctrine*, 86 U. Cin. L. Rev.107,108 (2018).

²⁷⁰ 黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，台大法學論叢，第 33 卷第 3 期，頁 82-85，2004 年 5 月。

²⁷¹ Brown v. Entertainment Merchants Association, 564 U.S. 786,799 (2011).

²⁷² Alvarez, 567 U.S. 724 (2012).

²⁷³ 許宗力，同註 240，頁 124。此標準在德國係經由德國聯邦憲法法院「藥房案」所發展出來之三階理論。所謂「非常重大的公共利益」係指社會所公認優先存在於立法者之公共價值；而「重大的公共利益」係指立法者特別對於社會上具有經濟性、社會目的性所設定的重要性公共價值。

第一款 高價值言論之刑罰合憲性

在高價值言論所涉及假訊息規範下的法益，本文討論的是總統副總統選舉罷免法與公務人員選舉罷免法所欲保護之法益，乃選舉秩序的公正性、憲法上的民主原則等等，與此相對限制的則是人民在選舉罷免期間所發表或散布之政治性言論。對此，憲法雖在第 11 條保障人民之言論自由，在前述提及關於假訊息與言論自由基本權之衝突下，應視言論價值之不同而區分係屬於高價值言論或低價值言論，針對不同價值之言論，刑法對其保護之手段應有不同。在涉及高價值政治性言論時，其所代表乃是促進人類文明之發展與昇華，若於選舉、罷免期間所散布之假訊息涉及到高度政治性之言論，將落於此兩則條文之適用範圍。

在個人選舉期間之名譽法益加上選舉秩序之社會法益與言論自由基本權相衝突的情形，此種保護法益是否能夠符合客觀保護秩序？就此而言，社會大眾在政治性事務討論的民主程序期間，言論權利的表達是最能促進多元意見對話的工具²⁷⁴，如果政府欲在此期間管制社會大眾的言論自由，將會有不同面向的疑慮。本兩則公職人員選舉罷免法第 104 條以及總統副總統選舉法第 90 條所規範的保護法益是否就能以刑法之法益概念連結至重要性或公益關聯性，若管制人民散布此種類型的言論，關於政治性言論(Political speech)之刑罰規範違憲審查，必需對於目的有「非常重大的公共利益」、「重大的公共利益」作為其保護法益，才無悖於保護目的適當性。再者，若通過了規範保護目的，惟其處罰手段是否足以通過比例原則，而適用嚴格審查基準來審查，對於高價值政治性言論之所以必須受到嚴格審查理由，在於若是放任政府管制出現在社群平台或國際網路上的言論內容，將使其成為當局者控制人民思想與言論之利器，而喪失了民主政治之精神，無法落實公平、公正之選舉²⁷⁵。

²⁷⁴ 劉靜怡，同註 97，頁 58-59。

²⁷⁵ 蘇慧婕，假訊息管制與資訊揭露義務—以選罷法、公投法及其修正草案為中心，月旦法學雜誌，第 292 期，頁 44，2019 年 8 月。

第一目 管制政治性言論之違憲說

傳統以來，社會大眾在針對相關的公共議題或選舉事務時，需先對人事物進行充分的理解並與不同意見者作成意見交流討論，得到完整的資訊後再作出判斷，透過選票傳達意見的形成進而凝聚公民意識，最後得出較能為社會大眾接受的政治理念與政治權力歸屬²⁷⁶。相對於透過管制人民散布不實訊息，甚而動用到刑事處罰禁止，論者認為，刑罰的法律效果強烈並嚴重的限制了社會大眾發表政治性言論的權利²⁷⁷，將導致政府抹煞不同聲音的疑慮，剝奪其表達意見權利，進而利用法律條文管制公民參與言論，透過隱瞞批評意見與訊息來操縱參與民主政治的選民只看到政府良善的一面，無法促成公眾事務之討論，打擊到民主政治正當性的公民主審議過程²⁷⁸，最後造成選舉結果的嚴重不利益。

而法條的要件係散布謠言或不實之事而造成損害，換句話說，法條所課予的義務乃讓行為人在確認其所發布的事項或訊息為真實的情況下與需盡到調查義務才免於刑責。亦言之，在散布者接收到了有關選舉事務不實訊息的當下，如果要避免再行轉述的時候受到管制假訊息規範之刑罰制裁效果，就必須對於接收到的資訊調查真實性與否，不過在進行資訊調查之時，亦無需做到完全查證此訊息之真實²⁷⁹，若在發布不實訊息的同時能夠盡到確信其真實的合理查證義務即可。

惟在現今網路資訊發達的情況下，尤其是選舉或罷免的政治性活動期間，社會大眾每天被揭露的資訊繁如星斗，面對巨量的消息如果都需要去盡到查證義務才能避免散布不實訊息的話，難以促進公眾事務的討論；再者，對於有志於參與政治性活動者而言，係已踏入了公眾事務領域的一環，自然有被社會大

²⁷⁶ 許恒達，同註 138，頁 241。

²⁷⁷ 許恒達，同註 138，頁 242。

²⁷⁸ 劉靜怡，同註 97，頁 58-59。

²⁷⁹ 例如，隨時掌握候選人動態或調查候選人之言行舉止，此種查證方法雖可完全確認散布者所接收到的訊息是否真與候選人或被罷免者相符合，惟恐因勞力與時間成本極高，亦有可能侵犯到候選人之一般行動自由或憲法概括基本權底下之隱私權，故現實層面上並不可行。參照自許恒達，同註 138，頁 242。

眾檢視其參與政治性事物的過程中有無違背其言行舉止。對於選民來說，選舉必須得到一切資訊才能充分判斷，其係對選舉人或被罷免者有資訊請求權，故若對其管制將破壞公眾對於知的權利²⁸⁰。況且，人民的政治性言論多為可受公評之事，也牽涉政策討論，為民主法治國家運作的根本，故對涉及政治性言論的管制應低於其他類型之言論或是不被管制。

第二目 管制政治性言論之合憲說

處罰散布者是否就能夠阻止關於選舉事務不實訊息之散布，而有助於選舉結果之公正性？就以立法者選擇了刑罰管制禁止人民散布有關政治性言論之訊息，從散布者角度與假訊息態樣有幾種情況：

首先，在選舉或罷免事務進行期間，除了投票行為與程序本身，例如散布錯誤資訊的投票時間或投票地點，讓投票權人無法行使其投票權利²⁸¹，而選舉事務進行期間亦應包含競選經費、政見宣導、競選廣告、政見辯論等行為²⁸²，皆有可能為了讓選舉結果之不公平而散布錯誤資訊給社會大眾，讓其無法依照傳統政治性言論之主張，對於公共政策有理性討論之空間，競選程序也會因為假訊息之影響而邁入負面操作、網路平台之政治權力導向，而使網路平台言論因選舉立場之不同而分裂成各自的同溫層，無法促使其進行言論自由市場之互動²⁸³。

況且，亦有論者認為，選舉事務的本質性在於透過選票機制與發送選舉公報等行為，可以使公眾去對於候選人或被罷免者做出基本上的理解與判斷投票意向，當散布者對於候選人或被罷免者散布選舉事務相關之不實訊息或是更甚者將非關選舉事務亦一同散布於眾。例如散布候選人在大學時期有交往過很多對象，惟此種不實訊息雖與選舉事務無關，無助於公眾對候選人是否能夠勝任

²⁸⁰ 許恒達，同註 138，頁 241。

²⁸¹ 參考蘇慧婕之發言，同註 19，頁 77。

²⁸² 蘇慧婕，同註 275，頁 45。

²⁸³ 蘇慧婕，同註 275，頁 44。

職位有所幫助，不過散布此種不實訊息將會影響到其社會觀感，因個人的名譽建立係經過長時間的努力取得大眾對其個人品德、能力或智識等評價²⁸⁴，若對候選人散布減損其聲望或評價之不實訊息，一旦公開將亦有可能導致候選人無法勝利當選或進行公正客觀之選舉²⁸⁵。

若僅因為散布者發布無關選舉事務之不實訊息，而導致其社會評價之減損無法當選，故會認為此種在選舉或被罷免期間所散布之不實訊息有被管制的可能性。再者，現今大部分的社會大眾在發表言論的管道會藉由社群媒體表達其看法與理念，人人形成「自媒體」而能有效的影響同溫層內相同意見之群體，當發表言論者對於選舉期間的候選人或被罷免者，散布關於候選人或被罷免者影響其政治性活動的不實訊息時，將導致候選人或被罷免者外在社會觀感之減損，而可能使其無法當選，選舉結果將無法透過人民選票公正的實現，在這種情況下，立法者設計了此兩則條文來管制人民高價值的政治性言論，限制其不得散布不實訊息應該被認可²⁸⁶。

綜上所述，就本兩則條文立法目的觀之，係應避免投票權人在決策過程中因太多不實資訊而造成混亂，並且能夠確保人民真正的透過投票制度達到民主程序治理之過程，讓其結果不受假訊息影響，故此兩則條文應可通過目的適當性²⁸⁷。且為了保護散布者之言論自由，現今法院實務多引用刑法第310條第3項之「合理查證原則」，儘管散布者進行轉述或散布之不實訊息，而可能減損其名聲，只要散布者依其所提之證據資料，能促進選舉事務之相關討論，且有相當理由確信其為真實，就依其法律效果而為不罰²⁸⁸。只有在行為人明知為不實事項或出於重大過失未經查證而散布或轉述，才具有意圖散布謠言或傳播不實

²⁸⁴ 蔡蕙芳，同註159，頁174。

²⁸⁵ 許恒達，同註138，頁241。

²⁸⁶ 許恒達，同註138，頁241。

²⁸⁷ Clay Calvert, Stephanie McNeff, Austin Vining & Sebastian Zarate, Fake News and the First Amendment: Reconciling a Disconnect between Theory and Doctrine, 86 U. Cin. L. Rev., 109 (2018).

²⁸⁸ 蔡蕙芳，同註159，頁174。

內容之惡意，而使選舉事務無法得出公正之結果²⁸⁹。故應可認為立法者對此具有手段衡平性，而得以保障政治性言論之言論自由。

第三目 本文見解

對此，本文認為，關於公務人員選舉罷免法以及總統副總統選舉罷免法管制假訊息之規範，禁止人民在選舉或罷免期間進行以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，立法者運用法律規範管制人民散布政治性言論，以刑罰制裁規範效果對散布者進行人身自由或財產權之限制，以達維護選舉公正性結果，應肯認本兩則條文之保護法益符合規範目的。

具體而言，依照高價值言論之嚴格審查標準，就國家管制之標準，維持公正之民主選舉秩序與公民投票權之行使而為民主制度之核心，乃立法目的應係追求特別重要之公共利益²⁹⁰。理由在於現今網路平台演算法之運作下，各種立場之選民與支持者會對其喜好之言論點讚、分享或是進行散布，這些足跡皆會被運用在不斷重複與自己立場相同的新聞或言論，為了避免人民被假訊息所掩蓋真相與欺瞞，而使得投票行為遭受類似於脅迫或詐欺手法壓迫其投票意願自由，故應優先於言論自由所保障²⁹¹。故本文認為，對選舉期間進行人民言論自由之事後懲罰，可以通過合目的性之合憲性解釋。

雖在目的與手段雖具有關聯性，惟仍是否為侵害人民言論自由之最小侵害性，在之後的 *Minnesota Voters Alliance v. Mansky* 案中，最高法院推翻了上述關於一律禁止政治性言論之立場，而認為應表明區分何種類型係屬政治性言論，而法規中禁止政治言論之用語會造成不一樣的解釋，而使非政治性言論亦將受到管制，故必須從法規上區分或知悉其言論類型²⁹²。故在我國對於管制散布政治性言論之假訊息，應明確限定在投票行為、程序本身或是與選舉事務進行期

²⁸⁹ 參照司法院大法官釋字第 509 解釋蘇俊雄大法官協同意見書。

²⁹⁰ *Burson v. Freeman*, 504 U.S., 198-199 (Kennedy, J., concurring)

²⁹¹ *Id.* at 211.

²⁹² *Minnesota Voters Alliance v. Mansky*, 585 U.S., 9-12 (2018).

間包含競選經費、政見宣導、競選廣告、政見辯論等行為，而非泛指「影響當選與否或罷免與否」之言論訊息，而無法通過管制手段之最小侵害性。且在現有之司法機制上，亦難以解決選舉期間迫在眉睫之假訊息散布，若要等到法院判決出來，顯得曠日費時而難以有效管制。

最後，國家除了立法管制外，亦應建立其他管道以利選舉事務期間之相關查證或澄清專區，以更多言論來避免選舉人或被罷免人被行為人所散布之不實訊息而影響到選舉期間之社會名譽，導致造成選舉結果之不利益²⁹³。例如，上網發布選舉事務相關新聞、行政院或相關網站建立公告或查清新聞；亦可「台灣事實查核中心」對選舉事務有無相關查證報告；藉由媒體自律使網路平台業者對若有超過一定金額藉由商業廣告利益發布政治性言論者亦得公開之²⁹⁴，讓選民檢視而能做出更正確之投票行為。

第二款 一般性法益之刑罰合憲性

在前述本文已經論及刑法第 309 條公然侮辱罪與第 310 條誹謗罪乃屬於低價值言論，管制散布假訊息之一般性法益假訊息規範，屬於妨害名譽罪之類別，其保護法益乃指名譽權，依照司法院大法官解釋第 656 號解釋理由書意旨：「名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第二十二條所保障。」，其雖未明文規範在憲法條文中，仍應受肯定為憲法上之基本權。若係管制假訊息於妨害名譽罪之適用，首先其非關於政治性言論，故依照雙階理論將其分類為低價值言論，應其非關「公意形成、真理發現或信仰表達²⁹⁵」所具有促進個人自我實現之言論價值，運用目的正當性與是否為最小侵害手段，本文就此規範所採取之合憲性解釋審查標準係應依合理審查標

²⁹³ Clay Calvert, *supra* note 287, at 116-117.

²⁹⁴ 美國 2019 年國會針對線上付費政治廣告，提出「誠信廣告法草案」(Honest Ads Act)，強制揭露線上付費訊息之刊播者、出資者姓名、課與網路平台業者留存與公開網路政治付費訊息義務，以公開資金與資訊流足跡之方式，提升選民識讀能力，落實現行選舉法制，防止境內/外政府或利益團體，干預公共輿論之形塑，影響選舉過程及結果。Opinion: Why America needs a strong Honest Ads Act, The Mercury News (2020), From:

<https://www.mercurynews.com/2020/08/21/ravel-oped/>. (Last visited: 2021.06.01)

²⁹⁵ 參照司法院大法官解釋第 414 號解釋與第 794 號解釋意旨。

準，僅需具備係要求目的須追求一般合理正當之利益，手段與目的須具有實質關聯性即可。

第一目 公然侮辱罪之合憲性解釋

首先，刑法第 309 條第 1 項係處罰人民之發表侮辱性的不實言論，係屬對於人民言論內容的限制，而其仍在言論自由之保障範圍內，屬於低價值言論，只要目的乃為正當之公共利益，管制手段與目的具有合理正當之關聯即可。刑法公然侮辱罪所保護的乃是被害人之人格、名譽等，固然屬於重要法益，但侮辱性語言的危害輕重本來就有所區別，且本罪之行為係以抽象謾罵，其法律概念難以具體明確，被害人對於他人不實言語傷害之反應及忍受度亦有所不同，公然侮辱之不實言論是否皆會造成與被害人之人格、名譽法益，具有直接或明顯的侵害，現今尚難依照刑法學說與實務訂立出一個穩定且公認的標準，且其適用結果亦未精確衡量名譽保護與言論自由保障之間的關聯性，尤其未具體於個案中衡量「合理評論原則」²⁹⁶，造成侮辱罪的有罪判決帶來言論自由不符合比例原則的基本權干預²⁹⁷。

故就公然侮辱罪是否通過合乎刑法法益之目的正當性，若將公然侮辱罪之保護法益認定為個人名譽感情或尊重請求權說，對於個人主觀感受因人而異²⁹⁸，欲建立審判實務上之客觀標準殊有困難，而無法定性法益限縮刑罰權之機能²⁹⁹，應不得將此種個人感情以國家刑罰制裁之³⁰⁰。故妨害名譽罪之保護法益

²⁹⁶ 刑法第 311 條第 3 項之規定：「以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰：對於可受公評之事，而為適當之評論者。」；參照臺灣高等法院 105 年度上易字第 1940 號判決意旨：「我國刑法第 310 條之誹謗罪所規範者，僅為『事實陳述』，不包括針對特定事項，依個人價值判斷所提出之主觀意見、評論或批判，此種意見表達應屬同法第 311 條第 3 款所定之免責事項，亦即所謂『合理評論原則』之範疇。易言之，憲法對於『事實陳述』之言論，係透過『實質惡意原則』予以保障，對於『意見表達』之言論，則以『合理評論原則』為標準，以『善意發表言論，對於可受公評之事為適當評論』之事由，賦與絕對保障，合先指明。」

²⁹⁷ 相同見解認為本罪有違反憲法第 23 條比例原則之適用，參照自林慈偉，公然侮辱罪於我國裁判實務之新開展，檢察新論，第 19 期，頁 246，2016 年 1 月。

²⁹⁸ 陳子平，同註 162，頁 317-320。

²⁹⁹ 許恒達，同註 232，頁 135。

³⁰⁰ 司法院大法官釋字第 791 號解釋文意旨：「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

非為前述所列舉之「非常重大的公共利益」、「重大的公共利益」或「正當的公共利益」，無法作為法益之概念而通過保護目的之合憲性解釋之；而其處罰手段上也非絕對必要，蓋政府對於私人間互相辱罵之言語不實傷害之侵權行為，如似擬予刑事法予以處罰，雖屬國家之立法政策裁量，若欲對言論內容的限制，應審查其合憲性，以免國家假保護之名造成寒蟬效應，故就國家管制之標準，除非目的應係追求特別重要之公共利益，如為避免明顯而立即之危險、或為避免對他人造成直接、立即及難以回復之危害等³⁰¹，且其限制手段係屬為達成上述立法目的所不可或缺之必要手段，始符合憲法第 23 條所定比例原則。惟若被害人對於他人之不實言論之侮辱行為仍有透過其他手段予以保護與制裁之可能，並且在民事上亦有民法第 195 條關於人格權的請求權基礎而得以賠償救濟賠償，基於刑法最後手段性原則，應無必要再以刑法予以處罰。

第二目 誹謗罪之合憲性解釋

關於妨害名譽罪的另一則條文，刑法第 310 條誹謗罪之立法，前述有談及此條文之立法結構，在構成要件上係以指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，而主觀上係有散布於眾之意圖與故意，其保護法益亦為憲法第 22 條保護名譽權之法益，故本條係屬對於人民言論內容的限制，散布關於不實之事實仍在言論自由之保障範圍內，屬於低價值言論，只要目的乃為正當之公共利益，管制手段與目的具有合理正當之關聯即可。

此種名譽法益本身係人類社會生活中所創造出來的群體認同而做成的評價，其與公眾意見有著相互關連性³⁰²，若散布假訊息之行為影響到了被害人的名譽法益，將造成公眾知悉其名譽權之混淆而危及其社會名譽³⁰³。不過如果行為人所散布之對象與事實僅屬於私人間之權利義務關係，例如個人私生活領域

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。」

³⁰¹ 參照司法院大法官解釋第 445 號解釋與第 744 號解釋意旨。

³⁰² 蔡蕙芳，同註 159，頁 173。

³⁰³ 許恒達，同註 138，頁 239。

範圍內，與人品、道德、修養等相關的價值評斷³⁰⁴，立法者在此管制其散布之行為係屬合理，因對私人生活領域皆有保密之空間，不若其他公眾人物需有被檢視之要求，大眾對此亦無知的權利。

若涉及的對象連結到與公共利益相關聯之事務或行為客體，依照司法院大法官釋字第 509 號解釋意旨³⁰⁵，該散布者僅為喚起公眾對該對象之監督與關注，並未有真實惡意使其社會名譽減損，或縱使所傳述、散布之言論不實，依照刑法第 310 條第 3 項排除其刑事責任³⁰⁶，似與前揭介紹美國法上之「真實惡意原則」有異曲同工之妙，其他國家亦有刑事管制與民事賠償機制互相共存，始立法者在保障名譽權與刑事法管制言論自由中間取得平衡³⁰⁷，符合目的與手段具有關聯性而為最小侵害手段。

第三款 商業性言論之假訊息規範

第一目 商業性言論之實務演變

首先，在論及商業性言論(Commercial speech)，因商業性言論近年來已經從低價值言論以合理審查標準，多數實務改變為中度審查標準，故在散布介於高價值言論與低價值言論之商業性言論時，本文將商業性言論提出於低價值言論討論，以彰顯其在實務上之重要性，故會討論公平交易法第 24 條與第 37 條、刑法第 251 條以及刑法第 313 條，為維護商業競爭、金融以及財務信用秩序之商業性言論，上述幾則條文對散布不實資訊、流言設有刑事處罰規定。例如：刑法第 251 條規定「意圖影響第一項物品之交易價格，而散布不實資訊者，處

³⁰⁴ 參照臺灣高等法院 103 年度上易字第 2117 號刑事判決。

³⁰⁵ 司法院大法官釋字第 509 號解釋理由書意旨：「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，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。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牴觸。」

³⁰⁶ 劉靜怡，言論自由、誹謗罪與名譽權之保護，月旦法學教室，第 37 期，頁 41，2005 年 11 月。

³⁰⁷ 法治斌，保障言論自由的遲來正義，評司法院大法官釋字第 509 號解釋，法治國家與表意自由：憲法專論(三)，頁 296-298，2003 年 5 月。

二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。」、刑法第 313 條規定「散布流言或以詐術損害他人之信用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。」、公平交易法第 24 條規定「事業不得為競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事。」

關於商業性價值言論最主要的討論內容在於此種言論係在保護私人間的金融利益交換或是公司間的財務信用關係，若行為人以散布假訊息為手段攻擊此種金融秩序而破壞了金融活動，此種行為背後所牽涉到的金融法益干擾將對為數不少的金融公司事業產生損害，造成金融秩序的動盪不安，進一步干擾到自由經濟市場。故在散布此類假訊息時能否以保護金融或商業秩序法益為由而管制人民言論自由之權利，乃本文在第三章以下所要討論之重點。在先前的釋憲實務中，商業性言論並非規範在憲法上言論自由基本權所保護之領域範圍，一直到司法院大法官釋字第 414 號解釋，實務才開始承認該案的「藥物廣告」是屬於「商業性言論」，受到憲法第 11 條言論自由基本權之保障³⁰⁸。不過，在該號解釋當中，大法官依照言論自由中的雙階理論將其歸類在屬於低價值言論的部分，其認為商業性言論乃是「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」，不過大法官又在理由書後段提到說「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」，故其對該解釋中所審查之標的關於商業性言論的規範是否合憲的爭議，採取比較寬鬆的審查基準³⁰⁹。

而在接續的司法院大法官釋字第 577 號解釋進一步闡明了商業性言論之界限：「商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽

³⁰⁸ 司法院大法官釋字第 414 號解釋理由書提到：「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。」

³⁰⁹ 劉靜怡，事前審查所為何事？—釋字第七四四號解釋簡評，月旦法學雜誌，第 267 期，頁 197，2017 年 8 月。

不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第十一條言論自由保障之範圍，業經本院釋字第四一四號解釋所肯認。」不過本案之審查標準乃改採於類似美國適用之中度審查基準³¹⁰，其在理由書中提到：「惟國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或為增進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊。」故可認為商業性言論不同於以往實務將其定位為低價值言論適用寬鬆審查標準，提升到現今可將其歸類適用在中度審查基準。

惟在釋字第 744 號解釋中，大法官又改變商業性言論之審查標準，認為商業性言論就國家的事前審查標準，應適用嚴格審查基準，在除非「係為避免人民生命、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。」決定其是否合憲。

不過，最近期關於限制商業性言論為司法院大法官釋字第 794 號解釋，其審查標準亦同於釋字第 577 號解釋，以中度審查基準作為判斷標準，理由書中提及：「查菸害防制法第 1 條前段規定：『為防制菸害，維護國民健康，特制定本法』，故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

³¹⁰ 中度審查基準則要求立法目的需追求「實質或重要政府利益」，手段與目的間需具備「實質關連性」始足當之，參許宗力，同註 240，頁 139。

意旨尚無違背。」

綜上所述，除了釋字第 744 號解釋將限制化妝品廣告之言論以嚴格審查基準，目前應可認為商業性言論之適用乃中度審查基準，在立法目的需追求「實質或重要政府利益」，手段與目的間需具備「實質關連性」始足當之。

第二目 商業性言論之定性

雖然我國將商業性言論定調適用於中度審查基準，不過到底何謂商業性言論？目前實務多數大法官解釋意旨之審查標的皆為廣告性言論居多，而無明顯關於商業性言論之定義，參照釋字第 794 號解釋意旨：「系爭規定一所稱之『商業』宣傳、促銷、建議或行動，應係指菸品『廣告』或其他菸品促銷之行為，亦即直接或間接具推銷或促進菸品使用之效果，以求獲得菸品銷售財產利益之經濟活動。此類經濟活動固多以獲得經濟利益為直接目的，然立法者為避免菸品業者以非典型廣告之方式而間接達到與菸品廣告相類似之促銷菸品效果，因此在此系爭規定一明定『其直接或間接之目的或效果在於對不特定之消費者推銷或促進菸品使用』者，均屬於菸品廣告。是受規範者應可理解系爭規定一所稱『商業』宣傳等行為，即指為獲取經濟利益之各該行為。」

上述之解釋似將商業性言論定義為獲取經濟利益之言論，而學說上亦有相同見解，將其定義為「凡是宣傳或推廣某種商品或服務的言論，而其目的在『直接』刺激該項物品或服務的交易，以獲取商業利益者，均是所謂的『商業性言論』。³¹¹」在美國法上對於商業性言論之定義也喋喋不休，最後根據「Bolger v. Young's Drug Products Corp.³¹²」法院引用了「Virginia State Board of

³¹¹ 僅參閱林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊，第 2 卷第 8 期，1987 年 12 月，頁 25；吳庚、陳淳文，同註 23，頁 226。

³¹² Bolger v. Youngs Drug Products Co., 463 U.S. 60 (1983)

Pharmacy³¹³」案法院之定義，將其定性為「提出商業性交易之言論³¹⁴」。而在此本文將有關管制商業性交易言論之法規範，其所保護法亦乃屬重要之公共利益，依照中度審查標準，只要目的正當，手段具有實質關聯，即可限制人民對此散布商業性交易假訊息之言論自由。故以下將依照上述關於商業性言論之定義，歸納出現行法規中係屬於管制假訊息之商業性言論規範之刑罰效果，而依照前述關於刑罰規範之合憲性解釋審查基準，先討論關於散布商業性假訊息言論是否符合法益概念而通過規範目的審查之「實質或重要公共利益」，再去依照上述審查商業性言論之中度審查基準，討論管制手段與目的間是否具備「實質關連性」。

本文在此歸納出之法律規範，第一係刑法第 313 條妨害信用罪，此罪所規範者乃行為人散布不實訊息影響被害人之商業名譽而造成其經濟結果有不利益之產生時，將以本條管制行為人散布關於不實言論之商業利益；第二係公平交易法第 24 條連結到第 37 條之妨害事業競爭罪，此罪亦因行為人散布不實訊息而損害被害人之營業信譽；第三係刑法第 251 條關於不法囤積物品藉此哄抬價格而牟取利益之法條，其也係因行為人散布不實訊息而影響到交易價格，促使經濟市場供需不平衡。綜上所述，上述法規範定義為商業性言論基本權乃在於金融市場秩序、金融機構的信用關係或民生市場的交易秩序等等，接下來將檢視其是否得做為管制商業性言論之法規範。

第三目 商業性言論之刑罰合憲性解釋

在管制散布相關不實之商業性言論是否符合刑法保護規範意旨？在市場經濟的運作下，追逐經濟活動及獲得最大利益化乃交易雙方或市場參與者所欲追

³¹³ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U.S. 748 (1976). 本判決提到，商業性言論並非完全不受第一和第十四修正案的保護，廣告商在商業廣告中的利益純粹是經濟利益，並不會使他失去受到第一和第十四修正案保護的資格。個人消費者和整個社會都可能對商業訊息的自由流動有著濃厚的興趣。不能以國家維護其執業藥劑師專業水平的利益為由，禁止對處方藥價格進行廣告宣傳；國家可以自由地要求其藥劑師達到它希望的任何專業標準，並可以補貼他們或以其他方式保護他們免受競爭，但它不能通過讓公眾無視競爭藥劑師提供的合法條件來做到這一點。

³¹⁴ “Propose a commercial transaction”

求的目標，在以經濟利益作為前提下，散布不實資訊與言論而使消費者或競爭者受到資訊不對等的利益衝突，似也無可奈何，畢竟在市場經濟下，誰掌握了優勢資訊就能獲得更多的利益，故若對散布不實言論之商業性活動禁止與管制，將會使商業經濟活動停滯而窒礙難行。

舉例來說，在刑法第 339 條關於詐欺罪構成要件，其所保護法益為相對人的整體財產利益，而行為人之手段需先施用詐術讓陷於錯誤而被害人交付財物造成財產損害。就此條文發現到說，在行為人施用詐術的情形，必須是隱瞞交易上重要的資訊及反於外在客觀真實或內在主觀真實，並且具有「財產的風險性」，像是明確告知虛偽事實（告知某贗品骨董為真品），或未直接告知，但偽造與交易有關資料（改價格標籤），或者是行為人對他人財產負有保護責任，而應主動提供正確資訊卻未提供，在他人陷於資訊缺乏之狀態下取得財產，不過如果只是一般的說謊行為，但欠缺財產的風險屬性，如單純評價、意見表達或讚美等價值判斷無關詐術則至多只是詐欺的預備行為³¹⁵。據此，本條文亦在維護經濟交易往來的安全，而管制行為人施用詐術的重點在於行為人與被害人之間有交易上的重要資訊落差，如果對於此種資訊上的落差交易相對人應該負擔自我負責或蒐集資訊的義務的話，其就對資訊內容亦具有一定程度的理解與知悉，不能一律將侵害法益的危險，推給行為人所散布之不實商業性或經濟性言論內容³¹⁶。

故若除非其規範保護法益，行為人侵害了這個法益已經造成「實質或重要的公共利益」或是在特定商業領域範圍內行為人具有控制或掌握資訊揭露的權力，讓交易相對者無法對於散布不實言論者有「真實請求權」³¹⁷，本文認為，交易相對人或從事商業經濟活動者自己必須去對所欲進行之商業活動或購買的相關產品掌握該交易內容，不能對行為人所散布之不實訊息全盤接收而毫無作

³¹⁵ 古承宗，刑法分則：財產犯罪篇，三民，修訂 2 版，頁 240，2020 年 9 月。

³¹⁶ 許恒達，同註 138，頁 241。

³¹⁷ 許恒達，同註 138，頁 241。

為。

一、妨害信用罪：

首先在刑法第 313 條妨害信用罪之適用，本罪乃是行為人散布影響他人商業名譽之假訊息而妨害其商業名譽，導致支付能力或商業利益受有損害，保護法益為個人的財產支付能力³¹⁸而相對管制到行為人散布商業性言論之基本權。就此而言，在個人財產支付能力之部分，考量到只有在需要其支付能力之相關訊息時，交易相對人才具有真實資訊請求權或資訊揭露義務，故其保護法益並不能作為具有「實質或重要公共利益」。

況且，交易相對人在與其接觸而被散布之不實訊息侵害到其財產信用能力時，目前對此有建立財務信用制度而讓交易相對人取得資訊管道，例如我國透過財團法人金融聯合徵信中心，建置全國性信用資料庫，以提供經濟主體信用紀錄及營運財務資訊予會員機構查詢利用，確保信用交易安全，以讓受理當事人查詢信用報告服務。再者，關於妨害他人商業名譽之部分，前述整理之實務判決上，本條罪之適用多用於商業主體間散布不實訊息而影響到其商業名譽，導致受有經濟上的損害，本文認為，商業名譽難以認定其價值損害且亦屬於誹謗罪所欲保護之名譽法益上一環，透過社會評價制度所建立，並無需在刑法特別增加此項條文，可以回歸一般性的妨害名譽罪之適用。

故針對上述兩種刑法第 313 條妨害信用罪之保護法益，並無法符合刑法所欲保護之法益概念而通過規範目的審查，具有商業性言論所欲保護之「實質或重要公共利益」，而管制手段乃判處人身自由監禁之自由刑或侵害財產權之罰金刑，若要對管制行為人散布商業性言論之假訊息，本文認為其與目的間並不具

³¹⁸ 參照臺灣高等法院 103 年度上易字第 1181 號判決、臺灣高等法院 103 年度上訴字第 1399 號判決等判決皆有所指：「刑法第 313 條妨害信用罪所欲保護之法益乃被害人之信用，即經濟上評價，諸如自然人或法人在經濟活動中之給付或支付能力；該罪之成立，行為人主觀上須有損害他人信用之故意，客觀上須有散布流言或使用詐術之行為，且係對於他人之信用而為之，造成他人之信用因此有受損害之虞。準此，客觀上尚須行為人之行為足以詆毀該自然人或法人在經濟活動中之給付或支付能力或足以影響社會對被害人之客觀評價，始成立該罪。」

備「實質關連性」，透過建立信用澄清資訊系統、登報回復名譽之道歉、或是支付被害者關於妨害商業名譽之賠償金，遠優於對行為人施以刑罰，故亦不符合最小侵害手段。

二、公平交易法：

第二，係公平交易法第 24 條連結到第 37 條之妨害事業競爭罪。依照先前之檢視標準，首先確認公平交易法之保護法益，在行為人散布不實訊息而影響到被害者之營業信譽，造成營業額的減損，故可認為本罪亦在保護特定商業利益之歸屬³¹⁹，與公共利益之關聯相對並無較強之連結性。再者，消費者在從事交易時，若受到行為人所散布之不實訊息而影響到其消費意願，造成他方商業主體之利益減損，就商業利益市場至此由國家進行管制其行為，會造成商業經濟活動窒礙難行，若以自由經濟市場之角度，透過更多的客觀事實評論來建立商業名譽，讓商業主體間之優劣將會被市場機制做篩選，故管制其商業競爭之立法政策可能會有違憲之虞。

不過本文先從保護法益具體闡述，就公平交易法第 1 條立法目的觀之，其核心在於維持市場上的交易秩序與保障相對消費者利益，並確保市場上每一位商業主體皆能自由的公平競爭，促進國家經濟發展與安定。故商業主體在為了營業利益、商業目的而為散布假訊息之行為，以此作為攻擊具有共同消費者市場之相對商業主體，出於競爭之目的而欲造成其減損名譽，並進而使營業額減損，破壞交易市場之公平性。公平交易法第 24 條作為管制行為人散布商業性言論之假訊息，應認為對其管制合乎目的正當性，且本條係以中度審查基準，故僅在保護法益為重要之公共利益為已足。

商業性名譽法益涉及了保護自由市場之概念，畢竟就現階段經濟市場大多數由資本主義所涵括，在這種體系下之經濟交易活動，其產品和服務的生產及銷售完全由自由市場的自由價格所控制，根據商業主體所提供之資訊有助於消

³¹⁹ 許恒達，同註 138，頁 242。

費者選擇合適性之產品而終將物競天擇，留下口碑良好質量亦較優之產品，若其它事業欲扳倒而散布對優良事業之不實訊息，造成侵害其商業名譽而造成商業利益之損害，根據現今資訊流通且開放市場競爭之效果³²⁰，劣幣終將無法驅逐良幣，而難以透過更多言論來彌補行為人散布侵害商業名譽之不實訊息，造成潛在消費者對受損名譽之店家降低消費意願，對於已經造成之商業利益亦無法回復估計，故對其管制應屬合目的正當性要求。在商業競爭秩序下應可對言論自由做出管制，而每個消費者亦對商業性言論具有請求商業主體資訊揭露之義務，才能做出公平選擇，而在市場資訊極度不對稱之情形³²¹或者是干擾的是具有實質重要利益之商業性保護法益，以法律規範之刑罰效果處罰，符合最小侵害手段。

三、不法囤積物品罪：

第三，則是刑法第 251 條關於不法囤積物品藉此哄抬價格而牟取利益之法條。上述罪名乃在於民生必需品，根據真實資訊請求權之思考，行為人若散布此種不實訊息，對於一般消費者而言，難以藉由其他通路對不實訊息查證，民生必需品與製造數量、通路間如何擬定價格、分配店家進貨數量、總共銷售數量有無短缺之疑慮等等³²²，這些資訊牽涉到社會生活之共同重要利益，尤其是在現今流行傳染疾病嚴重影響之當道，行為人只要散布有關民生必需品或原物料短缺之消息，必定會造成人民恐慌與不安，侵害到社會法益，故在管制目的適當性上，應肯認為本條規範符合法益保護正當性，而通過規範目的。

第四款 其它低價值言論之假訊息規範

第一目 低價值言論之概念

最後將目標放在低價值言論之假訊息規範結構，在這個面向中，本文所依

³²⁰ 陳乃瑄，內容虛偽不實或具誤導性之商業性言論之違憲審查，清華大學科技法律研究所學位論文，2012 年，頁 45。

³²¹ 楊忠霖，競爭法與經濟管制，公平交易季刊，第 26 卷第 1 期，107 年 1 月，頁 3。

³²² 許恒達，同註 138，頁 244。

據著乃是散布不實訊息之謾罵、詆毀、仇恨、歧視或恐嚇威脅等等之低價值言論³²³，這些言論通常並不會具有一定價值或意義的言論或者是沒有內涵的表達，故相對於具有民主政治性之高價值言論，此類言論被列為低價值言論³²⁴，若對其立法管制只需具有合理審查基準且立法者追求乃是「合法利益」，目的審查手段與目的間有「一定合理關聯」，即認為系爭規範具推定為合憲³²⁵。

第二目 低價值言論之刑罰合憲性解釋

一、傳染病防治法與嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例：

首先，討論的是關於傳染病之防治，傳染病防治法第 63 條及嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 14 條之規定。細譯本條規定與立法目的，其保護法益乃是國民身體健康法益，因行為人若散布關於疫情的不實訊息與謠言，對社會秩序或是傳染病防治的控管帶來嚴重的影響及干擾，整個社會將會人心不安³²⁶。更甚者，將瓦解防疫制度機能，因行為人散布此種假訊息勢必會混淆民眾對於行政機關建立之防疫機制，造成防疫產生缺口。畢竟此種防疫機能係依靠著人民對於行政機關所建立的信賴資可運作³²⁷，且根據前述有關「資訊揭露」之原則，若行為人散布關於疫情或病毒的資訊的不實訊息，人民對於疾病傳染相關防疫知識較為欠缺，且亦難以從行為人發布之貼文、在群組中散布之訊息或農場文章清楚的理解到其所散布者乃是不實的疫情訊息。例如，關於施打疫苗會引起癌症等等。

不過，本條規定所謂散布疫情的資訊過於寬廣，除了主管機關所公佈的疫情資訊外，其他有關於疫情資訊的披露在其認定下，皆有可能被認為散布不實訊息。例如疫調公布的足跡若不一致是否為假訊息？確診人數與公布數據的差

³²³ 吳庚、陳淳文，同註 23，頁 211。

³²⁴ 劉靜怡，同註 91，頁 44。

³²⁵ 美國實務上亦有對低價值言論進行個案權衡之「類型化利益衡量模式」，就個案上所牽涉的是何種言論觀點與利益，對其做出判斷而施以何種限制。參照劉靜怡，同註 91，頁 44。

³²⁶ 許恒達，同註 138，頁 237。

³²⁷ 許恒達，同註 138，頁 244。

異，多或少了幾個才算是「不實訊息」（更別提現今有校正回歸之統計）？又或是行政院長是否藉由疫苗來進行買賣股票？疫苗的數量與發配是否也會對民眾造成恐慌？對於疫苗是否須公布採購程序？國產疫苗到底是否經過合格的驗證程序？簡訊實聯制是否有侵害人民隱私權之虞³²⁸？而得以皆適用本兩則關於疫情期間所散布訊息，足以生損害於公眾而移送法辦。

故本文認為，對於行為人散布相關侵害到人民健康安全法益連結到公眾防疫制度機能的社會秩序法益，係符合刑法所保護之法益類型，況且依照前述德國法與美國法上的審查基準，將傳染病防治法之保護法益亦同於「非常重大的公共利益」，屬於集合型法益之國民健康法益，畢竟每個人民皆具有人身健康法益，都是潛在的保護客體³²⁹，而法規範藉此能管制行為人之言論自由權。

不過，本條規範所設計的構成要件係為「謠言」的內容，必須限縮言論之類型客體係關於防疫措施等涉及到保護法益，且是「有關嚴重特殊傳染性肺炎流行疫情」者，也一併限縮其處罰範圍。再者，從傳染病防治法之立法目的來看，必須是引發對於疫情的恐慌而影響防疫措施者，故並非所有提到疫苗、疾病或看似與疫情相關之言論，都屬於本條的處罰客體，或可藉由 Cass Sunstein 教授之類型化假訊息的架構，根據：(1)散布訊息者的主觀犯意狀態、(2)因散布訊息者的不實言論所可能造成的傷害、(3)此傷害發生的可能性、(4)散布不實訊息所造成的危害是否具有立即性、傷害將會發生的時機點³³⁰？作為判斷散布關於疫情之言論是否會造成傷害及傷害之影響程度。畢竟有效的限縮處罰範圍與客體，才能最大化的保障言論自由，且此乃公共施政措施之議題，對於公共事務的看法提出合理的事實陳述與意見評價也是在言論自由的合理範圍內，在民主國家亦應如政治性言論一般受到尊重，如對於防疫措施之政策有不同意見

³²⁸ 台權會：簡訊實聯制遭質疑政府勿壓制公共討論，中央通訊社，2021 年 5 月 24 日，網址：<https://www.cna.com.tw/amp/news/aip/202105240046.aspx>，最後瀏覽日：2021 年 6 月 2 日。

³²⁹ 許恒達，同註 232，頁 147。

³³⁰ Cass Sunstein, *supra* note 32, at 12-17.

者，皆可以透過理性談話與辯論而使真相越辯越明，或是由政府進行事實真相說明與政策透明化，不能僅因質疑或散布關於疫情之訊息，就以此兩則條文之刑罰效果威嚇人民。否則，政府控制公共衛生系統以防禦疫情之美意，將偏向於打壓不同意見或禁止對於政策質疑之言論控制。

而傳染病防治法第 63 條管制手段係科處罰金，嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例係處罰自由刑與罰金刑，尚非無助於管制行為人散布假訊息，故依照合理審查標準，只要目的具有合理利益，手段與目的之間具有合理關聯，即可認定上述條文合憲性。

二、民用航空法：

再者，討論的是民用航空法第 105 條第 1 項，以及散布不實訊息後致生飛航危險或飛航器與機上人員法益之侵害，此類關於飛行安全之假訊息。行為人在散布此種飛航安全之假訊息，影響到的法益乃多數人的生命法益與健康身體法益，加上航空器損毀之財產法益，與此相似在刑法條文中有所規範者乃公共交通往來安全罪章，例如刑法第 184 條妨害舟車及航空機行駛安全罪、刑法第 185 條妨害公眾往來安全罪、第 185 條之 1 劫持交通工具之罪、第 185 條之 2 危害飛航安全或其設施罪。

上述條文之保護法益亦為規範多數使用交通工具人之生命身體法益安全，如果危害到此種社會法益干擾的話，造成事故與損害不可計量，行為人散布此種假訊息亦會造成交通往來安全風險提高，搭乘者亦難以掌握正確之飛行安全訊息，故將此種行為人散布之處罰具有法益之規範目的性，屬於「非常重大的公共利益」而為多數國民之生命身體法益加上交通往來安全法益之集合法益，故管制其言論自由權係屬合法之法規範目的。

不過，其規範目的與手段之間本文認為非有立法之必要，從刑法第 185 條之 2 危害飛航安全或其設施罪就可觀之。其法條構成要件為：「以強暴、脅迫或其他非法方法危害飛航安全或其設施者，處七年以下有期徒刑、拘役或九十萬

元以下罰金（第一項）。因而致航空器或其他設施毀損者，處三年以上十年以下有期徒刑（第二項）。因而致人於死者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑；致重傷者，處五年以上十二年以下有期徒刑（第三項）。第一項之未遂犯罰之（第四項）。」可以發現到說，第一項之其他非法方法亦可概括涵蓋到行為人若以散布危害飛行安全之不實訊息，其處罰手段與刑度亦遠高於民用航空法第105條，且第4項亦有針對行為人散布之手段僅達未遂階段，其處罰手段與包含範圍更完全。若法院裁判者或偵查機關起訴者所可適用之法條應回歸刑法第185條之2之適用，而無須再以民用航空法第105條規定之，避免司法者無所適從。

三、災害防救法：

三者，討論的是災害防救法在第41條第3項，散布有關災害之謠言或不實訊息。本條所保護之目的為人民生命、身體、財產安全之外，更有保護社會秩序之虞，與前述提及之規範相同，行為人若在災難發生期間散布影響救災或災害相關之訊息，社會上接收資訊之民眾難以藉由一般管道去知悉或查證是否有此類相關訊息，亦無法要求其具有資訊揭露義務，人民遇到對於災害救治之相關知識較為恐慌，且亦難以從行為人所發布之貼文或在群組中散布之訊息，查證到其所散布者乃是不實的疫情訊息，通報到災害主管機關作出澄清專區亦需要一段時日，防止災害或其救治所講求者乃迅速有效之時間性，若讓人民再去按部就班的查證將難以有效防堵災害之發生與多數人民生命法益之維護。

故本文認為，對於行為人散布相關侵害到人民生命、安全法益連結到社會救助制度機能的社會秩序法益，係符合刑法所保護之法益類型，屬於「非常重大的公共利益」而為多數國民之生命身體法益，而能管制行為人之言論自由權，符合規範目的。其所適用之手段係限制人身自由與財產權之刑罰，符合手段與目的間之合理關聯性。並且在有導致多數人生命法益受侵害時，有處罰加重結果犯之規定。

四、陸海空軍刑法：

四者，討論的是陸海空軍刑法第 72 條。本條項主要的立法目的是在軍事上的士氣，依照低價值言論之審查基準為合理審查基準，只要立法者所追求的乃是合法利益並且手段與目的之間具有一定的關聯性存在即可合憲，惟軍事上的安全得否作為保護法益之標準？換句話說，本文一再強調審查刑罰規範的合憲性時，必須先依照法益的概念汰除無法進入規範目的審查之法律條文，而使其無庸淪落到比例原則之操作。本罪之立法僅在確保軍事上不受謠言或不實訊息所影響，立法理由也稱：「考量現今以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他傳播工具等傳播方式，同時或長期對社會多數之公眾發送訊息，傳送軍事上之謠言或不實資訊，較一般散布方式所生影響更鉅，嚴重影響軍心士氣，有加重處罰之必要，爰增訂第二項，明定加重處罰事由。」

不過，軍心士氣得否作為保護法益？現階段關於刑事法上的保護法益類型，除了刑法上有保護的個人法益之外，國家法益包括了國家主權安全，例如內亂罪、外患罪或洩漏國防秘密罪等等，社會法益則是有社會公共秩序、公共安全或經濟交易安全制度等等，軍事士氣亦不在上述保護法益範圍內，唯一能較為比擬的乃是現代國家為了控管風險所制訂出來的危險刑法，以抽象或概括來將傳統刑法上未包含到的國家安全或社會秩序等集合性法益作為保護對象³³¹。不過本文認為，此種將抽象危險犯的行為做為入罪化基礎，而無考量其實質損害或法益侵害與否，造成國家以此刑法作為管控人民之工具，忽略了保護法益與處罰的關聯性³³²，限制到人民擁有憲法的言論自由權利，不應該將軍事士氣等作為保護法益依據，而無法通過規範目的審查。

五、食品安全衛生管理法：

最後討論的是關於食品安全之食品安全衛生管理法第 46 條之 1，行為人有

³³¹ 王皇玉，同註 137，頁 27。

³³² 王皇玉，同註 137，頁 28。

散布有關食品安全之謠言或不實訊息，影響到購買食品之消費者或製造食品者。

首先，一般消費者對食品之安全、組成或製造過程皆無認識，吾人在超市選購食物商品時很少會去對食品做通盤性的認識，說不定連食品上面所貼示的品項標章都不屑一顧。故若行為人意圖散布關於食品安全之不實訊息，除了造成消費者對此項食品產生疑慮以外，更會造成製造者的商業利益減損，而無法透過市場篩選出最適合消費者之產品。

再者，本條之保護法益在於食品衛生安全與身體健康法益³³³，對於食品安全性，本文認為應該包含食品衛生管理、食品標示廣告、食品輸入管理、食品檢驗與其背後之查核管制，對其任何一道程序散布不實訊息皆有可能影響到食品安全之疑慮³³⁴。況且，按照先前資訊揭露之概念，消費者皆會對於食品安全有真實資訊請求權，若製造食品之商業主體影響力擴及至媒體、報章雜誌或社群媒體等相關管道，將認為其有壟斷食品市場之疑慮，而造成消費者無法藉由上述管道獲得真實資訊權利。

且在食品安全衛生管理法第 28 條亦有規定：「食品、食品添加物、食品用洗潔劑及經中央主管機關公告之食品器具、食品容器或包裝，其標示、宣傳或廣告，不得有不實、誇張或易生誤解之情形（第一項）。食品不得為醫療效能之標示、宣傳或廣告（第二項）。」皆一再表示食品上所涵蓋行為人製造的不實商業訊息，需要受到管制而避免民眾因不實、誇張或易生誤解之標示、宣傳或廣告內容，產生錯誤認識，危及身體健康³³⁵。故本文在此認為，食品安全衛生管理法第 46 條之 1 管制行為人散布食品安全之不實訊息，雖限制其言論自由，惟

³³³ 張麗卿，食安法第 46 條之 1 打擊假新聞犯罪之評析，月旦醫事法報告，第 37 期，2019 年 11 月，頁 71。

³³⁴ 不過張麗卿教授在文章中認為應依照食品安全衛生管理法第 3 條補充食品安全概念之定義，或直接修正第 46 條之 1 的規範內容，參照同前註，張麗卿，頁 72。不過本文認為食品安全乃人民生活必須品，生活中隨處皆可做為風險之來源，若不將食品安全納入行為人散布不實訊息之影響，而將有掛一漏萬的可能性存在。

³³⁵ 最高行政法院 108 年度判字第 530 號判決。

本條保護法益乃食品安全與人民健康法益，屬於實質或重要政府利益，而得以限制之，其手段以刑罰管制尚非有過苛之虞。

第五款 小結

懲罰散布假訊息的人以及任何規範言論的散布，都會產生寒蟬效應的效果，這是最真實且重要而貼近人民的感受。因為如果人們散布關於總統候選人的不實訊息，法律將追究他們的責任。不過可以肯定的是，如果選民以及候選人個人，沒有因這種不實訊息而受到傷害，那是件好事，但是該法律將阻止其他人根據可資信賴的證據，去揭露候選人暗地裡做了錯誤甚至可怕的事情，將因為法規範之管制，而比起散布假訊息之傷害，噤聲之效果可能造成更多的傷害產生³³⁶。所以說，有時候寒蟬效應的效果也可能是一種極好的保障，因為如果沒有這樣的影響，言論自由市場將因為人民散布關於個人和政府的不實訊息而造成嚴重問題。據此，管制言論之規範不一定會造成不好的效果，只是要去尋找管制言論與寒蟬效應之間的衡平，確保公眾對於寒蟬效應的恐懼本身不會產生，另一方面也能藉由管制言論規範讓人民在發言前能夠盡到查證或是冷靜下來思考³³⁷。簡而言之，我們需要找到方法來阻止那些既虛假又具有破壞性的言論的傳播，即使是法律也會使他們有不敢發聲之疑慮。

總結來說本文必須先說明的是，在刑事法規範管制假訊息之條文中，皆會有對於不實訊息之定義不明確，而使得立法過度管制人民之言論自由之可能。雖然就假訊息本身而言其乃多面向而無法精準描述，但本文建議仍應該將訊息之內容限縮在與法條保護法益相關聯，非僅需碰上擦邊球，就可以適用該條規範來管制人民之意見評論與事實陳述，而認為政府對人民權益造成違法侵害，而導致寒蟬效應，無法促進人民實現自我、溝通意見、追求意見、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。

³³⁶ Cass Sunstein, Falsehoods and the First Amendment, 33 Harv. J. L. & Tech. at 395, (2020).

³³⁷ Cass Sunstein, *Id.* at 395.

故在高價值法益之部分，本文認為應將總統副總統選舉罷免法與公職人員選舉罷免法中，對於散布不實訊息聚焦於民主選舉、投票程序之過程，而非對於公共意見政策之質疑皆會受到管制之風險；在商業性言論之部分，除了刑法第 251 條哄抬價格罪係維持民生必需品之社會秩序符合規範保護法益，與公平交易法第 24 條其目的係在避免商業主體利用不實謠言與資訊之傳播，進而造成壟斷商品市場之虞，本文認為這兩則條文在管制假訊息言論規範下，係可通過法益保護之目的正當性，而符合比例原則在保障商業經濟下而管制到人民之言論自由權利；最後商業性言論之刑法第 313 條妨害信用罪，雖其保護法益上有對於市場競爭維護的差異以及對於商業主體之信用有所保護，但實務上的運作下多用於維護商家之名譽，且可利用民法回復名譽之相關機制作為侵害最小手段性，故本文認為仍可回歸適用妨害名譽罪為已足。

在低價值法益之部分，除了陸海空軍刑法無法藉由本條之管制而達到軍事安全之規範目的以外，傳染病防治法第 63 條及嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 14 條之規定雖具有合乎刑法保護之法益，且目的審查上手段與目的間有「一定合理關聯」，惟仍應該限縮其不實訊息適用範圍，而非有關疫情之相關質疑或討論皆會管制人民之言論自由，而擔心將被司法機關偵辦之可能，亦會造成寒蟬效應之發生，而使人民對於疫情資訊更加不透明；而民用航空法之規定，本文認為應回歸刑法第 185 條之 2 之規定，否則將會有適用之疑慮；最後，在災害防治法應可符合刑法保護規範目的，而限縮人民在災害期間所為之言論。

第三節 現有機制的分析

據此，本文在第三節的部分討論了現行刑事法規中對於散布者（發言者或個人用戶）發布不實訊息時，該如何依照現行法處理以及對於管制假訊息規範的合憲性審查，可以得出有幾則條文對於管制假訊息係不符合刑法規範目的與管制手段，而有侵害人民言論自由基本權之疑慮。故若其無法以刑罰規範管制

之，本文接下來將尋求其他國家有無相關立法條文來管制行為人散布假訊息之行為，而能做為我國之借鏡，以下將介紹我國實務目前所進行的刑法管制情境。

第一項 以刑事法管制之有效性

針對上述修法後關於管制假訊息的刑法規範，針對足生損害於公眾或他人者的謠言或不實訊息散播者予以刑事制裁，一旦真實案例發生時，則檢察官固然將其散布者依法偵察起訴，法院從而亦依法審判。惟在法院的審判期日時效性與否，因為散布者在我國境內散布假訊息而得以順利偵查起訴，但我國現行法院審判實務繁雜，案件量亦相當繁重，沒有快速的效率才能讓此種案件定讞與執行，故在立法政策上透過以刑事制裁處罰謠言或不實訊息散播者，對於現今數以萬計的不實訊息，此種以刑事罰的管制手段恐怕無法達到立法者所欲控管假訊息之目的。

況且，倘若散布者的資訊位置來自境外者，則在檢察官偵察階段，因為目前多數國家並無簽訂司法互助條約的前提下，往往無法將散布者歸捕到案，更何況對其開庭審判³³⁸，以美國臉書公司為例，我國政府機關若欲對其請求提供相關資料，目前僅只限於殺人、擄人勒贖、性犯罪等屬於重大犯罪之案件類型，並不包含假訊息所涉及的選舉罷免法或是一般的誹謗罪。

所以說，除非對其網路平台業者進行企業在地化之登記，否則仍無法追查其帳號之 IP(Internet Protocol Address)位置，僅能尋求配合協辦調查而無強力手段要求執法³³⁹。從司法實務偵查面向來看，不管所違犯的規範為何，偵查著重點在於發表言論的事實、言論的真實性、是否經相當查證以及是否造成「損害」(或足生損害)。從發表言論的事實來看，需要確認行為人的時間、地點、經由的途徑及發表之人是否為行為人本人；而言論的真實性，係在確認行為人

³³⁸ 羅承宗，同註 141，頁 58。

³³⁹ 鄭元皓、吳永達，同註 126，頁 102。

發表的言論是否為真，若有部分為真則需區分真實部分與不實部分；以及是否經相當查證，確認行為人發表言論前是否有查證其真偽，且如何查證；而是否造成「損害」（或足生損害），係以行為人所使用的社群媒體（例如口耳相傳、新聞媒體、個人網誌、社群軟體塗鴉牆、通訊軟體一對一訊息、通訊軟體多人群組）、發文的內容、以及造成的影響來衡量。

不過，難以偵辦假訊息的原因亦有在於說，因現今科技發達，行為人會抗辯客觀上並非其發文之被告，且若非原發文者所散布之訊息，對於轉傳者處罰雖有遏止其行為，仍無法對源頭製造假訊息者給予管制，而源頭多為境外使用者居多³⁴⁰；而主觀上亦有不知道所散布之訊息為假消息、主觀上並沒有不法意圖或犯罪意欲（誹謗他人的惡意、散布假消息造成社會恐慌的惡意等）。且亦會牽涉到不光是司法辦案之問題，更甚者亦會成為上位者控制人民言論自由的工具，社會上的「風向」是否會影響到偵查方式的要求指示？是否會被反對者認為是政治力介入？又或者難以追溯而不起訴或緩起訴，是否會造成人民對發表言論之事更加不以為意？

綜上，眾所皆知刑事罰乃是最嚴厲的法律處罰，雖然以遏阻性來說，刑事罰之嚴厲制裁遠優於行政罰，不過行政罰係由行政機關以行政處分方式為之，原則上亦有一定的時效性與遏阻性，故行政院針對管制假訊息規範所推動的修法，亦有選擇行政罰來做為管制機制，以下將介紹之。

第二項 我國非刑法之管制假訊息機制

第一款 數位通訊傳播法草案

行政院為了因應網際網路的快速發展，而依照網際網路治理的精神，其強調多方使用者與利害關係人的多元、自由及平等，以自律為主的自我約束機制，在公民參與、資訊公開、權利救濟與多元價值為重要核心基礎下來訂立這

³⁴⁰ 鄭元皓、吳永達，同註 126，頁 101。

部法律，採取促進民間自律及公私協力的方式，作為治理手段，並引公民參與機制，以保障諸如個人資訊隱私、通訊秘密、智慧財產、資料安全、消費者保護等各項個人及社會法益³⁴¹。並且在草案的第13條規定：「數位通訊傳播服務提供者對其提供使用之資訊，應負法律責任。（第一項）數位通訊傳播服務提供者，對其傳輸或儲存之他人資訊不負審查或監督責任。（第二項）」

不過，就此「數位通訊傳播法」草案之議題，有關「數位通訊傳播服務者之責任」在草案條文的設計上既不以行政管制之處罰，亦不以刑事管制使其負責，僅以其負民事責任且有免責條款，故在其他使用者散布他人資訊時不負審查監督義務，只在平台業者管理措施或是需要負責而出現問題時，才需由平台業者負責，一來依照草案第15條與第16條之意旨，只要有規定事由之一，網路平台業者就可以主張免責，對其責任降至最少，是否將導致其怠於進行不實訊息之控管或控管成本不符合其所收取之商業利益，而無法及時移除違法行為或資訊³⁴²；二來，若僅能依民事責任之範圍審理，將導致第一線的審查機關為民事法院，既非行政專責主管機關亦非熟稔行政法律之行政法院³⁴³，難以期待法院對網路平台業者發揮多少影響力與監督其負擔責任。

第二款 事實查核機制

為了對抗假訊息在網路平台上的流竄，現在目前的主流方法係交給第三方事實查核機制（fact-checking）合作³⁴⁴，對於被其判定為假訊息或假新聞者，將予以標示警語或具有爭議性之字眼，而讓使用者在閱讀、轉發或是撰寫評論時能夠多留意其為有爭議性的不實訊息。所謂的事實查核，其目的在於針對事

³⁴¹ 參照自國家通訊傳播委員會，行政院審議通過電信管理法及數位通訊傳播法草案，2017年11月16日，網址：https://www.ncc.gov.tw/chinese/files/17041/3861_37260_170418_1.pdf，最後瀏覽日：2021年4月16日。

³⁴² 劉定基，試評「數位通訊傳播法」草案，「匯流、治理、通傳會」論文集，頁298-300，2018年8月。

³⁴³ 劉定基，同前註，頁291。

³⁴⁴ 參照自胡元輝，事實是正確報導的礎石：台灣事實查核中心的經驗與反思，NCC NEWS，109年8月，第14卷第4期，網址：<https://nccnews.com.tw/202008/ch2.html>，最後瀏覽日：2021年4月26日。

實性的陳述查核其是否真實或正確，換言之，事實查核所查者乃陳述是否符合事實？至於評論性的陳述則不在查核之列。畢竟網路平台業者自詡為中介者，並不會隨意地去干涉使用者的言論自由，以避免被質疑與執政者有通謀扼殺人民之聲音等等，不過就其能否自律或由國家立法管制要求，便顯得相當重要。台灣目前由自發性的非媒體組織所推動的事實查核計畫，接著出現許多民間自主性的事實查核計畫，例如「真的假的 Cofacts、美玉姨、MyGoPen、台灣事實查核中心」等，分別採取不同的方法來進行事實查核，上述機構利用群眾外包與機器人的合力互助，來幫助閱聽者偵查出何謂假訊息；又或者係利用了專業人力進行假訊息或假新聞的對照與調查。除此之外，亦有民間組織從 2018 年的直轄市長選舉開始，便會針對選舉期間的候選人在政見會與辯論會的言論進行查核，屬於專案性質的操作³⁴⁵。

惟對於我國政府是否有意於推動與網路平台業者相互合作之事實查核機制，以彌補民間團體之資訊量不足且無法從事實根本的網路平台開發系統著手阻擋假訊息，建立偵測機制或以 AI 人工智慧辨別假訊息等。目前除了前述的數位通訊傳播法草案有對網路平台業者做出規範，以及業者們自行發表之「不實訊息防制業者自律實踐準則」針對不實訊息就「投資於相關防護機制、提升廣告透明管理、透過培養民眾之閱聽習慣以及與事實查核機制合作」以外，並沒有針對業者有相關罰則或罰鍰，以政府的角度督促平台業者進行有效的改善演算法，並且適時管理網路平台之廣告放送。畢竟，這些大型的網路平台業者已經是具有壟斷資訊流通以及交流之平台，不是其自詡為仲介者角色之，影響力更甚於一般傳統電視媒體³⁴⁶。

³⁴⁵ 胡元輝，同前註。

³⁴⁶ 胡元輝，造假有效、更正無力？第三方事實查核機制初探，傳播研究與實踐，第 8 卷第 2 期，頁 66，2018 年 7 月。

第四節 小結

在相關新法正式施行前，本文檢視立法者以「假訊息防制」為前提所確立的法律框架，並根據刑法基本原則，以及外國法制之實證經驗，探詢可能的爭議與未來的立法走向，才能夠在兼顧國民言論自由之政策宣示，落實管制目的並將「假訊息」現象為社會所帶來之風險降至最低。制定刑罰在防止假訊息帶來社會侵擾的作用上，扮演了極其重大的角色，但立法上是否有進一步值得修正之處，或者在適用上有無限縮或擴張解釋的需求，都必須透過法律續造予以進一步澄清。

資訊公開的自由傳播向來是民主國家運行不可或缺的一環，儘管近年新興媒體平台、網路平台與自媒體興起，改變了傳統資訊傳播模式，當資訊平台成為即時、多元、雙向甚至多向的資訊流動時，自始以危害社會利益的犯罪目的，或是特殊政治目的而惡意傳播之錯誤資訊，確實可能在所謂「不實訊息」的氾濫傳播下，不論在質與量上將獲得更大的影響力，甚至在所謂「同溫層效應」的相互作用，而於各個層面之重大公益議題造成更為劇烈的影響，而動搖原先難以僅憑流言撼動之法益。但以刑罰作為法律效果，同時也牽動了刑法最後手段與刑法謙抑性的刑法基本原則。對於網路時代「去中心化」、「傳播快速」、「難以審核真偽」的情況下，是否該考慮除將此類行為以特別法入罪化的刑事政策外，一併須提升人民對於網路時代的敏感度，始能有效減少司法資源耗費與預防法益遭侵害。

第四章 網路平台業者未善盡管理假訊息之刑法解釋

目前正處於網際網路的興起階段，而激發網路數位平台的影響力急速提升以及資訊流通性的大幅提升，更使傳統單純紙本與聲音的訊息傳播方式受到嚴峻的挑戰，其發展與產值更大幅萎縮。此因資訊科技所產生的變革並蓬勃，導致現今網路數位平台已事實上取代傳統新聞媒體，成為不可小覷最具影響力的資訊傳遞途徑。例如，網路搜尋網站所提供的新聞服務、以意見交流為功能的社群媒體與電子佈告欄又或者是以直播或影音為主的影片分享網站，皆為新興起成為主流的資訊傳播平台。像是人民最常使用的臉書、「LINE」、「Twitter」與「Instagram」等等，在目前使用率皆佔有一席之地，且都以此做為接收訊息、閱讀資訊與散布轉換訊息之渠徑，這種大量資訊的涵蓋下就會充斥著許多未經合理查證、虛偽不實或是刻意捏造的資訊³⁴⁷。與此相同的則是網路世界言論之散布與傳播，亦係依附著網路平台業者之服務，並且在實質上相當程度的決定使用者言論散布之路徑與方式³⁴⁸。

本文在此將針對網路平台業者以刑事法的原理原則探討，於網路科技所推波助瀾下所增益的高影響力為背景，探究網路平台在其現今發揮強大效能的同時，是否須在管理不當與損害發生時，對於違法行為與結果肩負起相對均衡的監督與管理責任³⁴⁹？對此與散布假訊息的行為態樣可資對照的是，如果行為人在網際網路架了一個平台或討論區，以此做為散布假訊息之管道，網路平台業者作為私人企業有義務要將不實訊息加以移除嗎？又其係基於提供網路平台場域或是負有監督平台違法危險源之保護義務，是否會成立共同正犯、不純正不

³⁴⁷ 楊智傑，歐盟與德法網路平台假訊息責任立法比較與表意自由之保護—借鏡歐洲法院網路平台誹謗責任之判決，憲政時代，第45卷第1期，頁46，2019年7月。

³⁴⁸ 古承宗，論刑法上的間接侵害著作權，月旦法學雜誌，第312期，2021年5月，頁124-125。

³⁴⁹ 范姜真嫩，網路服務提供者法律責任之探討—以日本為例，法學叢刊，第255期，頁50-51，2019年7月。

作為犯或是幫助犯？皆為本文在本章節欲討論之核心內容。

據此，現代社會中假訊息已經不再透過傳統之報章雜誌或是街頭巷弄的口耳相傳，而是透過數位平台與網路科技進行散布，因此如何能夠在數位平台上有效地辨識假訊息？或是透過網路科技在第一時間，透過賦予網路平台監督假訊息的義務而中止假訊息散布？或是在發布了假訊息並且發現後卻不移除而會構成刑事責任，也就成為現今本文必須探討面對的問題。以下第一節將先定義網路平台並針對網路平台業者對於訊息傳輸管道係經由何處而加以說明，以此作為討論前提，才能確保若有違法之虞，找到法律規範上之可歸責對象。不過，在此討論脈絡下可以預見的是，若是立法者真能對於網路平台業上所發布之內容進行管制或是應管制而未管制，而成立不純正不作為犯等等，將對於人民與網路數位科技的表達自由、資訊自由或言論流通自由帶來深遠的影響。

第一節 網路服務供應商

第一項 網路服務提供者

在 Web 發展盛行之現代，總共經歷了 3 個世代，從 Web 1.0 時代開始之使用者主要的行為就是瀏覽網站，且網站的內容就是靜態的，由文字和圖片組成，製作形式也是以表格為主；而 Web 2.0 世代像是音訊、視訊、flash 等，可以讓網頁變得更加生動形象；到了 Web 3.0 世代，網站內的資訊可以直接和其他網站相關資訊進行互動，也可以通過第三方平臺同時對多家網站的進行整合使用³⁵⁰。使用者在這種一對一、一對多甚至是多對多的互動機制底下，使得消息的傳播變得比以往快速，被稱作為「資訊擴散（Information Diffusion）」³⁵¹。在這種充滿使用者可以互相互動的平台，彼此間都可以達到訊息交流與資源

³⁵⁰ 參照自程式語言，WEB 演變史，2018 年 6 月 4 日，網址：

<https://codertw.com/%E7%A8%B%E5%BC%8F%E8%AA%9E%E8%A8%80/38805/>，最後瀏覽日：2021 年 4 月 15 日。

³⁵¹ 也因這種資訊擴散利用網路數位平台擴展，透過眾多使用者的參與資訊分享使成為一個熱門的資訊傳播平台。許多公司試圖利用於此進行社交廣告行銷。參照自許雅玲、李永銘，社會媒體網絡上廣告擴散機制，國立交通大學資訊管理研究所畢業論文，2009 年，頁 2-3。

交流，透過虛擬網路空間進行各種形式的互動。

而網路服務提供者（Internet Service Provider，以下簡稱 ISP），正是提供通路平台讓使用者在網路上活動或與網際網路連線各種服務的機構³⁵²，其又可分為下列幾種³⁵³：「網路接觸服務業者（Internet Access Service Provider，簡稱 IASP）」³⁵⁴「主要在提供使用者上網之服務；「網路內容服務業者（Internet Content Provider，簡稱 ICP）」³⁵⁵「主要在提供網站內容及資訊之服務；「網路平台服務業者（Internet Platform Provider，簡稱 IPP）」³⁵⁶「主要在提供網站平台服務。然因網路服務市場競爭激烈，大部分的網路服務提供者並不單純經營一項業務，可能兼有提供連線、應用系統或各類資訊內容服務，故如臉書(Facebook)就有把上述服務系統加以整合之概念。

在將平台業者歸屬法律責任之前，本文必須先釐清網際網路上的各個主體應承擔的法律上義務與責任歸屬。詳言之，對於在網路世界中將涉及的主體係為電信業者、網路公司、網路平台業者以及使用者，從發布訊息之結構來看，電信業者只負責電信與數位之傳遞、營運以及提供，對於網路平台業者所傳送的訊息並無干涉以及接觸的餘地，自無庸負責³⁵⁷；再者，網路公司的業務內容

³⁵² 張雅雯，網際網路連線服務提供者就網路違法內容之法律責任（上），資訊法務透析，頁 30，1998 年 3 月。

³⁵³ 參照自著作權法第 3 條第 1 項第 19 款，其立法理由亦係參照自美國於 1998 年訂定之「數位千禧年著作權法（Digital Millennium Copyright Act of 1998, DMCA）」。

³⁵⁴ 此乃參照自 DMCA 第 520 條 a 項之規定訂定，包括所有網路運作之基礎服務，例如透過網路所為之資訊傳輸（transmitting）、發送（routing）、連線（providing connections）或過程中之中介（intermediate）及短暫（transient）儲存等服務。以我國為例，中華電信之 Hinet 上網服務符合本項概念。

³⁵⁵ 本類型之服務係透過網路將資訊內容提供給使用者，例如業者提供電子布告欄(BBS)、網路論壇、新聞電子報等資訊內容。以我國為例，Yahoo 奇摩(tw.yahoo.com)等網站服務即屬本項服務內容。

³⁵⁶ 此乃係參照自 DMCA 第 520 條 d 項之規定訂定，指因使用資訊搜尋工具，包括目錄、指引、參考、指標或超連結等，提供或將使用者連結到其所搜尋之網站。本項服務內容係指提供連線後的各項網路應用服務，包含但不限於檔案傳輸(File Transfer Protocol, FTP)、電子郵件(Electronic Mail)、網站目錄(Directory)、資料庫全文檢索等系統服務，有助於使用者取得網路資源。以我國為例，Google 網路搜尋引擎(www.google.com.tw)。

³⁵⁷ 相同見解參照自劉靜怡，網路內容管制與言論自由—以網路中介者的角色為討論重心，月旦法學雜誌，第 192 期，頁 71，2001 年 4 月。劉教授在此亦認為寬頻業者扮演的角色僅係在傳輸訊息之管道。

係針對整合服務數位網路、網際網路代管服務、主機代管或是雲端伺服器的運算等等，亦無從干涉平台業者與使用者的訊息傳遞內容，而非為歸責主體³⁵⁸；而最後端的終端廠商，智慧型手機、電腦以及平板廠商，亦屬之³⁵⁹。且就技術面來說，在網路上傳輸的訊息皆會經由封包的方式加以傳遞進行，若欲將其強行解封包，僅能得到亂碼而無法辨識其訊息內容，故對於傳輸過程中之監督或管制具有相當大的難度，僅能對於訊息接收端或發送端加以追查與管制³⁶⁰。

綜上所述，排除了電信業者、網路公司以及製造設備廠商等網路主體後，最後可歸責之主體落在於網路平台業者與使用者上，不過使用者之法律責任探討已經在第三章的部分討論完，本章節乃欲討論網路平台業者可否成為歸責主體之部分，本文認為應將其歸類在網路平台服務提供者（IPP）。而欲探討之網路平台業者主要著重在現今多數人最常使用之臉書（FaceBook）、「Line」或是「Instagram」等等³⁶¹。這些社群媒體又或是稱為網路平台業者，將一群有相同興趣或相同背景之使用者進行社群交流，利用文字、照片、影片或錄音等等，分享生活中所發生的事，此種服務的整合可以分為內容提供者提供影像、音樂以及遊戲給予網路平台業者³⁶²，平台業者再將內容產業整合到有經過檢索認證或經過信箱驗證的討論區、雲端伺服器或是影音平台，而再與網路產業業者合作，建立與電信業者、行動網路與 ISP 連結，最後網路平台業者透過作業系統之結合，將上述集體提供給最終端的廠商（智慧型手機、電腦或是平板），一起共享上述資源與使用者之資料³⁶³。

³⁵⁸ 張雅雯，同註 352，頁 31。

³⁵⁹ 陳銘祥，建構網際網路的法律規範，月旦法學，第 87 期，頁 233-235，2002 年 8 月。

³⁶⁰ 程法彰，網路世界中言論內容管制的趨勢與可能未來-以美國實務以及相關討論為中心，科技法律評析，第 4 期，頁 179-180，2011 年 12 月。

³⁶¹ 資策會 FIND/經濟部技術處，「資策會 FIND（2016）/服務系統體系驅動新興事業研發計畫（2/4）」，網址：https://www.iii.org.tw/Press/NewsDtl.aspx?nsp_sqno=1934&fm_sqno=14，最後瀏覽日：2021 年 4 月 15 日。

³⁶² 此種網路平台業者是指說向使用者或是第三方團體提供系統或服務之業者，就像本文上述嘗試著想要定義之 Google、Facebook 或 Apple 等大型數位企業。

³⁶³ 周晨蕙，網路平台用戶資料問題初探—以當事人同意和權益保障為核心，科技法律透析，第 32 卷第 12 期，頁 45-46，2020 年 12 月。

第二項 網際網路服務提供者之法律責任

據此，網路平台業者將終端設備結合瀏覽器、信箱以及社群網路（Social Network Services，簡稱為 SNS）整合了網路與實體之平台服務提供，使用者在使用上述網路平台業者時，皆會在上述平台間登入帳號，平台業者並不會積極介入使用者，處於一種被動的地位。不過業者對於使用者將訊息送上網路之內容是否得以控管而受到規範，則係有爭議，有基於網路中介者責任將網路平台業者具有自由編輯裁量權限，若網路平台業者對使用者的訊息具有審查權限，將會導致私人機構侵害國家所保障之基本權利，故任何使用者皆可在上面自由使用而無庸對訊息負責，受到言論自由之保障³⁶⁴。美國聯邦最高法院在 Citizens United v. FEC³⁶⁵案中，此亦採取保障言論自由之見解，其認為在選舉期間不管是透過網際網路、廣播或是有線電視等，皆不能透過法律限制企業或組織發布關於候選人之言論，不過本案所討論的法規爭議在於其乃揭露各大企業對於候選人選舉投入多少資金，最後最高法院仍認為該法案不違反第一修正案（First Amendment），而採取一定程度之揭露；亦有認為網路平台服務業者知悉使用者散布違反法規所制訂之訊息等內容時，依照電信法第 22 條之規定³⁶⁶，或許可認為網路平台業者可以主動或要求使用者刪除或移除，惟仍應避免有箝制言論自由之處境，而可藉由與使用者訂定網路服務契約，告知使用者若其違反而有被移除訊息內容之可能性³⁶⁷。

³⁶⁴ 劉靜怡，同註 357，頁 67。

³⁶⁵ Citizens United v. FEC, 558 U.S. 310 (2010). 若套用到本文所欲闡釋之觀念，可認為網路平台業者作為一個私人機構之企業，掌控著這個時代所必需的溝通交流管道，對於公共議題、使用者之言論或是訊息傳輸方式，皆具有不容忽視的影響力，就此是否仍應依據言論自由的最高指導原則，而讓網路平台業者自行對於言論編輯裁量，而放棄以政府去做有限度之輔導與控制，仍應取捨。

³⁶⁶ 電信法第 22 條規定：「電信事業非依法律，不得拒絕電信之接受及傳遞。但對於電信之內容顯有危害國家安全或妨害治安者，得拒絕或停止其傳遞。」

³⁶⁷ 張雅雯，網際網路連線服務提供者就網路違法內容之法律責任（下），資訊法務透析，頁 23，1998 年 6 月。

舉例來說，若依照臉書（Facebook）的使用方式，瀏覽形式可以區分為動態時報、廣告，而發布言論之內容可以區分為原生內容與付費內容，而有問題的部分則是包含有害內容、不正確資訊或是不正常之轉傳形式。為了因應於此問題，臉書科技公司將其定位在「一個平台」，而平台內容的規範來源主要來自於社群守則與當地法規，且處理方式包含移除、減少擴散且提供更多資訊。不過即便如此，仍須優先尊重當地法規，若在地國法律有明顯侵害人權之虞，就會藉由國際公約之規定來避免依照在地國的法律侵害使用者之權利；若無一定蓋然性使該有問題的言論斷定為違法，臉書還是會被動等待法院判斷使用者散布言論之真實性，而再進一步做出使用者言論之管理，因為臉書公司認為不正確資訊不一定有害，基於其打造社群的使命，還是高度地尊重各種資訊在平台上的存在³⁶⁸。

綜上所述，就網路上有違法內容之言論產生，對於網際網路服務提供者而言，究竟誰需要對此負責？經過本文的分析之後得知，單純提供連線服務的電信寬頻業者基本上可以主張無庸負責；最終端的智慧型行動裝置與電腦，其製造者亦無庸對違法言論負責；需要歸責的爭議處在於網路平台業者，在知悉違法言論內容之存在而仍無移除、刪除或阻絕其內容傳輸之處理時，是否有可歸責之法律依據？

這種網路平台服務提供者在現代的責任越趨加重，進而影響到了日常生活中之各種意識形態，雖然使用者本身亦須擔負起絕大部分的責任，其自行從事的違法行為在現行法規上該有的管制，例如使用者在網路平台上所發表、傳播、散布之言論，很可能會有違法之疑慮，在「Facebook」的社團中散布不實

³⁶⁸ 臉書在使用者建立帳號之時，皆會先請使用者閱讀臉書之《社群守則》，以告知使用者其擁有之權利義務關係，網址：<https://www.facebook.com/communitystandards/introduction>，最後瀏覽日：2021年5月26日。相較於以往賦予網路平台高度責任為言論控制的立場，在其致力於降低有害內容的同時，是否可能提高社群彼此間的對立？本文認為，使用者之數位識讀素養才是使用網路平台的核心價值，如果使用者能夠不完全是被動接受資訊時，自然能接收更多立場不同的言論，而降低不實內容訊息之傳遞。

訊息或轉貼分享不實新聞、在「Line」的群組中轉貼或散布未經查證的不實資訊內容、在「Instagram」上發布不實內容的貼文或是錄製辱罵他人的影音上傳在 Youtube 平台上等等。這些使用者在網路平台上所發布的假訊息固然有其適用之規範罰則，本文在第三章的時候已經探討完使用者在平台上散布假訊息行為該如何管制。

而接下來的第二節將是針對本章節所欲討論之網路平台業者在違法時該如何擔負其法律責任，亦即網路平台業者對於使用者的所進行的違法行為需不需要負責？實需進行重新定位釐清之必要，是否該強化相關業者的責任與義務，兼顧對使用者與網路平台業者之雙方行為，故本文將先從我國刑事法上的原理原則對網路平台業者進行刑事責任之分析，再援引國外是否有對網路平台業者做出相關的規範及判決案例等等，以下將逐一進行討論。

第二節 網路平台業者刑事責任的分析

綜觀來說，我國目前並無明文立法規範針對網路平台業者之相關刑事責任，只有針對使用者之刑事規範或是網路平台業者之民事侵權責任³⁶⁹。在此本文欲借鏡 Ezpeer 案與 Kuro 案之案例事實作為參照比較³⁷⁰，因就此兩案例乃係侵害著作權，其技術係 P2P（Peer-to-Peer），亦即以點對點之分散式網路架構，

³⁶⁹ 不過若是針對名譽權侵害之民事責任，最高法院 109 年台上字第 1015 號民事判決認為：「網路平台服務提供者，架設網站為一定營業之服務，平台使用者發表文章及資料公布於其網路平台上，得供他人點選，其行為自足以傳播文章作者之言論，倘經平台使用者（被害人）檢舉或告知，網路平台上存在侵害其名譽之言論，請求刪除該言論時，本於網路平台服務提供者對於該平台有管理及控制權限，並為兼顧平台使用者之表現自由及被害人之權益保護，網路平台服務提供者應有適當之審核作為義務，如有相當理由足認確屬侵害名譽之言論，更有採取防止措施之作為義務。倘網路平台服務提供者未為任何審核，或已有相當理由足認屬侵害名譽之言論而未為任何防止措施，猶令該侵害名譽之言論繼續存在，自屬違反作為義務，亦可成立不作為侵權行為。」

³⁷⁰ 此兩案之判決字號為臺灣士林地方法院 92 年度訴字第 728 號判決與臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 2146 號判決。關於 Ezpeer 案行為人係完成 Ezpeer 軟體，架設相關網站，經營 Ezpeer 網站網路業務，提供 Ezpeer 會員登入後得搜尋 MP3 格式音樂檔案，並可在網路上與其他連線會員相互間點選公開傳輸或下載重製，而未經音樂著作權人同意，獲致鉅額利益之行為；Kuro 案係為行為人提供 P2P 的技術，利用中性的技術直接侵害著作權，未經授權利用音樂，讓會員只要支付極小的費用，就可以非法交換音樂，明知而故意地鼓勵或號召他人以所提供的技術，自由交換受著作權法保護的 mp3 檔案，侵害他人著作權。

在兩台電腦上直接分享對方電腦資源之網路型態³⁷¹，本案之爭議點在於此平台擁有者是否對於使用者之違法侵害著作權行為亦應負責？

此乃源自於美國之「守門人」(Gatekeeper)責任，守門人一詞最初由 Kurt Lewin 於 1947 年命名。他用這個詞來描述妻子或母親如何擔任守門人，是在決定餐桌上放置哪些食物方面發揮著作用，家庭主婦通過製造行為障礙和激勵措施來控制與飲食習慣和活動相關的決策過程³⁷²。這個概念隨後呈現出不同的風格，主要在傳播、技術管理、訊息科學和後來的政治科學領域發展了理論，每個學科和領域都強調了把關概念化的不同組成部分³⁷³。不過，守門人的概念可以更進一步擴展到侵權原則中的替代責任，Reinier Kraakman 教授將 Lewin 的理論納入主流並整理了替代責任的來源，例如，在涉及到比較有影響力的把關工作中，會計師和律師對其客戶的責任、或是雇主對其僱員的責任，其本質上也是守門人的問題責任藉此拒絕不當的支持。而在之後的研究中更廣泛地讓守門人在國家能力有限的情況下，可以讓第三方私人機構做出更有效率、有能力去進行管制的行為³⁷⁴。

不過，這種在非國家政府的第三方機構欲進行管制引起了極大的關注，因為當這些第三方機構所扮演者乃係傳統上國家政府為公眾監管的角色時，這些守門人並不是國家政府的代理人，其也無理由應該為公共利益所服務，故其通常不受強加於此類機構的專業精神和公共服務規範的約束，而可能會產生關於基本民主價值觀的問題，並多數循私於其私人企業之利益，例如關於言論自由的控管。而到了現代，大眾媒體、記者和新聞機構作為選擇呈現資訊的守門人，其透過其內部之編輯、決策程序，挑選其認為具有新聞價值的內容。這些

³⁷¹ 陳家駿，從我國 EzPeer/Kuro 二著作權案判決談 P2P 網站提供會員重製與傳輸之法律責任，智慧財產季刊，第 58 期，頁 37，2006 年 7 月。

³⁷² Karine Barzilai-Nahon, Gatekeeping: A critical review, *Information Science and Technology*, Vol 43, Issue1, at 10-2 (2011).

³⁷³ Karine Barzilai-Nahon, *Id.* at 10-3.

³⁷⁴ Emily Laidlaw, A Framework for Identifying Internet Information Gatekeepers, *International Review of Law, Computers & Technology*, Vol. 24, No. 3, at 2 (2010).

控管資訊的守門人，透過限制資訊訪問或範圍來發揮其管制作用，進而決定人們能獲得哪些資訊³⁷⁵。也因此守門過程也被認為不僅僅是選擇，事實上，大眾傳播中的把關可以看作是建構新聞媒體傳播的社會現實整個過程。

而 Laidlaw 教授在文章中將現階段的網路時代區分了兩種類型的守門人：網路守門人，即控制資訊流的守門人，以及作為這種控制的結果將影響民主文化中的參與及公民審議的網路資訊守門人³⁷⁶。這個資訊控制的概念是理解網路守門人的關鍵，對於第一種守門人，可以藉由 Karine Barzilai-Nahon 教授的網路守門理論 (Network Gatekeeper Theory)，其理論有助於將守門人的概念帶入網路世界³⁷⁷。其創立的網路守門理論(NGT)，係因為傳統的守門理論忽略了控制的影響，而未能認識到網路守門的環境。其根據守門人的特質來透過四個標準來識別網路守門人：(1)網路守門人的政治權力、(2)資訊生產能力，(3)網路守門人與傳統守門人的關係，以及(4)網路守門人在傳統守門人背景下的選擇³⁷⁸。也因此網路守門理論不僅是針對網路所開發，而且它將把關從傳統關注資訊的方式從選擇、過程、分發和中介轉變為資訊控制³⁷⁹。

依此，網路守門理論取代了傳統的守門人理論，有助於識別資訊並用於網路守門的流程和機制。在網路守門理論底下，守門行為涉及守門人和管制的程度、資訊如何通過以及守門過程之機制使用，其涉及執行以下一些操作：選擇、引導、塑造、操縱和刪除資訊，守門的過程可能涉及選擇要發布的資訊、透過審查、過濾與阻止資訊，或用編輯機制將資訊塑造成特定形式³⁸⁰。

舉例來說，臉書(Facebook)，此種網路平台利用演算法替使用者在資料庫中篩選訊息，這種佔有多數優勢之平台業者，當他們具有一定的規模而利用其網絡上和網路外的顯著性、曝光度與影響力，具有強大的資訊控制能力，使用者

³⁷⁵ Emily Laidlaw, *Id.* at 2.

³⁷⁶ Emily Laidlaw, *Id.* at 7-8.

³⁷⁷ Emily Laidlaw, *Id.* at 4.

³⁷⁸ Karine Barzilai-Nahon, *supra* note 372, at 10-44.

³⁷⁹ Emily Laidlaw, *supra* note 369, at 5.

³⁸⁰ Emily Laidlaw, *Id.* at 5.

都必須透過它們才能使用這個平台或網路，所以他們就會控管著資訊的流動，而涉及到言論自由權等權利的各個方面³⁸¹。平台業者作為控制資訊的結果，將會促進或阻礙審議和參與民主文化。所以說，守門人是否會有這種影響，應該以它的影響程度來看，其控管的資訊是否具有民主意義的程度，以及資訊交流空間的範圍或結構，並會在民主文化中發揮著重要作用³⁸²。

推演到欲與本文探討之概念係在網路守門人底下，其中 Laidlaw 教授有提到說，部落格作者(Blog Writer)有權創建和選擇其內容，以及是否允許評論或刪除評論，而根據美國依據數位千禧年著作權法(DMCA)的侵害著作權的案件中，Google 公司刪除了一系列關於流行音樂的部落格。而有些部落格對著作權的侵權賠償提出了異議，這一事件凸顯了權利框架的價值。正如前述所討論的，有時部落格的數量與規模增加，部落格供應商就可能有更大的權利責任，部落格對於著作權的侵害，如果要將其刪除必需要更嚴格的監管審查³⁸³。因在美國著作權法上，若欲直接對進行侵權行為之使用者管制與規範，雖然有法源依據不過在執法上顯有困難，故其就將第三方平台業者依普通法原則課以間接侵權責任(Secondary infringement)³⁸⁴。惟本案被告需要負責的非在平台係有違法，而是在其以廣告鼓勵使用者違法下載侵害著作權之行為，故重點在於平台業者之利用行為，而非科技本身³⁸⁵。

同樣的，而與本文欲討論之網路平台業者相同之處在於，若以網路平台業者之立場角度，其主張將會著重在網路平台業者僅係作為平台中介者，提供平台讓使用者自行作為訊息交流的管道，整合電信業者、網路公司、網路平台業者以及使用者，平台上之訊息皆為使用者自身創造之內容，其本身並未從事散布假訊息之行為，而依據避風港原則(International Safe Harbor Privacy

³⁸¹ Emily Laidlaw, *Id.* at 11.

³⁸² Emily Laidlaw, *Id.* at 14.

³⁸³ Emily Laidlaw, *Id.* at 13-14.

³⁸⁴ MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913, at 10-13, (2005).

³⁸⁵ 宋皇志，從 MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 案看 P2P 業者之侵權責任，科技法學評論，第 2 卷第 2 期，頁 250，2005 年。

Principles ; Safe Harbour Privacy Principles)無須負責³⁸⁶。惟若平台業者就使用者的散布假訊息的違法行為，知道使用者的言論為虛偽不實，卻還是不為移除該言論，而構成散布假訊息法條上之構成要件。

依照上述關於守門人之見解的話，門這個比喻顯示了訊息要進入網路平台流通係要經過一定的選擇管道，在一般人認知有限之情況下，閱聽者會找尋較為簡單的接收資訊管道與途徑，以此做為發端³⁸⁷，雖然平台業者在一定程度上控管了資訊在平台上之流動，例如利用演算法讓何等資訊呈現在使用者介面中，並且對於不合乎其訂立使用條款之使用者，經由後台篩選與移除貼文，惟網路平台業者非為以積極之方式讓使用者違法，難以將使用者之違法行為歸責。故就如何強化網路平台業者的責任，就可以移除該不實訊息，限縮並阻止假訊息所造成的危害？

從網路守門人的概念立論與此，網路平台業者作為一種新型態的平台，其主要資訊流通依其生產內容以及編輯裁量權，故並非為單純的科技公司，而是應當作為在社會或政策面向而有實質影響力的媒體，並進一步斟酌其對使用者言論表達、資訊流通之影響，而有網路資訊守門員之概念。接下來，以下將借鏡刑法之理論與 EzPeer 案與 Kuro 案之事實與法理，與網路平台業者是否居於網路資訊守門員之保證人地位，可以依據刑法關於不作為犯或是幫助犯，對於使用者在平台上散布假訊息而造成足以影響公眾或他人損害時，就其地位是否會有支配散布假訊息犯罪之可能，或是基於得以防止之義務予以負責，故本文將對網路平台業者進行刑事責任之歸責探討。

³⁸⁶ 「避風港原則」規定在「著作權法」第 90 條之 4 以下，主要是指當著作權侵權案件發生時，網路服務提供商（例如：Google、YouTube）雖然沒有實際上傳或製作非法內容，但有一定程度維護管理的義務。因此，如果網路服務提供商能夠善盡基本的管理維護措施（例如：自動偵測侵權內容、提供侵權申訴機制等），即可於知悉侵權事實後移除侵權內容而主張不負民事賠償責任。

³⁸⁷ 譚躍、蕭蘋，臺灣空污新聞在網路中的擴散、集體守門和議題設定，中華傳播學刊，第 39 期，2021 年 6 月，頁 150-151。

第一項 網路平台成立共同正犯之可能性

第一款 共同正犯之成立要件

刑法第 28 條係指兩個以上之行為人，基於共同之行為決意，各自分擔實施犯罪行為之一部，彼此的行為互為補充，而共同實現構成要件之犯罪類型，就整個計畫的實現，每一個人均有功能性的作用³⁸⁸。在客觀要件的部分會先審查共同行為決意，也就是共同正犯之犯意聯絡係行為人相互之間的犯罪協議，由此共識所建構的整個犯罪計畫³⁸⁹，這個計畫只要是在可預期的範圍內，作為彼此共同犯罪之基礎，是一個外在而客觀的溝通過程，因此屬於客觀的構成要件要素。再來則是共同行為實施，係以功能支配的觀點，指的是「本質上不可獲缺的犯罪參與」。以共同行為決意為基礎，分擔者之行為和整個犯罪之實現具有因果關係，共同支配法益侵害³⁹⁰。故客觀要件係以行為分擔為基礎，其不以參與犯罪構成要件之行為為限，亦不以始終參與為必要。只要是在共同行為決意的行為分工之下，共同參與犯罪行為之實行，即係犯行分擔。

而主觀要件的部分會審查行為人須具有直接故意外，共同正犯對於構成犯罪事實既已「明知」或「預見」，其認識完全無缺，進而基此共同之認識「使其發生」或「容認其發生（不違背其本意）」，彼此間在意思上自得合而為一，形成犯罪意思之聯絡³⁹¹。故行為人分別基於直接故意與間接故意實行犯罪行為，認識自己在犯罪實行時所擔當之行為或所扮演之角色，對其他共同正犯具有相互協力、互為補充或補強之作用，自可成立共同正犯。且共同行為決意不用共同形成，形成的時點不限於著手之前，著手後加入的也可以。

³⁸⁸ 參照自 28 年上字第 3110 號判例：「共同實施犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。」；許澤天，刑法總則，2020 年 8 月，頁 280。

³⁸⁹ 林鈺雄，新刑法總則，第 8 版，頁 438，2020 年 9 月。

³⁹⁰ 林山田，同註 143，頁 76。

³⁹¹ 林鈺雄，同註 389，頁 440。

第二款 網路平台業者共同正犯之討論

就網路平台業者與散布假訊息之行為人能否成立共同正犯？在 Ezpeer 判決中亦指出，若要成立共同正犯，必須就其中一人至少有違犯法規範，網站經營者才有一同成立之可能性，若以犯罪支配理論的角度觀之，所謂犯罪支配理論需為行為支配、意思支配或是功能性的犯罪支配³⁹²，由於網路平台業者之犯罪行為可能性在於提供網路平台，在行為支配上並沒有違犯直接散布假訊息之規範，皆為使用者利用其網路平台，自行發布貼文或散布假訊息，其文字或圖片之撰寫皆為使用者或粉絲專頁人員透過其思想而成，非為網路平台業者之犯罪意思，故不符合直接正犯之行為支配；若係功能性支配，在共同正犯之客觀要件上係有存在共同行為實施之外觀，因使用者在散布假訊息之行為皆係透過網路平台業者所提供之平台服務，若非網路平台業者提供，藉由貼文、粉絲專頁或社交群組所散布之假訊息難以發生，故其居於實質重要之地位。

惟其是否具有雙方共同擬定之犯罪計畫而具有犯意聯絡，就此應考量網路平台業者設置經營的目的，若係出於散布假訊息、與散布假訊息之使用者具有犯意聯絡³⁹³，亦旨在網路平台業者接獲有假訊息之發生，對違法行為應該具有一定程度之認識可能性時才有可能成立³⁹⁴，不過就使用者實施之散布假訊息犯罪行為，網路平台業者並未參與製造假訊息，且製造與散布假訊息之行為係欲製造社會秩序之混亂而使不同立場之意見無法交流溝通³⁹⁵，應非網路平台業者在建造網路平台所預定之目標³⁹⁶，而就此應難認為網路平台業者在提供平台服

³⁹² 林山田，同註 143，頁 77。

³⁹³ 蕭宏宜，P2P 業者的刑事責任問題—ezPeer 與 Kuro 案判決評析，法令月刊，第 59 卷第 9 期，頁 74，2008 年 9 月。

³⁹⁴ 蕭宏宜，同前註，頁 74。

³⁹⁵ 就如同蔡蕙芳教授在文章中提到著作權音樂檔案重製之利益係享有檔案，惟並非 Ezpeer 之業者所希望取得之利益，故無法認定業者與會員成立共同正犯之可能性。參照自蔡蕙芳，P2P 網站經營者與其會員成立共同正犯之可能性—ezPeer 與 Kuro 案之分析與檢討，科技法學評論，第 3 卷第 1 期，頁 66，2006 年 4 月；相同見解參照自臺灣士林地方法院 92 年度訴字第 728 號判決。

³⁹⁶ 臉書(Facebook)亦在其《社群守則》上明確載明：「臉書是以打造自由表達的平台，讓用戶盡情發聲為目標。這一點從未改變，日後也不會改變。要建立社群和拉近世界距離，關鍵在於讓

務時，有居於策畫散布假訊息之地位，故共同正犯之客觀要件尚難該當。

而在共同正犯的主觀要件須具備共同行為決意要件下，亦即使用者與網路平台業者出於違犯特定犯罪之故意，彼此聯絡形成共同一致的主觀犯意。就網路平台業者而言，應無明示的共同決意違犯規範假訊息之保護法益，而在默示的意思合致，網路平台業者在提供一定之警告仍未將使用者所散布之假訊息貼文予以移除之情形，亦難認為網路平台業者有要與使用者具有散布假訊息之知與欲³⁹⁷。

第二項 網路平台成立不作為犯之可能性

網路平台業者其僅係作為平台中介者，提供平台讓使用者自行作為訊息交流的管道，其也無法掌控使用者所欲進行之行為態樣，且本身並未從事散布假訊息之行為，本文已經先行確認其無從成立直接散布假訊息之正犯。惟若平台業者就使用者散布假訊息的違法行為，知道使用者的言論為虛偽不實，卻還是不為移除該言論，而構成散布假訊息法條上之構成要件，且足以生損害於公眾或他人，是否會有構成不純正不作為犯的可能性？又或者應認為設立網路平台係日常生活之科技風險行為，即便未阻止使用者散布假訊息，而無從成立不作為正犯，僅在對於使用者散布之行為有認識，如負有防止結果發生之義務，並有促進散布行為之實現，而係成立不作為幫助犯？本文在此欲先解決對於以不作為之方式去參與作為犯的犯罪，應該如何評價平台業者此時其被責難的行為重點，將在於沒有停止散布之行為或是沒有過濾、刪除該不實訊息的貢獻，係居於保證人地位而是正犯或僅只於共犯？本文將先介紹不純正不作為犯之要件，再逐一檢視可否成立之。

用戶分享多元意見、體驗、想法和資訊。我們希望用戶可以公開討論自己重視的議題，即使有人不認同或反對也不會阻礙用戶表達意見。」網址：

<https://www.facebook.com/communitystandards/>，最後瀏覽日：2021年5月27日。

³⁹⁷ 章忠信，網美、直播主販售假貨之法律責任，台灣法學雜誌，頁81，第384期，2020年1月。

第一款 網路平台業者保證人地位之確立

在不純正不作為犯的犯罪態樣下³⁹⁸，最重要的乃是否具備了保證人地位，蓋因非任何人有不作為之犯罪行為致生構成要件結果發生皆成立不純正不作為犯，係僅作為對於該結果的發生有防止其發生的有義務之人，而不履行其義務，始有成立不純正不作為犯³⁹⁹。由於若要將一個法益侵害的發生歸咎於行為人的不作為，在我們並非採取「全面性」的社會連帶思想的情況下，即必須建立在行為人具有作為義務（或稱防止義務）的前提之上⁴⁰⁰。而不純正不作為犯是以不作為的方式實現構成要件行為，因此在檢驗上我們就必須先審視其是否有作為義務，而此等作為義務，於德國學說上，則以「保證人地位」之有無確立之。在德國刑法學家 Armin Kaufmann 自法益保護之實質功能出發，提出功能性理論後，保證人地位便大致可區分為下述二類⁴⁰¹：

第一，保護型保證人地位，係指對一定之法益具有特別保護義務者，就是行為人負有保護他方不受危害之義務的情形；第二，則是監督型保證人地位，無論是行為人開啟或支配了危險源，只要其對危險源負有監督義務，就有監督與防止該特定危險發生之義務，換言之，就是行為人負有監督危險源不去侵害他人之義務的情形，而其大致又包含了危險源監督⁴⁰²、場所管理者⁴⁰³、商品製

³⁹⁸ 論證不作為犯之架構參照自蔡聖偉，不作為犯：第一講—論故意之不純正不作為犯（一），月旦法學雜誌，第 51 期，頁 47-57，2007 年 1 月。

³⁹⁹ 林山田，同註 143，頁 248。

⁴⁰⁰ 全面性的社會連帶思想，將導致各個陌生人彼此間都負有作為義務，在當今以個人自由為基礎的法秩序之下是難以想像的。而我國實證法也可自並未如德國刑法§323c 設有「不援助他人罪」、且不純正不作為犯必須以行為人負有作為義務為前提等，推導出否認全面社會連帶性之結論。參照自周漾沂，重新建構刑法上保證人地位的法理基礎，臺大法學論叢，第 43 卷，第 1 期，頁 226，2014 年 3 月。

⁴⁰¹ 參照自周漾沂，同前註，頁 211。

⁴⁰² 此乃因行為人對於危險源具有支配性之故。而危險源又可以進而區分為「物之危險源」以及「人之危險源」。前者例如養狗之人須避免其所豢養的家犬將他人咬傷；後者則例如精神疾病患者之看護應避免具攻擊傾向的患者攻擊他人。

⁴⁰³ 此一義務有論者認為係源於交易安全義務；惟亦有見解認為係源自一般人對場所管理者將控制場所秩序之信賴關係而來。例如工廠、餐廳、營業場所堆放物品、設有招牌，則負責人對該類物品即負有防止傾倒而砸傷他人之義務。

造者⁴⁰⁴以及危險前行為⁴⁰⁵（刑法第15條第2項）。故其客觀構成要件分別須具備保證人地位、發生構成要件結果、有作為可能性卻不為法所期待之特定作為且亦有因果關係⁴⁰⁶；而其主觀構成要件與作為犯之主觀構成要件基本相同，亦即主觀上必須認識相關犯罪事實，並對法益侵害之實現以不作為的方式，具備知與欲即可⁴⁰⁷。故網路平台業者所會引發的刑法上爭議之行為乃未移除使用者所散布之假訊息行為、放任使用者任意散布之行為或是網路平台業者對於散布假訊息是否有保證人地位之責任？而成立所謂刑法上的不純正不作為犯？

就此而言，只有在網路平台業者具有保證人地位，且應採取之措施足以防止特定結果之發生時，使具有從事一定行為之義務，才會成立⁴⁰⁸。故本文先檢討關於法有明文之危險前行為，端看刑法第15條第2項：「因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。」承認危險前行為係形成保證人地位，在此網路平台業者之前行為是否需為違背法律義務，到底何等前行為屬於危險前行為，而使其負有防止結果發生之義務⁴⁰⁹？若導致危險狀態的前行為乃是居於一個合法行為時，是否亦能成立保證人地位？通說在此認為，僅於攻擊型的緊急避難，避難者對無辜的第三者仍有救助義務；或是駕駛人對於事故

⁴⁰⁴ 此則係因商品製造者乃特定危險源之製造者，故就該危險源即負有監督與防止該特定危險發生之義務。例如食品公司應下架有食安疑慮之商品、汽車製造商應回收煞車失靈之瑕疵車等。

⁴⁰⁵ 其構成保證人地位之基本道理，便在於禁止侵害他人法益之一般性要求，亦即因自己行為而對他人法益產生危害時，即負有解消該危險以避免法益侵害結果產生之義務。僅參照自林書楷，同註156，頁461-462。

⁴⁰⁶ 由於不作為犯本質上之侷限，即必須透過修正式的條件因果關係，亦即「合乎法則的條件因果」加以判斷，其公式為「就結果的不發生而言，履行作為義務是否為不可想像其不存在之條件」。此外，尚必須加以判斷行為人倘履行作為義務後，是否至少「幾近確定」可致結果不發生，若答案係屬肯定，始得認為行為人之不作為與後續之結果間具有合乎法則之條件因果關係。僅參照自徐育安，不作為犯的因果關係，收錄於：不作為的現況與難題，頁173-180；最高法院106年台上字第3780號刑事判決意旨：「必行為人若履行保證人義務，則法益侵害結果『必然』或『幾近』確定不會發生，始能令之對於違反作為義務而不作為所生法益侵害結果負責，且此所謂『必然或幾近確定』可以避免結果不發生，應由檢察官負舉證責任。」

⁴⁰⁷ 僅參照自林書楷，同註156，頁458-464；林鈺雄，同註389，頁536-541。

⁴⁰⁸ 蔡聖偉，不作為犯：第二講—論故意之不純正不作為犯(二)，月旦法學雜誌，第53期，頁57-67，2007年2月。

⁴⁰⁹ 盧映潔，論危險前行為的成立要件—以德國聯邦最高法院判決見解為說明，月旦法學雜誌，頁115-117，第78期，2001年11月；盧映潔，由危險概念論網路服務提供者或網站管理人成立刑事責任之可能性，國立中正大學法學集刊，第6期，頁13，2002年1月。

之發生沒有過失，仍對受害人負有保證人義務，行為人應對相對被犧牲者排除損害繼續擴大之義務⁴¹⁰。故合法行為而未違反法規範義務的話，就不會成立保證人地位，採取行為須違反法規範義務論者也認為，前行為必須是客觀上違反義務，並且導致法益受侵害危險之行為⁴¹¹，故需具備違法的前行為才可以具有保證人地位。

再者，若該故意前行為使客體陷入一個發生法益侵害危險的密接可能性，是否亦能成立保證人地位？首先，所謂的危險前行為，係指任何人因為自己違反了法規範的前行為，而影響到他人法益發生損害之風險，就負有防止他人法益遭到侵害的義務⁴¹²，其構成保證人地位之基本道理，便在於禁止侵害他人法益之一般性要求，亦即因自己行為而對他人法益產生危害時，即負有防止該危險以避免法益侵害結果產生之義務。並且依照舉輕以明重的法理，過失不法前行為都可以建構保證人地位，那麼故意不法前行為更應該可以建構保證人地位⁴¹³；且需堅守行為規範的立場，也就是當行為人以故意的不法前行為，破壞行為規範時，此時應該賦予其救助義務以藉此表示行為人對行為規範的忠誠，而非認為行為人可以在破壞行為規範後，持續的漠視其要求⁴¹⁴。亦言之，就是該前行為需具有違反法規範之保護法益，且造成了結果發生才能構成保證人地位，透過行為規範證立法秩序之存續促使行為人進行回復義務。

第二款 網路平台業者成立不作為犯之檢討

依照危險前行為理論，本文認為對網路平台業者而言，無論是提供平台予以使用者或是提供商業利益之廣告等等，均非違背義務之不法前行為。具體而言，網路平台業者開發後讓使用者在平台上暢所欲言，均會對社會生活產生若

⁴¹⁰ 僅參照林山田，同註 143，頁 211-222。

⁴¹¹ 林鈺雄，同註 389，頁至 542；實務亦採取肯定說之看法，參照最高法院刑事判決 100 年台上字第 2643 號。

⁴¹² 盧映潔，同前 409，頁 13。

⁴¹³ 蔡聖偉，論故意不法前行為所建構之保證人義務，東吳法律學報，頁 149-150，第 18 卷第 2 期，2006 年 11 月。

⁴¹⁴ 蔡聖偉，同前註，頁 151。

干風險，因此，當立法者權衡重大的社會利益與產品的風險，而立法在法定安全標準之內，容許某程度的風險存在，若產生違法案件，乃立法者所容許的風險，尚不能對不法結果歸責，且網路社群平台亦應非專門為網路犯罪所設計之，故並沒有合法與否的問題，皆看網路平台之使用者該如何使用網路平台⁴¹⁵。

網路平台業者亦可主張其信賴每個使用者皆會合理使用，蓋此乃信賴原則之展現具有社會相當性，即在社會互通往來階段，允許一個人在日常生活中「理性冒險」，或是為了追求一個更高度的生活利益而接受某些行為的附帶風險，此在風險社會因應高科技產品技術的展現更具有高度不確定性⁴¹⁶。在行為人追求風險的同時並且遵循法律或具有社會共識之避險規範時，可合理信賴他人亦會遵循此等共同規範⁴¹⁷，每個人都會信賴相對人不會故意從事犯罪行為，並且亦避免使得他人受侵害之風險，故網路平台業者應可主張架設網路平台之行為符合刑法上風險。自無構成保證人地位之可能。

除非只有在平台業者提供服務的前行為創設出損害發生的危險，使得特定對象及法益處於與實害結果之發生有密切關聯之危險狀態才可，不過此危險該如何定義⁴¹⁸？若僅係一社會上容許的通常行為，是否仍要受到危險狀態之規範？誠然在現行法尚未對網路平台業者做出法規範之際，平台業者提供服務整合而能讓使用者在其平台發言，並非違反法規範義務之行為；僅能採取前行為不需違反法規範義務，而探討建立網路平台使得散布假訊息之行為，讓公眾或

⁴¹⁵ 臺灣士林地方法院 92 年度訴字第 728 號判決亦在判決中提及到：「無論是著作權法或其他法律，均無任何法律規範禁止、限制開發 ezPeer 軟體，或是禁止提供 ezPeer 軟體上市給大眾使用（此姑且不論被告乙○○開發 ezPeer 軟體且提供他人使用之際未有規範，縱被告乙○○經營之 ezPeer 軟體已達一定之市場規模，立法者亦未對其所為禁止或為限制—例如設立檢驗、攔阻會員傳輸某些特定（違法）檔案之義務）。再者，ezPeer 軟體並非管制物品，而其設立本身亦非專為侵害他人著作權所設立。」

⁴¹⁶ 蕭宏宜，同註 393，頁 72。

⁴¹⁷ 王皇玉，同註 137，頁 198-200。

⁴¹⁸ 盧映潔，同註 409，頁 15。

他人之對象及法益處於與實害結果之發生有密切關聯之危險狀態⁴¹⁹。文獻上亦有提出見解，認為網路平台業者或網路服務提供者在創造了平台或開始服務的提供時，也同時產生了使用者透過網路來侵害其它使用者之法益危險，而認為網路平台業者需對結果之實現負有防止義務⁴²⁰。

據此，若網路平台業者架構此平台確實大幅了增進行為人在平台上散布假訊息之違法行為，而藉由平台媒介助長假訊息侵害法益之風險，此種風險是否仍在法所規範容許之範圍內？詳言之，言論自由乃促進人類文明進步之重要社會性活動，現今網路科技發達而將言論之散布多著重在網路平台上的傳遞與進行，隨之而來的問題是，網路平台業者如何在大量的言論進行交流與傳遞時亦能保障言論自由，與避免侵害到法益的行為發生。蓋因刑法的目的在於透過禁止某些特定的行為防止危害發生，固然禁止平台使用可以有效的避免大量的假訊息進行散布，降低其所造成的危害，若將其歸責於網路平台業者上也剝奪了社會大眾使用網路科技產品的權利。故本文認為，雖網際網路的發展帶來了快速傳遞訊息之便利性，使得管制假訊息條文所欲保護之法益侵害風險相對提升，惟此亦應在法規所容許的風險範圍內，尚難認將此結果歸責於網路平台業者⁴²¹。

亦可以討論的是，網路平台業者現今多採取商業利益化模式，只要付出一

⁴¹⁹ 盧映潔，同註 409，頁 22。

⁴²⁰ 黃榮堅，電腦犯罪的刑法問題，國立臺灣大學法學論叢，頁 216，第 25 卷第 4 期，1996 年 7 月。

⁴²¹ 如同 EzPeer 案中的 ezPeer 軟體，法院判決亦認為說：「況且，就傳輸他人享有著作權之檔案而言，不論傳輸下載本均尚有合理使用空間，不能僅以會員有傳輸他人享有著作權檔案之行為即認侵害他人著作財產權，即認應負刑事責任。而在本案起訴時（即 92 年 7 月 9 日修正實施）之著作權法第 91 條第 2 項、第 92 條第 1 項關於非意圖營利重製及公開傳輸他人著作罪之規定，並以重製、公開傳輸數量及侵害金額達一定額度為要件，仍須視個案判斷之。據上所述，被告乙○○開發 ezPeer 軟體提供上市供他人使用，既可作為合於著作權法之使用，由此，就法律規範層面而言，被告乙○○開發 ezPeer 軟體、設置網路平台供會員傳輸下載檔案之行為，尚難認已製造了一個『刑法所不容許』之風險。因此，以客觀歸責理論檢驗，難認被告對不法之結果應予歸責。」不過法院的判決漏了一個重要的點並未明確，因就 P2P 之技術而言，係乃提供者親自參與並設計在使用者傳輸中斷的時候，網站能夠繼續提供傳輸功能，提供者將此服務與軟體以會員收費之方式提供給使用者，而讓其繼續違法下載侵害著作權，就此而言應有因果關係並且積極之促成不法行為，參照自陳家駿，同註 371，頁 38。

定的預算金額，就能讓自己所建立的粉絲專頁透過刊登廣告或加強推廣貼文使其頻繁出現在個人臉書動態頁面上，就此等廣告行為加重渲染了假訊息之散布⁴²²，是否為提高風險而為法規範所不容許，亦應對此侵害到規範假訊息之法益而負擔刑事責任？本文認為，就上述提升風險之行為，其與 P2P 技術不同地方在於，P2P 之傳輸方式在其中斷時需要平台提供者設計的程式或軟體，始能讓使用者之傳輸與下載繼續；而網路平台業者僅提供場域平台而讓使用者能夠暢所欲言，縱其係基於平台本身之演算法讓假訊息散布更為快速，然而對使用者本身所發布之訊息並無置喙餘地，而難以積極作為實現不法要件行為。

再者，本文認為廣告模式係乃網路平台業者賺取其經營網路平台的商業手段之一，目的亦在使其平台能夠在使用者與商業主體間尋求適合之管道，以吸引商業主體付費廣告吸引使用者之注意力，況且目前臉書或 Google 等大型網路平台業者皆在其社群守則規定並提升廣告營運的透明度機制⁴²³。僅能說使用者之數位素養才是網路平台之核心，現今使用者多有注意力稀缺之問題，如果使用者能夠不全然接收不實廣告之資訊，而能分辨廣告之正確性與好壞，將會降低不實內容訊息之傳遞速度，故應該以建構使用者的閱聽習慣為政策目標，而非以刑事法規範管制網路平台業者為主，維持刑法之謙抑性與最後手段性。

再就保證人地位來看其是否具有危險源監督之義務？文獻上亦有認為，僅在不純正不作為犯並不具有參與正犯實施之故意與意圖，透過不作為之方式介入他人之行為而使犯罪行為成立之可能，屬於間接侵害法益行為之邊緣加工，在網路平台業者接獲違法行為之發生而未採取對應措施之情形，就有成立危險源監督之義務⁴²⁴，其以美國 MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 案中聯邦最高法院之見解，認為 P2P 業者未嘗試建立其他機制來降低侵害著作權行為之發生，

⁴²² Patrick D. Soundy, *How Could Anyone Believe That? Balancing Fake News and the First Amendment*, 8 Wake Forest J.L. & Pol'y : Sua Sponte 18, 20(2018).

⁴²³ 黃銘輝，同註 44，頁 23。

⁴²⁴ 蕭宏宜，同註 393，頁 82-83。

故應不能忽略其幫助意圖⁴²⁵。不過 P2P 業者應與本文所欲討論之網路平台業者，在功能性亦有所不同，點對點之傳輸方式，其傳輸管道仍應建立在業者架設之平台上，而網路平台業者之方式係整合各種連線、應用系統或各類資訊內容服務，立基於整合之服務上提供平台，仍無對散布假訊息之內容有介入之餘地，僅能將演算法之助長假訊息散播論以幫助行為。

惟如今網路平台業者多有發展不實訊息之過濾機制或與第三方事實查核中心合作，共同降低散布假訊息行為與其影響，故本文在此並不認為網路平台業者具有不作為幫助。且現今網路平台為公眾使用之開放網路社群平台，而網路平台業者之功能係提供公眾使用網路上資料之服務，作為資訊傳播之媒介，而網路特性帶有結構性的高度風險。即行為人可透過網路進行違法或犯罪之濫用風險，網路平台業者參與網路運作，獲得龐大商業收益，雖可得知使用者之身分及行為，對於足以產生犯罪結果之危險，固然具有一定程度之監督義務，惟此項義務之具體內容與界線為何，尚無規範可循，且網路平台業者尚非執法審判、熟稔法律或負有偵查義務之人員，由其對用戶之行為是否構成違法加以判斷，是否適當，亦非無疑⁴²⁶。故本文認為仍有待相關規範網路平台業者制度之建立，才有可能使網路平台業者作為保證人地位，而以監督危險源之法理相繩，故就網路平台上使用者之言論意見交流，尚不足以此認為係「物之危險源」或「人之危險源」。

就防止結果之可能性而言，其與著作權法案件不同之處在於，網路上的言論沒有一定的客觀真實性事實，對比著作權案件中皆有關於著作權之客觀標準態樣，假訊息無法具有一個客觀可供查證之事實作為對照比較，且文獻上有提到說網路平台業者若經告知有不實訊息的存在，自然可以經由判斷後加以刪除，惟若未經告知，在網路世界無邊無際之情況下，甚難透過技術層面的克

⁴²⁵ 陳家駿，從網路電子交易評我國首宗 P2P 著作權重製與傳輸之 ezPeer 案判決，月旦法學雜誌，第 130 期，頁 59，2006 年 3 月。

⁴²⁶ 參照自臺灣高等法院臺中分院 103 年度上字第 325 號民事判決意旨。

服，將不實訊息加以刪除⁴²⁷。不過或許現階段已經有 AI 人工智慧學習區辨，資策會目前有研發以 AI 快速篩檢假訊息之平台⁴²⁸，其乃藉由當一筆疑似為假訊息的新資料匯入時，系統將自動與過去查證過的資料進行比對，透過訊息中夾帶的文字、連結與影片，來將內容類似的謠言歸類，甚至進一步擴大比對網路平台資料庫的資料，統計出各謠言的舉報數與查核情況。不過篩檢出來的結果只能檢測出該訊息有相關假訊息的關鍵字句，整體內容還是需要專家來做最後辨識判斷該訊息是否為不實訊息⁴²⁹。故就防止結果之可能性而言，網路平台業者是可以與「事實查核中心」加上輔助工具，共同對於假訊息做出判斷，並決定若有足以生損害於公眾之可能情形，而做出移除或是標註警語等作為可能性。

而在主觀要件的部分有無散布假訊息或是知道有假訊息卻不為移除之故意？倘若網路平台業者之主要目的在於從中獲得商業利益，而有積極之散布或轉換為廣告使其頻繁出現在大多數使用者之動態消息中，有別於一般使用者之貼文瀏覽等作為，藉其網路平台設施或服務加上演算法的後台數據控制，大量散布、轉載、分享他人所撰寫之不實貼文或假訊息等等，為獲得鉅額商業利益或點閱率，提供足以讓使用者違法散布假訊息之服務，應認為平台業者參與程度匪淺，只要其預見散布假訊息之結果發生，並容認其發生，而不違背其本意，且自該當於刑法第 13 條第 2 項之間接、不確定故意⁴³⁰。

⁴²⁷ 黃榮堅，同註 420，頁 218。

⁴²⁸ 科技力量助攻全面打擊假新聞！資策會聯手台灣事實查核中心開發「不實訊息快篩平台」，資策會服創所，2020 年 9 月 4 日，網址：
<https://dsi.iii.org.tw/%E6%9C%8D%E5%89%B5%E6%89%80%E7%A0%94%E7%99%BC%E6%87%89%E7%94%A8/fact-check/>，最後瀏覽日：2021 年 5 月 27 日。

⁴²⁹ Karen Hao, *AI could help scientists fact-check covid claims amid a deluge of research*, MIT Technology Review, (2020), from: <https://www.technologyreview.com/2020/05/29/1002349/ai-coronavirus-scientific-fact-checking/>, (Last visited: 2021.05.27)

⁴³⁰ 參照自臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 2146 號刑事判決：「被告飛行網公司所提供 kuro 軟體固為一中性之科技，該科技之本身並無合法與否之問題，端視行為人如何運用之。惟當科技之提供者明知其所提供予他人使用之科技可能被用以作為犯罪之工具，侵害法律所保護之法益，但其為追求自己之商業利益，竟對外以該科技具有此一功能為主要訴求而推銷之，誘使他人付費使用或購買，則其對於將來確實發生使用者利用該科技作為犯罪工具，造成法益被侵害之結果及因果歷程，自然係其事先可預見，且不違背其以該科技供使用者作為犯罪工具之本

綜上所述，對於網路平台業者在使用者散布假訊息之行為，知悉而不移除之不作为，本文認為無論是提供平台予以使用者或是提供商業利益之廣告等等，均非違背義務之不法前行為並非刑法第 15 條規定之危險前行為；亦無讓公眾或他人之對象及法益處於與實害結果之發生有密切關聯之危險狀態。除非係基於網路平台業者自己本身收取商業利益而加強其使用者之散布行為並且作為廣告使用，而利用網路平台影響到不特定多數人或他人之利益損害，否則建立網路平台應非法律上所禁止之風險行為，而無法將使用者所致生的損害歸責於平台業者；且其對於危險源之監督並無義務，故綜合以上保證人地位成立之類型與要件，本文認為網路平台業者並不具備保證人地位，而無從成立散布假訊息規範之不純正不作为犯。

第三款 網路平台業者成立幫助犯之可能性

本文探討網路平台業者在使用者自行散布假訊息之行為時，並不成立直接正犯與共同正犯，在知悉使用者散布假訊息而未將其移除之不作为行為，亦不成立不純正不作为犯，因網路平台業者在開發或設置網路平台供使用者進行意見交流之行為，在法律所規範之容許風險內，亦具備社會相當性之合法前行為而不產生保證人地位⁴³¹。但從整體網路行為觀察之，網路平台業者雖不成立正犯亦不直接散布假訊息，惟使用者確實係藉由此平台之服務而進行散布假訊息之行為，在具備條件因果關係之前提是否要無成立幫助犯之餘地？本文將逐一檢討幫助犯之要件與類型。

第一目 幫助行為

幫助犯為狹義共犯，受到共犯從屬性的限制，必須先有已經決意實行故意犯罪的正犯行為，才有成立幫助犯的空間⁴³²。依照刑法第 30 條第 1 項之規

意，依上開說明，自可認其具有不確定之犯罪故意，而不得於事後再以該科技仍可供其他合法用途使用，不知行為人會以之作為犯罪工具為由，推諉其不知情。」法院在 Kuro 案中亦就此認定行為人基於商業利益而對於犯罪行為具有不確定故意。

⁴³¹ 蕭宏宜，同註 393，頁 74。

⁴³² 參照最高法院 60 年台上字第 2159 號判例意旨。

定：「幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯。雖他人不知幫助之情者，亦同。」就其要件，係幫助行為以及幫助故意。就幫助行為而言，學說上向來認為，不管是給予物理上的幫助、心理上的幫助或是以具有保證人地位的消極不作為，均構成幫助行為⁴³³。基本上，只要讓正犯得以實現、更容易完成犯罪構成要件或是造成更大的損害，即可認為是幫助行為⁴³⁴；再者，則是主觀上的幫助故意，需有幫助故意與幫助既遂故意，只要有幫助他人從事特定犯罪的故意並且實現犯罪構成要件之故意，即具主觀構成要件該當⁴³⁵。

儘管在 ISP 的架構當中，散布假訊息的乃後端之使用者，非前端創建網路平台之業者，不過使用者確實使用了網路平台進行公開的散布貼文或是轉傳不實訊息，網路平台業者提供服務之行為與使用者散布貼文之行為，易於實現正犯之犯罪行為，提高法益侵害之風險，形式上亦有具備成立幫助犯所為之幫助行為，故在此可否對網路平台業者論以幫助犯之罪責？亦或者網路平台可以主張其乃日常行為之中性幫助⁴³⁶？以下分述之。

第二目 中性幫助犯之成立

所謂的中性幫助行為，係指此種行為與犯罪並沒有直接關係，是日常生活或業務往來上的典型社會行為，例如五金行的老闆將刀賣給客戶，如果此種社會交易往來行為被認為說成為其他犯罪行為人完成犯行之助力，那麼就會無限擴張到犯罪行為人所接觸過對其犯罪行為有助益之實現者，而影響到經濟交易

⁴³³ 林鈺雄，同註 389，頁 476。

⁴³⁴ 黃惠婷，幫助行為與因果關係，台灣本土法學雜誌，第 12 期，頁 138，2000 年 7 月。

⁴³⁵ 參照最高法院 108 年度台上字第 1094 號刑事判決：「所謂幫助他人犯罪，係指對他人決意實行之犯罪有認識，而基於幫助之意思，於他人犯罪實行之前或進行中施以助力，給予實行上之便利，使犯罪易於實行，而助成其結果發生者。是行為人對其幫助之行為與被幫助犯罪侵害法益之結果間有因果關係之認知，仍屬意為之，即得認有幫助犯罪之故意，要不因其所為非以助益犯罪之實行為唯一或主要目的而異其結果；且其所為之幫助行為，基於行為與侵害法益結果間之連帶關聯乃刑事客觀歸責之基本要件，固須與犯罪結果間有因果關聯，但不以具備直接因果關係為必要，舉凡予正犯以物質或精神上之助力，對侵害法益結果發生有直接重要關係，縱其於犯罪之進行並非不可或缺，或所提供之助益未具關鍵性影響，亦屬幫助犯罪之行為。」

⁴³⁶ 林鈺雄，同註 389，頁 480。

生活⁴³⁷。故學說上將此種中性幫助行為之成立檢驗上，有以客觀歸責理論之是否有製造法所不容許的風險者⁴³⁸；亦有以符合客觀構成要件中之社會相當性原則者⁴³⁹；亦有認為，此種日常生活性質皆必須兼具主觀與客觀面向之要件事實，難以切割觀察，故中性行為僅為多餘的概念，還是回到客觀上有無幫助行為，主觀上有無幫助故意為斷⁴⁴⁰；亦有認為幫助行為與主行為需合併觀察有無手段與目的之特殊行為關聯，加上幫助犯之幫助行為係以行為人之犯罪計畫為基礎進而去實施幫助行為⁴⁴¹。而我國實務見解係以幫助犯有無主觀上的幫助故意為斷⁴⁴²。惟亦有學說認為在上開見解欲將正犯所屬之客觀歸責理論導引進共犯實行層面，卻可能忽略了正犯之行為乃製造法所不容許之風險，共犯之行為乃是強化正犯風險行為之存在，兩者在刑法誡命規範仍有所不同⁴⁴³。

本文綜合以上觀點，網路平台業者在客觀上提供網路平台的服務，係屬一幫助行為，能使使用者更加容易散布假訊息，惟平台業者僅係在從事其日常業務性質的經濟社會活動，依照客觀歸責理論，可認為平台業者在提供網路平台時並未製造法所不容許的風險，此風險亦未超過日常生活中所容許的限度範圍內，並無製造刑法上的不法行為；就提供網路平台的幫助行為與使用者散布之主行為一併整體觀察，形成行為不法之特殊關聯，而可將違法行為之貢獻程度品質歸責，才可能對其論以幫助犯之適用。在主觀要件上，平台業者對於使用者利用其平台散布假訊息之行為，應無對於此種犯罪事實有清楚的認知，亦無促進其完成犯罪行為之意欲，故並不成立中性幫助⁴⁴⁴。

⁴³⁷ 蔡蕙芳，同註 395，頁 66。

⁴³⁸ Vgl. W/Beulke/Satzger, AT Rn. 908. 轉引自許澤天，同註 388，頁 349。

⁴³⁹ 林鈺雄，同註 389，頁 481。

⁴⁴⁰ 蕭宏宜，同註 393，頁 79-80。

⁴⁴¹ 古承宗，中性職業行為與可罰的幫助，月旦法學教室，第 158 期，頁 32，2015 年 11 月。

⁴⁴² 參照最高法院 101 年度台上字第 3797 號刑事判決。

⁴⁴³ 古承宗，同註 348，頁 136-137。

⁴⁴⁴ Ezpeer 案之法院判決亦採此見解，其認為：「而本案關於被告乙○○的行為，正如同本判決在討論被告乙○○是否與會員成立共同正犯時之論述，以現存證據，並無法證明被告乙○○基於侵害他人著作權之意圖而提供 ezPeer 服務機制，也無從確認採取 P2P 傳輸方式的 ezPeer 機制只使用於著作權侵害的用途上或以此為主要用途，此外，復無證據足資證明被告乙○○知悉各該會員

不過在 MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 案中，美國最高法院最後認為只要平台業者知道使用者之下載行為係有侵害著作權為已足，不須如我國 Ezpeer 案件中知悉特定使用者侵害特定檔案，才有侵害著作權之責任，兩者舉證責任相差甚異⁴⁴⁵。據此，若將網路平台業者視為使用者違犯散布假訊息規範之幫助犯一環，需要將其幫助的行為不法認為具有促成使用者之犯罪意欲與實現，否則就現階段網路之運作下，對於網路平台業者恕難將使用者之違法規範一併對其歸責，僅能考慮以純正不作為犯之態樣設計立法規範加以處罰，以杜絕大量散布假訊息之侵害⁴⁴⁶。

第三目 不作為幫助犯之成立

幫助行為的態樣除了積極的作為以外，亦可包含於消極的不作為，實務見解亦認為：「從犯之幫助行為，雖兼賅積極、消極兩種在內，然必有以物質上或精神上之助力予正犯之實施犯罪之便利時，始得謂之幫助。若於他人實施犯罪之際，僅以消極態度不加阻止，並無助成正犯犯罪之意思，及便利其實施犯罪之行為者，即不能以從犯論擬。⁴⁴⁷」換句話說，只要在他人實施犯罪之際，有消極的方式不為阻止，而具有防止結果發生之監督義務，並且有助成正犯的犯罪故意之幫助故意，即可以不作為幫助犯論罪⁴⁴⁸。

當網路平台業者違反其作為義務而不阻止使用者實施犯罪行為時，其該究竟係成立不作為正犯亦或者是幫助犯⁴⁴⁹？學說見解紛雜，有採主觀說者認為，若行為人是基於正犯意思而為違反其作為義務之不作為，此時應成立正犯，若

所傳輸之檔案，並能以之判斷各該會員是否正欲或所欲從事之違犯著作權法犯罪，因此，從上揭說明可知，被告乙○○既不知道特定會員如何利用其提供 ezPeer 軟體犯罪，或者僅知道有可能被用來犯罪，自無從被評價為幫助犯。綜上，應認被告乙○○提供 ezPeer 軟體整體服務機制（包括主服務與周邊服務）之行為，均不構成作為之幫助犯。」

⁴⁴⁵ 宋皇志，同註 385，頁 253。

⁴⁴⁶ 古承宗，同註 348，頁 137-139。

⁴⁴⁷ 參照最高法院 27 年上字第 2766 號刑事判例。

⁴⁴⁸ 蕭宏宜，同註 393，頁 81。

⁴⁴⁹ 林書楷，不作為正犯與幫助犯之區別，法學的實踐與創新—陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（下冊），頁 624，2013 年 7 月。

行為人僅係基於共犯意思（幫助意思）而消極不作為，則僅能成立幫助犯⁴⁵⁰；有採犯罪支配理論說者認為，若保證人具備足以阻止犯罪結果發生的力量時，代表其對於犯罪事件具支配地位，此時其不作為即應成立正犯。若保證人積極作為之介入仍不足以阻止他人犯罪結果之發生，或者尚須第三人的幫助始足以避免結果之發生，此時其不作為僅應構成幫助犯⁴⁵¹；有採幫助犯說者認為，只有直接實施犯罪之行為人具犯罪支配地位（行為支配），而不作為相較於積極犯罪行為往往僅具備較少之犯罪操控力，因此違反作為義務而未採取介入措施之保證人僅屬於犯罪之配角，僅因其升高了正犯犯罪行為成功的機會而構成不作為幫助犯⁴⁵²；採取義務犯說者認為，在作為犯的領域中，正犯與共犯之區別雖係以參與者是否具犯罪支配地位為基準，惟不純正不作為犯本質上為「義務犯」，在義務犯中決定正犯與共犯的標準並不是犯罪支配，而是在於特別義務的違反，因此若具保證人地位者違反其作為義務而不阻止他人實施犯罪，往往都應成立不作為正犯⁴⁵³。

綜上所述，本文認為，在散布假訊息之犯罪流程中，使用者已經作為正犯地位，可以想見的是，網路平台業者不移除之不作為行為，還能夠認為其犯罪貢獻是比作為犯還要多，而可以論為不作為正犯嗎？就此而言，由於建設網路服務平台讓使用者得以在平台上，藉此媒介從事發送訊息或撰寫貼文之功能，

⁴⁵⁰ 我國實務多採主觀理論。參照最高法院刑事判決 105 年台上字第 88 號意旨：「而就他人故意積極作為之犯罪所侵害法益具體結果之發生，負有法律上防止義務之人（即立於保證人地位者，下以此稱之），若對該他人之犯罪有所參與，其究竟應負共同正犯或從犯之責，原則上仍應依上開共同正犯、從犯之區別標準決定之。其中立於保證人地位者，縱僅消極不為阻止或防止行為，惟其與故意作為之正犯間，若於事前或事中已有以自己犯罪意思之共同正犯之犯意聯絡，其即係利用作為正犯之行為以達成其等共同犯罪之目的，即便其參與之方式，在形式上係以消極不阻止或防止之不作為使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現，而未參與作為之構成要件行為，亦係共同正犯。若立於保證人地位者，對他人故意積極作為之犯罪，與該他人間並無共同正犯之犯意聯絡，而僅能認有幫助之犯意，且其僅有上述使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現之消極不阻止或防止之不作為時，應成立該故意作為犯之幫助犯；若其主觀上亦難認有幫助之犯意（如對故意作為犯之作為無認識等），則在有過失犯處罰明文規定情形下，視其對故意作為犯之犯罪所造成之結果，是否符合應注意、能注意而不注意之過失要件，論以過失犯。」

⁴⁵¹ 古承宗，不作為之正犯與共犯的區分，月旦法學教室，第 221 期，頁 23，2021 年 3 月。

⁴⁵² Vgl. Kühl, Strafrecht AT, §20 Rn.230. 轉引自林書楷，同註 449，頁 630。

⁴⁵³ 林山田，同註 143，頁 281；許澤天，不純正不作為犯的正犯標準，東吳法律學報，第 26 卷 4 期，頁 123-171，2015 年 4 月。

係為科技中立之行為態樣，並非有違反法規範之行為，即便在未阻止使用者散布假訊息或撰寫假訊息貼文等等，亦無法律上之規範義務，而不會成立不純正不作為正犯⁴⁵⁴。具體而言，若將網路平台業者架設網站之功能，是讓一般人民可以藉此網路工具上網分享、留言或撰寫貼文等等，均是讓用戶分享多元意見、體驗、想法和資訊，而有設立《社群守則》等等。

除非其架設社團或平台之目的即是為了散布假訊息所為，而居於正犯地位之支配權能，例如擁有控制後台言論審查機制之「內容農場」，其特色就在於係為了創造流量、賺取網路廣告分潤所建立的網站，它們多以各種非法手段大量生產文章，原創性少數加上內容的真實性難以確認，且像是內容農場許多文章並未通知著作權人而將其盜用、抄寫或改寫而來，內容常常參差不實訊息，而形成管制上之漏洞⁴⁵⁵。

對於在網路平台上散布此種具有不實性之文章而言，其最大的資源係來自於網路平台業者之廣告利益⁴⁵⁶，因為其標題具有聳動性，更容易吸引使用者進去點閱，一方面達到散布假訊息之目的，另一方面網路平台業者亦可藉此使用者之點閱紀錄，更加投放其所好之相關不實文章，提高傳播速度，增加其廣告收益⁴⁵⁷。故可認為對於內容農場之假訊息文章而言，網路平台業者雖然沒有直接支配其假訊息之生成，但仍因為演算法之推算設定下，而得讓其不實文章藉此散布，網路平台業者係具有不移除或不審查之不作為幫助犯，在具有守門人地位之情況下⁴⁵⁸，若無法針對網路平台業者進行演算法等相關管制或加以篩選

⁴⁵⁴ 相同見解黃惠婷教授認為，網際網路服務提供者對於受法益侵害者並不具有特別排除侵害之義務，亦無法律規定之義務、事實上監督控制之可能性或享有編輯權能，而有責任去阻止他人之違法行為。參照自黃惠婷，幫助犯之幫助行為一兼探討網路服務提供者之刑責，中原財經法學，第5期，頁37，2000年7月。

⁴⁵⁵ LINE群組的假訊息從哪來？跨國調查，追出內容農場「直銷」產業鏈，報導者，2019年12月26日，網址：<https://www.twreporter.org/a/information-warfare-business-disinformation-fake-news-behind-line-groups>，最後瀏覽日：2021年4月20日。

⁴⁵⁶ Global Disinformation Index, The Quarter Billion Dollar Question: How is Disinformation Gaming Ad Tech, from: https://disinformationindex.org/wp-content/uploads/2019/09/GDI_Ad-tech_Report_Screen_AW16.pdf, (Last visited:2021.06.07)

⁴⁵⁷ 鄭元皓、吳永達，同註126，頁97。

⁴⁵⁸ 王奕雅，社群媒體假訊息的管制模式—以美國法為比較基礎，國立台灣大學法律學研究所碩

剷除不實訊息之產生，內容農場將藉此散布更多不實訊息。

另有類型者乃係自動生成假訊息之機器人帳號⁴⁵⁹（social bot）或稱為假帳號（Fake Accounts），此乃為了讓背後操縱者達成一定議題之熱度，同時利用帳號達成不同意見之炒作，進而控制輿論與話題走向並改變人民之固定觀點⁴⁶⁰。此類型之行為手段，依照網路平台業者之規則，其乃係基於實名制之建立帳號方式⁴⁶¹，讓每個使用者都能在其平台自由暢所欲言，今以假帳號或機器人帳號之方式作為平台之使用者，而藉由平台散布假訊息以達到違反我國假訊息之規範，平台業者對此具有控制與審查權限，包括封鎖問題帳號或甚至移除，其係具有支配權限，故若認為平台業者對於假帳號之散布假訊息行為有應移除而未移除之情況，應肯認其具有保證人地位具支配地位，而得以規範假訊息條文之不純正不作為正犯處罰。

不過，就一般常見具有真實性之使用者帳號，如臉書、Line、推特或「Instagram」等等，其係應為帳號使用者本身之散布假訊息行為，尚難認為屬於網路平台業者應該管控散布假訊息行為之不作為犯態樣。因此違反作為義務而未採取介入措施之網路平台業者僅屬於犯罪之配角，僅因其客觀上建設網路平台升高了使用者散布假訊息之犯罪行為成功的機會，惟主觀上仍無以散布假訊息之幫助故意，故亦難認為其乃構成不作為幫助犯。

第三項 小結：網路平台業者不成立犯罪

據此，對於網路平台業者而言果需課予一定之法律責任，而本文為刑事法論文，若在現行法無明文規範其刑事責任下，僅能對管制網路平台業者依照傳

士論文，頁 109，2020 年 12 月。

⁴⁵⁹ Nick Bilton, *Social Media Bots Offer Phony Friends and Real Profit*, The New Yorks Time, 2014.11.19, From: <https://www.nytimes.com/2014/11/20/fashion/social-media-bots-offer-phony-friends-and-real-profit.html> (last visited: 2021.04.20)

⁴⁶⁰ 鄭元皓、吳永達，同註 126，頁 76-77。

⁴⁶¹ 參照自臉書(Facebook)之《社群守則》第 4 項第 17 點，關於帳號誠信及真實身分，網址：<https://www.facebook.com/communitystandards/misrepresentation>，最後瀏覽日：2021 年 6 月 7 日。

統刑法上之原理原則進行探討。故網路平台業者在做為網路中介者，是否應該對於使用者散布假訊息之行為、知悉該消息為假訊息，卻未為任何刪除、標記或警告等行動時⁴⁶²，就此成立共同正犯、不作為犯或不作為幫助犯。現行實務對於網路平台業者就是否與使用者一同成立犯罪之問題，參酌臺灣臺北地方法院刑事裁定 107 年度聲判字第 133 號，本實務見解係以網路平台業者與使用者之間並沒有主觀上的犯意聯絡與客觀上的行為分擔，亦難以對此主觀犯意聯絡有所證明，而不成立共同正犯⁴⁶³；而在不作為犯的部分，實務見解乃從不作為犯之因果關係做認定，架設網路平台與違犯之規範並無任何因果關係⁴⁶⁴。

本文就此認為，網路平台業者在共同正犯之成立並無對客觀上必須具有對假訊息之製造內容有共同行為支配或實施製造假訊息內容，主觀上亦無有對於假訊息之流通與造成他人之損害有認識，而無法成立共同正犯；而在不作為犯之成立上，若網路平台業者在服務約定條款上對於網路平台使用上，基於提供資訊傳播媒介、參與平台之運作並收取商業收益，故對於使用者之行為具有違法風險控管之責任，惟其仍約定以使用者自行承擔散布言論之風險的話，雖具有一定之監督義務，不過目前並無相關法規可循跡，難以就不作為犯歸責於網

⁴⁶² 范姜真嫩，同註 349，頁 51。

⁴⁶³ 臺灣臺北地方法院 107 年度聲判字第 133 號刑事裁定：「復觀諸系爭留言之內容，並未提及闊力公司或被告，且綜觀卷證據資料，均無從認定被告與『某甲』曾有實際接觸或接觸之可能，甚或被告知悉或可得知悉『某甲』真實身分之可能，實難認被告為發表系爭留言之行為人，更無由認定被告與『某甲』之間有何犯意聯絡或行為分擔可言。聲請交付審判意旨雖以被告經聲請人日商磐石公司多次要求被告及闊力公司刪除系爭留言，並要求提供『某甲』之個人資料，然被告及闊力公司均置之不理，且闊力公司設置『Qollie 網站』過程中有募集資金等情，而認被告必然與『某甲』有犯意聯絡與行為分擔云云，惟僅係其片面臆測之詞，顯難憑採。」

⁴⁶⁴ 同前註：「縱令系爭留言造成聲請人日商磐石公司之名譽受損，然闊力公司經營架設『Qollie 網站』之行為並無不法性可言，且其經營架設『Qollie 網站』之行為，並不必然發生聲請人日商磐石公司名譽受損之結果。是被告身為闊力公司之負責人，其透過闊力公司經營架設『Qollie 網站』，進而提供他人在該網站發表留言之行為，難認與聲請人日商磐石公司之名譽受損有何相當因果關係，自無從認定被告有何妨害名譽之犯行。況系爭留言既經發表於公開之網際網路，供不特定多數人得以瀏覽查看，『某甲』散布言論之行為即已完成、既遂，至闊力公司或被告事後是否刪除系爭留言，僅屬損害是否繼續發生或有無擴大之虞的範疇，與『某甲』發佈系爭留言之行為並無直接關聯，更無由與『某甲』成立加重誹謗罪之共犯或構成刑法加重誹謗罪之不作為犯。」

路平台業者⁴⁶⁵；最後就幫助犯的部分，其未介入散布假訊息之行為而僅屬於犯罪之配角，雖建設網路平台有升高了使用者散布假訊息之犯罪行為成功機會。惟主觀上亦未對於犯罪事實有清楚的認知，亦無促進其完成犯罪行為之意欲，且需有事實證明散布假訊息之幫助故意，才能對其進行刑事責任之歸責。

而網路平台業者也不是法院，它們很難判斷什麼是誹謗性言論什麼是不實性言論。例如，要求 Twitter 或 Facebook 參與諸如裁決之類的事情似乎是不合理的，最簡單的方法是說，如果某項言論被主管機關認定為誹謗或不實訊息，網路平台業者必須將其刪除，否則將被追究責任，沒有合理懷疑的情況下，網路平台業者是否也應該有義務刪除訊息？由於網路的性質，通知和刪除無法提供完整的解決方案，言論一經張貼，它實際上可能永遠存在於網路世界之中，當然對於網路平台業者還有很多的操作空間，它也不受言論自由保障的約束，可以在它們認為合適的時候對不實言論做出反應，惟實際上很多都是做出表面⁴⁶⁶。不過，有鑑於有關政治候選人的不實訊息所帶來的風險明顯大過於其他不實言論之存在，網路平台業者應該採取比現在更多的行動來刪除此類陳述，即使它們利用了網路平台業者所提供的政治性廣告利益中所做出的⁴⁶⁷。

況且，美國聯邦最高法院在 Grokster 案之見解表明，雖然引誘侵權之責任在於平台提供者，惟只有在平台業者明確的表達或其他促進侵權之積極行為展現，證明其係以促進該設備之使用以侵害著作權為目的而散布該設備者，應為他人之侵權行為負責。不過，其又進一步說明，為顧及著作權保障與科技創新間之平衡，單就知悉該設備具有侵權使用之能力，或確實知悉有侵權使用之發生，並不足以課予平台業者負擔侵權責任。故若系爭平台或科技非在實質上具有侵權行為之目的，則在無其他可資證明侵權意圖之情況下，法院不得單就平台未積極防止侵權行為之發生，即判定其應負擔間接侵權責任，否則將踐踏到

⁴⁶⁵ 范姜真嫩，同註 349，頁 66。

⁴⁶⁶ Cass Sunstein, *supra* note 336, at 414.

⁴⁶⁷ Cass Sunstein, *supra* note 336, at 414-418.

安全港原則⁴⁶⁸。故為了避免網路科技之創新，雖然單純知悉有侵權的可能，仍不足以使平台業者負責。

對此，在歐盟方面，高階專責團隊(High-Level Expert Group)建議委員會，對於網路資訊平台之流通，應當明確避免任何形式的公共或私人審查制度。其建議旨在，增強在線新聞的透明度，包括充分和隱私兼容地共享有關使它們能夠在線發行的系統數據；提升媒體素養和新聞報導專業度以對抗假訊息；開發辨識訊息內容之工具以增強使用者和新聞工作者的辨識能力，以解決假訊息並促進對訊息技術的積極參與；維護歐洲新聞媒體生態系統的多樣性和可持續性，以及推動繼續研究假訊息在歐洲的影響，以評估不同參與者應採取不同的措施，並不斷調整必要的措施⁴⁶⁹。針對最緊迫的問題，例如在選舉期間針對選舉相關之假訊息提供短期應對措施，並且同時針對長期的媒體素養與人民意識提供培育措施，以增強社會對假訊息的辨識與抵禦能力。

針對歐盟的建議，或許對於我國網路平台業者而言，如何訂定有效的法律規範要求負責降低假訊息之傳遞、流通與移除，將假訊息認定為違反社群守則(Community Standard)而予以移除，避開可能關於箝制言論自由規範與爭議。但採行這種模式，讓網路平台業者掌管公眾討論內容及言論自由市場之走向的權力，是否比起不規範而讓更多言論進入網路平台內而為合適，仍有待現實面與法制面進行調和。不過，以刑事法對網路平台業者進行規範仍為最後手段性，而非解決散布假訊息之良藥方針。

第三節 其他替代機制之解決方案

由於網路時代的來臨，隨著科技日新月異，新型態之網際網路服務亦不斷萌生，例如透過網路平台提供各種之社交服務串聯其他社群軟體，讓使用者可

⁴⁶⁸ MGM. Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005).

⁴⁶⁹ HLGE, *Final report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation*, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>, (Last visited:2021.05.28)

以享受多種科技，例如具有供多數人留言之平台，或由他人推廣播送訊息等等。有鑑於此，近年來，使得網路平台成為資訊傳遞過程中的要角，其引發的議題對於言論交流的市場實具有舉足輕重的影響力，為確認數位平台業者之權利義務歸屬，以確實促進言論自由之保障及資訊流通，本文在此將介紹各國法制針對網路平台業者之影響力與保障言論市場，如何因應與改革進而提出評析。不過，在現今關於管制假訊息之修法新增條文皆以「以傳播工具散布謠言罪」為新加重罪刑之態樣，本身似未考慮傳播平台媒體於近年來傳播模式上之改革與特性，而一併將其分類歸屬於傳統媒體。亦即僅得透過單向傳播資訊且重複性、時效性較低之廣播或電視來做處罰，與具有資訊來源多樣性、傳播頻率緊密性，容易形成資訊網路封閉的「同溫層」現象，顯然傳統媒體難以與電子通訊、網際網路相提並論，並又再補上「其他傳播工具」之截堵概念，顯然過度前置刑罰發動的必要性。

所以說，數位科技對於資訊傳遞的推展，提供了人民發布「更多的言論」的媒介與平台，或許就言論自由市場本質來說，更可以促進各式各樣的言論交談，但在自由競爭的結果下，就會變成政府與有心人士將網路平台，藉由網路平台服務者(ISP)係為私人公司而有之商業營利目的，經由蒐集使用者在網路上留下的足跡資料，進而利用大數據預測使用者的偏好並滿足之，而讓其它欲針對使用者偏好之企業或有心人士，藉由演算法將對此進行資訊的播送，而網路平台業者就配合贊助者提供客製化的服務與資訊，讓使用者所接收到的資訊，越來越封閉而將自己關在像是回聲室(echo chamber)裡面，再也無法獲得其他資訊，而掩蓋了更多言論之市場本質。資訊世代兩極化之趨勢，造成整體資訊生態邁向破碎化與片面化，使得使用者在網路平台所看到的內容更加偏頗與個人化，有心人士藉此利用演算法工具，而操縱假訊息來達到其目的。總結來說，網路平台助長了演算法，其扮演一個決定特定內容是否合乎規則，造就了其所提供言論之環境會是什麼，都受到了演算法的影響。

故在本節當中，本文將考究外國立法例現今有無對網路平台業者設立管制之規範條款，而其施行適用之成效如何？又或者是國際法上有無相關規範，可資我國法作為立法或修法之借鏡？再看本國法內有無相關立法管制之條文，運用相似之原理而得以作為管制網路平台業者之法規範？由數位平台的責任議題，可觀察到政府的管制政策對於國家傳播產業帶來的影響無遠弗屆，其政策的方向將可能間接撼動平台自身內部法規與倫理規範的形塑，更可以外部政策而生之處分，對於平台產生直接的管制效果，以下將逐一分述之。

第一項 NetzDG 德國社交網路執行法

德國在 2017 年通過《網路執行法》，管制網路社群平台業者，須要自行檢查並且刪除違法的「仇恨言論」，再進一步加強執法取締範圍，除了臉書(Facebook)、推特(Twitter)等，其用戶乃超過 200 萬的業者為取締重點外，Reddit、Tumblr 等社群平台，甚至是俄羅斯社群網站 VKontakte，也被鎖定為重要執法對象，若未能即時刪除違法言論，都將面臨最高 17.5 億元台幣的巨額罰款⁴⁷⁰。其法規內容要求社群媒體在 24 小時內刪除「明顯違法」(manifestly unlawful)之內容，其他有爭議時則要移送由業者出資、政府授權的第三方機構，在七天內調查完畢後再行查核與刪除。

惟德國學界對此法規範批判甚多，除了侵害到使用者在平臺上的言論自由外，更是違反了法律明確性與法治國原則⁴⁷¹。不過我國學者對此看法採取不同看法，認為對於法律明確性的批判並不會讓網路執行法對違反第 4 條規定之條列情形進行處罰，毋寧只是針對申訴處理程序的系統；且若基於法治國原則而讓德國政府自行處理網路平台業者的申訴違規事件，將導致國家機關之延宕與阻塞，讓網路平台業者自行審查亦不會對國家訴追機關有妨礙追訴職權之虞

⁴⁷⁰ 社群網站未刪仇恨言論德國最高開罰 17.5 億元，蘋果日報，2018 年 1 月 1 日，網址：<https://tw.appledaily.com/international/20180101/GOKR63XJRDLI5JY4OQGA36IJGI/>，最後瀏覽日：2021 年 4 月 16 日。

⁴⁷¹ 蘇慧婕，正當平台程序作為網路中介者的免責要件：德國網路執行法的合憲性評析，國立臺灣大學法學論叢，2020 年 12 月，第 49 卷第 4 期，頁 1937。

惟在該法執行後，網路平台業者就對其提交透明度報告的分析，在網路執行法實施後的結果並未對使用者的言論有過多的阻擋，使用者亦未對管制進行大規模的申訴⁴⁷³。而學者最後亦也建議應採取保障使用者之言論自由之正當平臺程序，並且「強化監督社群網站申訴處理程序」，藉由限制國家直接介入網路平台業者之運作下，使業者自主性的提高報告的透明性與說明性義務⁴⁷⁴。

第二項 馬尼拉中介者責任

《馬尼拉原則》(Manila Principles on Intermediary Liability)是電子前哨基金會(Electronic Frontier Foundation, 簡稱EFF)和其他非政府組織所制定的一套審查和刪除法律標準，旨在指導政府實施保護言論自由表達的法律。此原則在引言中揭示說，雖然所有網際網路上的資訊與通訊，都是由網際網路服務提供者、社交網路和搜索引擎等中介者所促成的，不過亦需要對中介者規範這些通訊內容並且制定負有法律責任的政策，而將會對使用者的多項權利產生影響，包括表達自由、結社自由和隱私權等。

故為了保障表達自由和創造利於創新的環境，以調和政府和其他利害關係人的需求，來自世界各地的公民社會團體共同合作，提出了此基本保護措施和最佳實務的框架。這些原則皆會建立在國際人權宣言和其他國際法律框架的基礎上。若有未受通知的中間人責任政策、生硬而嚴厲的管制措施、不符合必要性及比例原則，以及政策缺乏一致性的狀況，使得政府和民間機構得以進行審查及其他違反人權的濫用行為，限制了個人自由表達的權利，也創造出不確定的環境來阻礙創新。政策制定者和中間人在制定、採用和審查涉及中間人對第三方內容負責的法律、政策和實務做法時，應該對這裡提出的框架予以考慮。

⁴⁷² 蘇慧婕，同前註，頁 1938-1940。

⁴⁷³ William Echikson & Olivia Knodt, *Germany's NetzDG: A Key Test for Combatting Online Hate*, CEPS Policy Insight, 7,9 (2018).

⁴⁷⁴ 蘇慧婕，同註 471，頁 1962。

其宣言目標是鼓勵建立可交互運作、和諧的責任制度，既可以促進創新又能依照《世界人權宣言》、《公民及政治權利國際公約》，和《聯合國工商業與人權指導原則》尊重使用者權利⁴⁷⁵。

而對於網路平台業者之責任，其原則亦有提到說，在管理中介者（平台業者）的部分，法律的制定必須具有明確性與可預見性、中介者在沒有參與修改內容的情況下，中介者應該免於對第三方內容承擔責任、中介者不得因託管違法的第三方內容被追究無過失責任，也不得在中介者責任制度中要求中間人對內容主動進行監控，故綜合以上幾點中介者應免於對第三方內容負擔責任⁴⁷⁶。再者，此原則亦要求除非一個獨立且公正的司法機關發布命令認定爭議內容為非法，否則不得命令中介者對使用者所發布的內容進行限制，因為限制內容之命令管制到使用者之言論自由權，針對憲法上所保障的基本權利應由司法機關來作為限制的主體才符合法治國原則⁴⁷⁷。不過若司法機關對其所做出的限制，應該要具備明確性、可預見性及符合正當法律程序原則之要求，且符合適當性、必要性與最小侵害手段原則⁴⁷⁸。而限制的非法內容應包含下列幾個元素，該內容為非法的法律依據、爭議內容違反中間人內容限制政策的原因與網際網路識別元⁴⁷⁹及據稱違反內容限制政策情況的描述等等⁴⁸⁰。

第三項 法國管制假訊息之規範結構

第一款 概述

由於法國對於假訊息較新進的規範與管制，即法國 2018 年 12 月 23 日由總

⁴⁷⁵ See, Manila Principles on Intermediary Liability, From : <https://manilaprinciples.org/zh-hant>, (Last visited : 2021.04.21)

⁴⁷⁶ *Id.* See paragraph 1.

⁴⁷⁷ *Id.* See paragraph 2.

⁴⁷⁸ *Id.* See paragraph 3、4、5.

⁴⁷⁹ 網際網路識別元（Internet identifier）係指電子郵件地址，即時消息地址或標識符，或在網路通信或發布過程中用於自我識別的任何其他名稱或綽號，包括在網路通信或發布過程中用於路由或自我識別的所有名稱。See, Law insider, From : <https://www.lawinsider.com/dictionary/internet-identifier>, (Last visited : 2021.04.21)

⁴⁸⁰ Manila Principles on Intermediary Liability, *supra* note 467, See paragraph 3.

統公佈之「反資訊操縱法」(LOI n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information)與「反資訊操縱組織法」(LOI organique n° 2018-1201 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information)，此一立法始於法國現任總統馬克宏於競選總統期間，深受不利於己的假訊息，而於 2018 年的元旦賀詞提出「改善我們的法律制度以保護虛假新聞中的民主生活」的政策方向，並於當年完成立法⁴⁸¹。故而，法國對於假訊息的管制，很關鍵地係以選舉期間為考量。而此新立法主要著重於兩個面向：一方面是選舉法典的修訂，另一方面則是媒體平台經營者對抗散布假新聞之合作義務。這樣的立法趨勢，似乎與我國先前研議立法方向有相近之處。

第二款 反資訊操縱法

法國此次關於反資訊操縱法之建立以更具體地應對選舉前通過大型網路平台業者關於大規模散布假新聞的問題，主要分為三大部分，第一則是關於選舉法規的相關規定、第二則是通訊自由法的修改條文、第三則是管制網路媒體平台業者合作對抗假訊息之義務規定⁴⁸²。

首先針對修改選舉法規之規定，這項新法規要求大型的網路平台業者必須在國家大選之前的三個月內遵守以下行為：第一，必須提供網路平台使用者「忠實、清楚和透明的資訊」，了解到提供利益於宣傳相關的「公共利益辯論的訊息」之人的身分或有登記地址的公司；第二，使用者也須了解到在宣傳與「公共利益辯論的訊息」有關的內容，所提供關於使用個人數據的「忠實，清楚和透明的資訊」；第三，當平台業者宣傳上述有關於「公共利益辯論的訊息」超過一定的額度時，必須公開其所使用之金額。不僅如此，新的立法還規定說在選舉前的三個月內，緊急審理法官可命令「採取任何比例和必要措施，以制

⁴⁸¹ 當假新聞踩到法律紅線！防治假新聞：立法管制的困難險阻，卓越新聞電子報，2020 年 2 月 18 日，網址：<https://www.feja.org.tw/50647>，最後瀏覽日：2021 年 4 月 13 日。

⁴⁸² Jean-Marie Pontier 著，吳秦雯譯，假新聞之控制，月旦法學雜誌，第 292 期，2019 年 9 月，頁 37。

止蓄意、人為或自動的大規模在網路上散佈不實信息。」，檢察官、候選人、政治團體、政黨或任何有資格的人，都可以將不實訊息或假新聞的案件提交給法官，法官就必須在四十八小時內對該動議作出裁決⁴⁸³。

再者，關於通訊自由法的修正，法國立法者設立了獨立機關「最高視聽委員會(Superior Council on Audiovisual)」，其有權限基於人性尊嚴、自由、他人財產權、言論自由的表達、未成年人的保護、公共秩序的確保以及國家安全利益等，對於有嚴重侵害之虞之業者，得以撤銷、廢止其許可或是進行裁罰⁴⁸⁴。

最後，除了上述內容以外，新法規還要求大型網路平台業者實施防止散佈可能干擾公共秩序或影響選舉有效性的不實信息之相關措施，其必須使用顯而易見且易於辨識的方式，來讓使用者看的出來此乃有特殊標記的不實信息，並且業者必須向最高視聽委員會提供年度報告，詳細說明其為了打擊散佈不實信息而採取的措施⁴⁸⁵。

第三款 立法分析

綜觀來說，法國反資訊操縱法課予網路社群平台資訊透明以及配合改善的法律義務，使任何人得在選舉一定期間內，向法院聲請停止假訊息之散佈，且法院必須 48 小時內作成裁定。不過就有論者質疑，假新聞的法律定義認證困難，無法在短短的 48 小時內由法官確認該訊息的真實性⁴⁸⁶，且何種訊息是對於選舉結果有影響的結果，以抽象危險犯的角度觀之，其散布行為並未有干涉到社會利益的擾動，對於法益侵害而言甚為稀薄，故仍應觀察其適用成效。

立法者在 2019 年 5 月修法係參考了法國反資訊操縱法之立法規範，在總統副總統選舉罷免法、公職人員選舉罷免法之草案中，導入緊急限制刊播令，規定選舉公告發布或罷免案宣告成立之日起至投票日前 1 日止，賦予擬參選人、

⁴⁸³ Initiatives to Counter Fake News: France, The Library of Congress Law, from: https://www.loc.gov/law/help/fake-news/france.php#_ftn9, (Last Visied: 2021.04.12.)

⁴⁸⁴ Jean-Marie Pontier 著，吳秦雯譯，同註 482，頁 38。

⁴⁸⁵ 同註 483；Jean-Marie Pontier 著，吳秦雯譯，同註 482，頁 39。

⁴⁸⁶ Jean-Marie Pontier 著，吳秦雯譯，同註 482，頁 41。

候選人、被罷免人或罷免案提議人針對不實內容之競選或罷免廣告，得向法院聲請緊急限制刊播令，並由法院3日內為裁定⁴⁸⁷。不過，司法院以「法官保留不適用於不實廣告刊播限制」、「法院並非第一線事實查核之最適機關」與「法院不宜過早介入民主政治進程」等3理由表示司法權可能不符合功能最適合之反對立場⁴⁸⁸。而根據司法院的理由，綜合本文前揭介紹之法國反資訊操縱法，認為法國法之脈絡亦可能不適用我國，且上開草案立法未敘明交由司法權之理由，僅稱「緊急限制刊播令程序具有高度急迫性及迅速性，且選舉罷免不實訊息影響民主選舉罷免制度甚鉅，具有不可逆性，爰.....定明 法院應於收到聲請之日起3日內裁定」等語。

本文在此認為，若欲依靠我國法院在3日內為裁定限制刊播選舉不實訊息，有以下幾點疑慮：第一，我國法院能否負荷如此眾多的案件量，我們可以從日常生活中得知，不實訊息的傳遞已經不為少數，只要有引起人民觀感或意見的事物發生，就會有其訊息地流竄。更何況是在選舉或罷免期間，其不實訊息基本上隨著選舉日越接近就開始大幅攀升，而到選舉日之後，就會大幅下降⁴⁸⁹，故法院在選舉期間能否負荷暴增的案件量難以計量；第二，我國現行法院實務若需在進入審理程序前或判決確定前，由法院進行的裁定，乃係以侵害人民權利最為嚴重的人身自由基本權為對象，例如羈押的裁定。就其餘尚非嚴重於羈押處分之基本權干預措施，都無經由法院在庭前審理裁定，就人民言論自由基本權是否需以法院審理裁定，本文認為有殺雞需用牛刀之疑慮；三者，法院對於不實訊息該如何認定？依照修法草案其僅需參選人、被參選人、被罷免

⁴⁸⁷ 行政院新聞稿《行政院會通過「總統副總統選舉罷免法」及「公職人員選舉罷免法」部分條文修正草案》，2019年5月16日，網址：<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/10e51ea1-8126-41cf-866c-68024f6c88ff>，最後瀏覽日：2021年4月10日。

⁴⁸⁸ 司法院新聞稿，《不實選罷廣告之刊播限制，不宜由法院擔任第一線審核機關新聞稿》，2019年5月17日，網址：<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=459197>，最後瀏覽日：2021年4月10日。

⁴⁸⁹ 王宏恩，選舉前的假新聞比較多嗎？從LINE事實查核軟體一窺真相，網址：<https://opinion.cw.com.tw/blog/profile/462/article/8486>，最後瀏覽日：2021年4月12日。

者或罷免提議者提供法院相關不實訊息散布之證據，那法院對於其所提供之訊息是否有正確的判斷基準，就事實查核之部分亦需要一定的作業天數才能確保所散布之訊息為不實訊息，法院如何能在法定限制期間內作出認定？

上開見解僅為本文對選罷法修正草案所歸納出可能適用之疑慮，相較於法院法官之適格性，行政機構更兼具備通訊傳播、網路媒體等事務之熟悉度及專業度，於決策上較具彈性、快速反應性，並擁有較充足之組織、人力資源。現今除了行政機關外，多有致力於事實資訊查核之機構，如民間媒體、平台業者或事實查核機構等等。故針對不實言論內容資訊的即時判斷，考量限制選舉期間散布不實訊息之緊急刊播令，法院並非最適合之機關，行政機關較適宜做為執掌第一線的即時判斷任務，再由司法機關若散布者不服相關行政罰或行政處分，對行政機關所限制之不實言論之行政行為，再循事後司法權利救濟⁴⁹⁰。

⁴⁹⁰ 羅承宗，同註 141，頁 58-59。

第五章 結論

網路平台經由演算法的加乘效應、網路的匿名性與資訊快速擴散性，將點擊率轉化成具有商業價值的指標，讓有心藉由資訊來達成其目的之人找到有機可乘之機會，操縱大眾對於議題之接觸而僅能接收到片面之資訊。針對網路平台這個新興言論交流之領域，若以「言論思想自由市場」與「更多的言論」的理論來相應，傳統言論自由理論是建立訊息數量是人們可以理性進行對談與理解的假設上，但是今日網際網路與網路平台的興盛，人們接收的訊息量如此之多、傳遞的速度如此之快，已經超過人們可以有效處理的能力的範圍。從過去的「取得資訊成本過高」到今日的「資訊負載過高」，「後真相」時代下，公眾失去了從不可靠的資訊中分辨出可靠資訊的能力與動力，加上演算法的運作下，而言論不能藉由互相爭辯而找出真理，已經不能有效的運作而現今多有失靈的現象。對於現今乃係因為言論自由市場被大量廉價言論而造成「市場失靈」所致，因此我國法上係採取可以讓市場正常運作的手段作為解決方法。例如應限制可以進入言論自由市場的政府管制或是對於網路平台業者予以適當的規範等。

本文的研究成果展現分為幾個樣貌項目。首先必須藉由立法者管制散布假訊息之人，面對新型態之散布假訊息方式，法規範上係以行為人為處罰模式之立法模式，散落在刑法與各個特別刑法典中，也因此本文依照管制言論自由中之雙階理論，將其所規範之言論類型而區分，因法規所規範之制裁規範乃屬刑事法效果，而刑事法規係有獨立之違憲審查基準，係以規範之保護法益限縮刑罰權之機能，而適用不同標準之審查基準。在高價值言論所規範之總統副總統選舉罷免法與公職人員選舉罷免法當中，因政治性言論所表達乃對民主程序之健全，有促進人民參與公共議題討論之必要性，故應適用嚴格審查標準。在本罪目的正當性而認為符合保護法益之需求，惟在手段衡平性上，因政治性言

論乃是民主政治之核心，故應先找尋其它替代管制人民散布訊息之方法，而非一概以刑事法手段，造成人民有寒蟬效應之結果，而無法通過合憲性審查。

在低價值言論所保障範圍之商業性言論中，本文認為除非相對人對於散布商業性言論假訊息者有請求其提供正確資訊之權利，否則限制行為人散布商業性言論之假訊息，將會影響到自由經濟市場之可能性；而在一般性法益之保護範圍，端看刑法第 309 條與第 310 條規定，本文認為公然侮辱罪因為在保護法益上，對於感情名譽上無法納入刑法之保護法益中，亦不得因為行為人之言論自由權利而對其以最嚴厲之刑事法手段處罰之，故未來應考慮除罪化。而在誹謗罪之部分，應司法院大法官有對其進行合憲性審查，在刑法第 310 條第 3 項以及刑法第 311 條，皆有限縮本條之處罰範圍，應肯認本條通過合憲性解釋；最後關於其它低價值法益，在傳染病防治法與嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例，本文認為，在其目的正當性係對公共衛生安全之制度建立與每位國民之人身健康安全法益，應可認為其乃刑法法益所保障之範圍，惟在手段正當性上，應該限縮其處罰範圍，非對疫情資訊有疑義者皆會納入本罪，而導致無人敢對疫情政策進行討論，阻礙其政策透明性，故應該修訂其條文內容方為正辦。

再來則是網路平台業者的管制，由於網路使用者自己行為違法時，依照前開說明已有散布者的法制加以解決，較無爭議。而網路科技的發展，是現代資訊社會中最關鍵的一個時期，作為資訊流動傳遞的場域或為網路社會資訊的供給者，在有爭議的部分，係為網路平台業者是否該為網路平台使用者之散布假訊息違法行為管理或負責之問題。

作為網路科技資訊交流整合之網路服務提供者(Internet Service Provider，簡稱為 ISP)，當其所提供之服務涉及違法或有疑慮時，由於在網路平台上我國對於使用者非為使用身分認證制等登錄系統，故在確認使用者身份上會有一定之難度而無法追查，且網路平台業者對其平台具有管理地位，故在產生違法疑慮

時，亦會針對網路平台業者是否應對使用者違法行為負責之爭議，在刑法規範下可能具有違法責任。

這是當代平台業者的角色建立與轉換之課題，從傳統的網際網路中介者轉變成負責控管大量資訊流通之平台，在面臨科技數位化的趨勢，若以刑法角度規範平台業者對於使用者之違法行為負有刑事上的責任，則無異於加重其在科技上之容許風險，將科技產業的風險成本增加，進而對於發展可能會造成直接或間接的影響。不過，在現今並無明文法制規範之前提下，本文探討了現今學理上的共同正犯、不作為犯以及幫助犯，得出之結論仍無得對其管制。

綜上所述，探討至此，本文認為雖不可否認網路平台業者有作為場域提供者所應擔負之社會義務或法律上之責任，並對此具有一定的注意義務及作為。然僅以所有資訊均透過其所提供服務進行為由，而據此認定其對使用者之違法行為承擔法律責任，則有過苛之虞。本文建議，對於刑事責任之認定，仍應謹守科技中立的原則，在欠缺主觀不法要件之情況下，應該避免課予網路平台業者刑事責任，以利科技發展與言論自由市場之發展。因為如此，將對平台業者有法律法規要求或壓力，而其根據這些含糊不清的標準審查或刪除內容，對於言論自由權之行使是一種威脅，況且網路平台業者實體設備不足監控或監管此類內容，以及其面臨高額罰款或將失去管制能力，而可能會迫使平台過度監管和不成比例地廣泛審查範圍，這些平台會因為害怕被起訴而過度監管他們的內容，造成人民言論自由更大的侵害⁴⁹¹。並且，立法管制除了會讓國民產生對於發表言論之一定恐懼以外，對於政府的不信任感也會直線上升，傷害民主中之價值。目前臉書(Facebook)公司僅對於有立即造成危害之言論來做移除言論以否之標準，不過有論者認為對於網路平台假訊息之言論之方式，最佳方法並非移除，而係藉由標籤提醒接收資訊之閱聽者、禁止轉貼分享或是減少演算法推動

⁴⁹¹ Fernando Nuñez, *supra* note 43, 791.

其散布能見度⁴⁹²。

最後，雖現今對於網路平台業者無明文規範管制，故在現實規範層面上，僅能先從資訊的供給端下手，讓人民在資訊或不同言論之取得更加澈底，而且網路平台業者規模逐漸擴大到足以影響言論市場進而到國家安全，其造成的影響仍須經由國家負擔起保護義務，對於假訊息之現象應盡速立法。而影響我國最深的係在大選期間之假訊息操縱，故本文建議，除了以刑法規範管制外，亦得美國提出的誠實廣告法(Honest Ads Act)當作借鏡，對於花費一定金額以上作為廣告之廣告購買者應公告其資訊使人民知悉，而將政治廣告透明化，更能促進人民對於公共議題之辯論，對比管制人民散布假訊息，係為更小之侵害手段。因為了解如何以及為什麼發佈內容對於任何數字，對於人民更能有效的增進識讀工作，而嚴格評估他們所遇到的訊息，使用者將需要知道它的來源和背後的散布動機⁴⁹³。

再來則是可以供給更多的資訊於網路平台上，藉由在假訊息之頁面提供更多不同之訊息或報導，供閱聽人作為資訊之參考與選擇，使其更有機會突破同溫層而接收到更多言論。也許是阻止假訊息的最好方法是透過立法提高媒體素養，媒體素養可以定義為對表現形式、語言進行批判性思維的能力。透過提高公民的媒體素養，國家不僅能夠減少假訊息的影響，而且他們還可以從教育培養更多的媒體素養公民。對於國家而言，有效的政策應該是爭取人民對於假訊息的威脅保持警惕，並透過訓練批判性思維減少其影響公民的可能性。此外，因為在科技不斷的進步下，例如，深偽技術(Deepfake)的進步、後臺控制機器人的發展，更說明了公民更應該培養媒體素養，對於媒體素養的不斷發展應該是一個終生的過程，因為法律的制定比不過科技的發展。

最後，我們更應該是政府、教育機構、記者、社交媒體平台，以及民間社

⁴⁹² 陳憶寧，社群平台的治理：從 Facebook 成立監察委員會兼談如何處理虛假資訊，中華傳播學刊，第 39 期，2021 年 6 月，頁 135。

⁴⁹³ Fernando Nuñez, *supra* note 43, at 792.

會共同努力的目標。在美國，網路平台已經被要求根據著作版權聲明刪除某些內容。只要符合言論自由原則，就算是這樣的政策可能會有寒蟬效應的產生，如果有適當的保障措施，一個運轉良好的法律體系應該能夠降低官方錯誤的風險，通過適當的程序與公正的機構就可以實行，例如法院⁴⁹⁴。並且需要避免給網路平台帶來太多的負擔，且要求使用者獲得的建議與法院命令並注意該平台，最後透過資料結構技術的進步與演算法的精進，這將使更有效地去除假訊息內容。若有相關閱聽者認為資訊為假訊息，應先就其掩蓋、標示警語或降低演算法之運作，而將訊息透過第三方事實查核機制，辨識並分析是否為假訊息，再做進一步之移除或標記此乃有問題之訊息，讓閱聽者得以知悉。在平台業者若無進行相關處理程序，應對其造成之損害負起民事或刑事之責任。不過就法制面上之取捨，本文僅就初步之建議與法制評析，仍有待相關政府部門與業者進行合作，才能有效封鎖假訊息並降低對使用者言論自由權利的侵害。

⁴⁹⁴ Cass Sunstein, *supra* note 336, at 398.

參考文獻

一、中文文獻

(一) 書籍

1. 王皇玉，刑法總則，新學林，第6版，2020年8月。
2. 古承宗，刑法分則：財產犯罪篇，三民，修訂2版，2020年9月。
3. 甘添貴，刑法各論(上)，三民，4版，2014年8月。
4. 法治斌，法治國家與表意自由：憲法專論(三)，正典，初版，2003年5月。
5. 林子儀，言論自由與新聞自由，月旦出版社，1993年4月。
6. 林東茂，刑法總則，一品文化，初版，2018年。
7. 林鈺雄，新刑法總則，元照，第8版，2020年9月。
8. 林山田，刑法通論(上)，10版，2008年。
9. 林山田，刑法通論(下)，10版，2008年。
10. 林山田，刑法各罪論(上)，5版，2006年。
11. 林書楷，刑法總則，五南，4版，2018年10月。
12. 吳修銘 (Tim Wu) 著，黃庭敏譯，注意力商人，2018年。
13. 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，自版，第6版，2019年9月。
14. 許澤天，刑法總則，新學林，初版，2020年8月。
15. 許澤天，刑法分則(下)，新學林，初版，2019年9月。
16. 許育典，憲法，元照出版社，10版，2019年9月。
17. 陳子平，刑法各論(上)，元照，4版，2019年9月。
18. 盧映潔，刑法分則新論，新學林，第13版，2018年9月。

(二) 期刊論文

1. Claus Roxin 著，許絲捷譯，法益討論的新發展，月旦法學雜誌，第211期，2012年12月，頁257-280。
2. Jean-Marie Pontier 著，吳秦雯譯，假新聞之控制，月旦法學雜誌，第292期，2019年9月，頁30-41。
3. 王泰俐，假新聞與民主危機，臺灣民主季刊，16卷3期，2019年9月，頁155-162。
4. 王維菁、廖執善、蔣旭政、周昆璋，利用 AI 技術偵測假新聞之實證研究，中華傳播學刊，第39期，2021年6月，頁43-70。

5. 古承宗，中性職業行為與可罰的幫助，月旦法學教室，第 158 期，2015 年 11 月，頁 30-32。
6. 古承宗，不作為之正犯與共犯的區分，月旦法學教室，第 221 期，2021 年 3 月，頁 20-24。
7. 古承宗，風險社會與現代刑法的象徵性，科技法學評論，第 10 卷第 1 期，2013 年 6 月，頁 115-177。
8. 古承宗，論刑法上的間接侵害著作權，月旦法學雜誌，第 312 期，2021 年 5 月，頁 117-139。
9. 呂麗慧，論名譽權保護與言論自由保護的衡平與衝撞——美國侵害名譽權法之啟示論析我國民事侵害名譽權法之問題與發展，高大法學論叢，第 6 卷第 2 期，2011 年 3 月，頁 131-191。
10. 李聖傑，親愛的小孩，月旦法學教室，第 131 期，2013 年 9 月，頁 30-32。
11. 何吉森，假新聞之監理與治理探討，傳播研究與實踐，第 8 卷第 2 期，2018 年 7 月，頁 1-41。
12. 宋皇志，從 MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 案看 P2P 業者之侵權責任，科技法學評論，第 2 卷第 2 期，2005 年 10 月，頁 241-270。
13. 林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊，第 2 卷第 8 期，1987 年 12 月，頁 23-33。
14. 林子儀之文章收錄於，言論自由導論——台灣憲法之縱剖橫切，李鴻禧等合著，元照出版公司，初版，2002 年 12 月，頁 103-179。
15. 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於《現代國家與憲法——李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，1997 年 3 月，頁 639-708。
16. 林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明——兼評釋字第五〇九號解釋，收錄於刑法與刑訴之交錯適用，2008 年，頁 341-378。
17. 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，2016 年 1 月，頁 228-247。
18. 林福岳之發言，假訊息之規範途徑及其爭議——打假 VS. 打壓言論自由，月旦法學雜誌，第 292 期，2019 年 9 月，頁 60-91。
19. 周漾沂，重新建構刑法上保證人地位的法理基礎，臺大法學論叢，第 43 卷第 1 期，2014 年 3 月，頁 209-269。
20. 周晨蕙，網路平台用戶資料問題初探——以當事人同意和權益保障為核心，科技法律透析，第 32 卷第 12 期，2020 年 12 月，頁 45-51。

21. 胡元輝，造假有效、更正無力？第三方事實查核機制初探，傳播研究與實踐，第8卷第2期，2018年7月，頁43-73。
22. 范姜真嫩，網路服務提供者法律責任之探討-以日本為例，法學叢刊，第255期，2019年7月，頁45-77。
23. 施達妮撰，顏好恬譯，數位時代的假新聞，漢學研究通訊，第37卷第3期，2018年8月，頁7-13。
24. 徐育安，不作為犯的因果關係，收錄於：不作為的現況與難題，元照出版社，2015年11月，頁160-180。
25. 許宗力，基本權利：第二講-基本權的功能，月旦法學教室，第2期，2002年12月，頁72-80。
26. 許宗力，比例原則之操作試論，收錄於：法與國家權力(二)，2007年1月，頁121-159。
27. 許恒達，論假訊息的刑法規制，月旦法學雜誌，第303期，2020年8月，頁226-246。
28. 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，2020年10月，頁15-32。
29. 許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，第197期，2011年10月，頁134-151。
30. 許澤天，不純正不作為犯的正犯標準，東吳法律學報，第26卷4期，2015年4月，頁123-171。
31. 許澤天，刑法規範的基本權審查，收錄於：《憲法解釋之理論與實務》，黃舒芃主編，2010年12月，頁259-323。
32. 許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於國際刑法學會台灣分會主編，民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年，頁365-413。
33. 陳銘祥，建構網際網路的法律規範，月旦法學，第87期，2002年8月，頁229-235。
34. 陳家駿，從我國 ezPeer/KURO 二著作權案判決談 P2P 網站提供會員重製與傳輸之法律責任，智慧財產季刊，第58期，2006年7月，頁37-43。
35. 陳家駿，從網路電子交易評我國首宗 P2P 著作權重製與傳輸之 ezPeer 案判決，月旦法學雜誌，第130期，2006年3月，頁50-65。
36. 陳柏良，AI 時代之分裂社會與民主—以美國法之表意自由與觀念市場自由競爭理論為中心，月旦法學雜誌，第302期，2020年7月，頁109-126。

37. 陳憶寧，社群平台的治理：從 Facebook 成立監察委員會兼談如何處理虛假資訊，中華傳播學刊，第 39 期，2021 年 6 月，頁 129-143。
38. 張雅雯，網際網路連線服務提供者就網路違法內容之法律責任（上），資訊法務透析，1998 年 3 月，頁 27-36。
39. 張雅雯，網際網路連線服務提供者就網路違法內容之法律責任（下），資訊法務透析，1998 年 6 月，頁 16-26。
40. 張麗卿，食安法第 46 條之 1 打擊假新聞犯罪之評析，月旦醫事法報告，第 37 期，2019 年 11 月，頁 68-78。
41. 張麗卿，禁止營業誹謗之研究，公平交易季刊，第 14 卷第 2 期，2006 年 4 月，頁 1-38。
42. 楊智傑，歐盟與德法網路平台假訊息責任立法比較與表意自由之保護——借鏡歐洲法院網路平台誹謗責任之判決，憲政時代，第 45 卷第 1 期，2019 年 7 月，頁 43-106。
43. 程法彰，網路世界中言論內容管制的趨勢與可能未來—以美國實務以及相關討論為中心，科技法律評析，第 4 期，2011 年 12 月，頁 175-194。
44. 章忠信，網美、直播主販售假貨之法律責任，台灣法學雜誌，第 384 期，2020 年 1 月，頁 79-82。
45. 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，2016 年 9 月，第 19 期，頁 1-52。
46. 黃銘輝，從憲法上「知的權利」析論對抗假新聞的法制策略，頁 1-30。
47. 黃銘輝，假新聞、社群媒體與網路時代的言論自由，月旦法學雜誌，2019 年 9 月，第 292 期，頁 5-29。
48. 黃惠婷，幫助行為與因果關係，台灣本土法學雜誌，第 12 期，2000 年 7 月，頁 137-142。
49. 黃惠婷，幫助犯之幫助行為——兼探討網路服務提供者之刑責，中原財經法學，第 5 期，2000 年 7 月，頁 23-40。
50. 黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，台大法學論叢，第 33 卷第 3 期，2004 年 5 月，頁 45-148。
51. 黃榮堅，電腦犯罪的刑法問題，國立臺灣大學法學論叢，第 25 卷第 4 期，1996 年 7 月，頁 197-228。
52. 黃榮堅，棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，台灣法學雜誌，第 89 期，2006 年 12 月，頁 55-73。
53. 廖義男，從公平交易法談不實廣告，月旦法學雜誌，第 309 期，2021 年 2

- 月，頁 6-29。
54. 廖義銘，假消息管制之立法問題，台灣法學雜誌，第 372 期，2019 年 7 月，頁 107-114。
 55. 楊忠霖，競爭法與經濟管制，公平交易季刊，第 26 卷第 1 期，107 年 1 月，頁 1-48。
 56. 羅世宏，關於「假新聞」的批判思考：老問題、新挑戰與可能的多重解方，資訊社會研究，2018 年 7 月，第 35 期，頁 51-86。
 57. 羅承宗，虛假訊息與法律管制—我國現況與建議，台灣法學雜誌，第 369 期，2019 年 6 月，頁 47-62。
 58. 劉靜怡，說謊也是言論自由？，月旦法學教室，第 122 期，2012 年 12 月，頁 6-8。
 59. 劉靜怡，網路內容管制與言論自由—以網路中介者的角色為討論重心，月旦法學雜誌，第 192 期，2011 年 4 月，頁 63-80。
 60. 劉靜怡，言論自由：第一講—言論自由導論，月旦法學教室，第 26 期，2004 年 12 月，頁 73-81。
 61. 劉靜怡，言論自由：第二講—言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室，第 28 期，2005 年 2 月，頁 42-51。
 62. 劉靜怡，言論自由：第三講—政治性言論與非政治性言論，月旦法學教室，第 30 期，2005 年 4 月，頁 56-65。
 63. 劉靜怡，言論自由：第五講—言論自由、誹謗罪與名譽權之保護，月旦法學教室，第 37 期，2005 年 11 月，頁 36-46。
 64. 劉靜怡，言論自由：第六講—言論自由、媒體類型規範與民主政治，月旦法學教室，第 42 期，2006 年 4 月，頁 34-44。
 65. 劉靜怡，事前審查所為何事？—釋字第七四四號解釋簡評，月旦法學雜誌，第 267 期，2017 年 8 月，頁 194-201。
 66. 劉定基，試評「數位通訊傳播法」草案，「匯流、治理、通傳會」論文集，頁 283-310，2018 年 8 月。
 67. 劉平君，資訊社會的解構實踐 Derrida、Foucault 和 Baudrillard 的觀點，資訊社會研究，第 20 期，2011 年 7 月，頁 83-108。
 68. 蔡聖偉，論故意不法前行為所建構之保證人義務，東吳法律學報，第 18 卷第 2 期，2006 年 11 月，頁 141-170。
 69. 蔡聖偉，不作為犯：第一講—論故意之不純正不作為犯（一），月旦法學雜誌，第 51 期，2007 年 1 月，頁 47-57。

70. 蔡聖偉，不作為犯：第二講—論故意之不純正不作為犯(二)，月旦法學雜誌，第 53 期，2007 年 2 月，頁 57-67。
71. 蔡聖偉，評 2005 年關於不能未遂之修法，政大法學評論，第 91 期，2006 年 6 月，頁 339-410。
72. 蔡聖偉，從刑總法理檢視分則的立法，收錄於：刑法問題研究(一)，2008 年，頁 411-453。
73. 蔡蕙芳，P2P 網站經營者與其會員成立共同正犯之可能性--ezPeer 與 Kuro 案之分析與檢討，科技法學評論，第 3 卷第 1 期，2006 年 4 月，頁 45-74。
74. 蔡蕙芳，P2P 網站經營者之作為幫助犯責任與中性業務行為理論之適用，東吳法律學報，第 18 卷第 1 期，2006 年 8 月，頁 61-90。
75. 蔡蕙芳，網際空間內之名譽保護—「天堂Ⅱ」公然侮辱案之延伸思考，月旦法學雜誌，2008 年 7 月，頁 171-183。
76. 蔡蕙芳，網路言論、私領域言論與「公然」與「意圖散布於眾」涵義之探討，月旦法學雜誌，2010 年 3 月，頁 70-86。
77. 鄭元皓、吳永達，殭屍入侵臺灣-探討臉書假帳號與假訊息之現況與未來，刑事政策與犯罪防治研究，第 26 期，2020 年 12 月，頁 65-123。
78. 鄭宇君，社交媒體假訊息的操作模式初探：以兩個臺灣政治傳播個案為例，中華傳播學刊，第 39 期，2021 年 6 月，頁 3-41。
79. 盧映潔，由危險概念論網路服務提供者或網站管理人成立刑事責任之可能性，國立中正大學法學集刊，第 6 期，2002 年 1 月，頁 3-32。
80. 盧映潔，論危險前行為的成立要件-以德國聯邦最高法院判決見解為說明，月旦法學雜誌，第 78 期，2001 年 11 月，頁 111-123。
81. 魏立欣，網路審查與網路言論自由之探討，資訊社會研究，第 2 期，2002 年 1 月，頁 165-184。
82. 蕭宏宜，P2P 業者的刑事責任問題—ezPeer 與 Kuro 案判決評析，法令月刊，第 59 卷第 9 期，2008 年 9 月，頁 69-85。
83. 蘇慧婕，正當平台程序作為網路中介者的免責要件：德國網路執行法的合憲性評析，國立臺灣大學法學論叢，2020 年 12 月，第 49 卷第 4 期，頁 1915-1977。
84. 蘇慧婕，假訊息管制與資訊揭露義務—以選罷法、公投法及其修正草案為中心，月旦法學雜誌，2019 年 9 月，第 292 期，頁 42-59。
85. 譚躍、蕭蘋，臺灣空污新聞在網路中的擴散、集體守門和議題設定，中華

傳播學刊，第 39 期，2021 年 6 月，頁 147-193。

（三）博碩士學位論文

1. 王奕雅，社群媒體假訊息的管制模式—以美國法為比較基礎，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2020 年 12 月。
2. 陳乃瑄，內容虛偽不實或具誤導性之商業性言論之違憲審查，清華大學科技法律研究所學位論文，2012 年。
3. 許雅玲、李永銘，社會媒體網絡上廣告擴散機制，國立交通大學資訊管理研究所畢業論文，2009 年。
4. 黃自強，社群媒體時代下對於「更多言論」之質疑：以假訊息之管制為中心，台灣大學法律學系碩士論文，2020 年 11 月。

（四）網際網路

1. 薛智仁，會台字第 12664 號聲請釋憲案法律鑑定書：
<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 5 月 10 日。
2. 破天荒英國脫歐，幕後黑手全靠假新聞，今周刊，2019 年 07 月 17 日，網址：
<https://www.businesstoday.com.tw/article/category/154769/post/201907170045/%E7%A0%B4%E5%A4%A9%E8%8D%92%E8%8B%B1%E5%9C%8B%E8%84%AB%E6%AD%90%20%20%E5%B9%95%E5%BE%8C%E9%BB%91%E6%89%8B%E5%85%A8%E9%9D%A0%E5%81%87%E6%96%B0%E8%81%9E>，最後瀏覽日：2020 年 6 月 21 日。
3. 行政院新聞稿「行政院會通過『災害防救法』第 41 條修正草案等 7 案」，2018 年 12 月 13 日，行政院網站，網址：
<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/27188d0c-a138-4b1f-a292-340f18824a42>。
4. 資策會 FIND/經濟部技術處，「資策會 FIND（2016）/ 服務系統體系驅動新興事業研發計畫（2/4）」，網址：
https://www.iii.org.tw/Press/NewsDtl.aspx?nsp_sqno=1934&fm_sqno=14，最後瀏覽日：2021 年 4 月 15 日。
5. 程式語言，WEB 演變史，2018 年 6 月 4 日，最後瀏覽日：2021 年 4 月 15 日，網址：

<https://codertw.com/%E7%A8%8B%E5%BC%8F%E8%AA%9E%E8%A8%80/38805/>。

6. 章忠信，著作權筆記，最後瀏覽日：2021 年 4 月 15 日，網址：
<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=3&aid=927>。
7. 科技力量助攻全面打擊假新聞！資策會聯手台灣事實查核中心開發「不實訊息快篩平台」，資策會服創所，2020 年 9 月 4 日，網址：
<https://dsi.iii.org.tw/%E6%9C%8D%E5%89%B5%E6%89%80%E7%A0%94%E7%99%BC%E6%87%89%E7%94%A8/fact-check/>
8. 胡元輝，事實是正確報導的礎石：台灣事實查核中心的經驗與反思，NCC NEWS，109 年 8 月，第 14 卷第 4 期，網址：
<https://nccnews.com.tw/202008/ch2.html>，最後瀏覽日：2021 年 4 月 26 日。
9. 徐弘儒，高雄地檢署主任檢察官，網址：
<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/3001206>，最後瀏覽日：2020 年 6 月 30 日。
10. 假訊息查證專區，臺灣基隆地方檢察署網站，網址：
<https://www.klc.moj.gov.tw/293105/731700/727701/727712/>，最後瀏覽日：2020 年 6 月 30 日。
11. 「華郵看台灣大選」假消息滿天飛！中國干涉台灣選舉的嚴重度，遠大於俄對美，2020 年 1 月 10 日，網址：<https://www.storm.mg/article/2162839>，（最後瀏覽日期：2020 年 7 月 22 日）。
12. 「衛生紙之亂」 高雄直銷女散佈假訊息判罰 1 萬，2020 年 3 月 31 日，網址：<https://newtalk.tw/news/view/2020-03-31/383893>，（最後瀏覽日期：2020 年 7 月 15 日）。
13. 轉傳新竹空軍基地確診假訊息 5 女緩起訴處分，2020 年 3 月 11 日，網址：<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202003110141.aspx>，（最後瀏覽日期：2020 年 7 月 18 日）。
14. 武漢肺炎侵食腦部假訊息，查辦散布婦人，2020 年 7 月 22 日，網址：
<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202007220071.aspx>
15. 418 大地震散布松仁路地裂假消息，警逮一對男女最高罰 3 萬，2019 年 5 月 5 日，自由時報網站，網址：
<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2780211>
16. 司法院新聞稿，「不實選罷廣告之刊播限制，不宜由法院擔任第一線審核機關新聞稿」，2019 年 5 月 17 日，網址：

<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=459197>，最後瀏覽日：
2021 年 4 月 10 日。

17. 王宏恩，選舉前的假新聞比較多嗎？從 LINE 事實查核軟體一窺真相，
網址：<https://opinion.cw.com.tw/blog/profile/462/article/8486>，最後瀏覽日：
2021 年 4 月 12 日。

二、英文文獻

(一) 書籍

1. Kovach, Bill, Rosenstiel, Tom, (2007), *The Elements of Journalism: What Newspeople Should Know and the Public Should Expect*, Three Rivers Press.
2. Pariser, Eli (2011), *The filter bubble : what the Internet is hiding from you*, New York : Penguin Press.
3. Sunstein, Cass (2001), *Republic.com*, Princeton, N.J. : Princeton University Press.
4. Sunstein, Cass (2021), *Liars: Falsehoods and Free Speech in an Age of Deception*, New york : Oxford University Press.

(二) 期刊論文

1. Baker, C. Edwin, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25 UCLA. L. REV. 964 (1978).
2. Calvert, Clay & McNeff, Stephanie & Vining, Austin & Zarate, Sebastian, *Fake News and the First Amendment: Reconciling a Disconnect between Theory and Doctrine*, 86 U. Cin. L. Rev. 99 (2018).
3. DuVal, Benjamin S. Jr., *Free Communication of Ideas and the Quest for Truth: Toward a Teleological Approach to First Amendment Adjudication*, 41 GEO. WASH. L. REV. 161 (1972).
4. Edson C. Tandoc Jr. & Zheng Wei Lim & Richard Ling, *Defining “Fake News” : A typology of scholarly definitions*, Digital Journalism, 1 (2017).
5. Echikson, William & Knodt, Olivia, *Germany’s NetzDG: A Key Test for Combatting Online Hate*, CEPS Policy Insight, 1 (2018).
6. Ingber, Stanley, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, 1984 Duke Law Journal, 1 (1984).
7. Juan Carlos Escudero de Jesus, *Fake News and the Systemic Lie in the Marketplace of Ideas: A Judicial Problem ?*, 87 Revista Juridica U.P.R. 1395 (2018).

8. Laidlaw, Emily, *A Framework for Identifying Internet Information Gatekeepers*, International Review of Law, Computers & Technology, Vol. 24, No. 3, 1 (2010).
9. Nuñez, Fernando, *Disinformation Legislation and Freedom of Expression*, 10 U.C. Irvine L. Rev. 783 (2020).
10. Nahon, Karine, *Gatekeeping : A critical review*, Information Science and Technology, Vol 43, Issue1, 10-1 (2011).
11. Soundy, Patrick, *How Could Anyone Believe That? Balancing Fake News and the First Amendment*, 8 Wake Forest J.L. & Pol'y S.S. 18 (2018).
12. Sunstein, Cass, *Falsehoods and the First Amendment*, 33 Harv. J. L. & Tech. 387 (2020).
13. Stone, Geoffrey R., *Content Regulation and the First Amendment*, 25 Wm. & Mary L. Rev. 189 (1983).
14. Watcher, Sandra & Mittelstadt, Brent & Russell, Chris, *Counterfactual Explanations without Opening the Black Box : Automated Decisions and the GDPR*, 31 (2) Harvard Journal of Law & Technology, 842 (2018).
15. Wu, Tim, *Is the First Amendment Obsolete*, 117, MICH. L. REV. 547 (2018).
16. Wu, Tim, *Disinformation in the Marketplace of Ideas*, 51 Seton Hall L. Rev. 169 (2020).

(三) 判決

1. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).
2. *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992).
3. *Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.*, 564 U.S. 786 (2011).
4. *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60 (1983).
5. *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 558 U.S. 310 (2010).
6. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).
7. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).
8. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).
9. *Minnesota Voters Alliance v. Mansky*, 585 U.S. ____ (2018).
10. *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Gorkster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).
11. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
12. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).
13. *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).
14. *Va. Pharmacy Bd. v. Va. Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976).

(四) 網路

1. Evaluating Information : Fake news in the 2016 US Elections, From :
<https://libraryguides.vu.edu.au/c.php?g=460840&p=5330649>
2. A Multi-dimensional Approach to Disinformation:Report of the High-Level Expert Group On Fake News and Disinformation.
3. Social Media Update 2016, The Pew Research Center, 2016.11.11, from :
<https://www.pewresearch.org/internet/2016/11/11/social-media-update-2016/>
4. Initiatives to Counter Fake News: France , The Library of Congress Law ,
from : https://www.loc.gov/law/help/fake-news/france.php#_ftn9
5. Paul Chadwick, Defining fake news will help us expose it, The Guardian, (2017).
From :
<https://www.theguardian.com/media/commentisfree/2017/may/12/defining-fake-news-will-help-us-expose-it>,
6. Opinion: Why America needs a strong Honest Ads Act, The Mercury News (2020), From: <https://www.mercurynews.com/2020/08/21/ravel-oped/>. (Last visited : 2021.06.01)
7. Nick Bilton, *Social Media Bots Offer Phony Friends and Real Profit*, The New Yorks Time, 2014.11.19, From :
<https://www.nytimes.com/2014/11/20/fashion/social-media-bots-offer-phony-friends-and-real-profit.html>
8. Global Disinformation Index, The Quarter Billion Dollar Question: How is Disinformation Gaming Ad Tech, from: https://disinformationindex.org/wp-content/uploads/2019/09/GDI_Ad-tech_Report_Screen_AW16.pdf
9. Peter Dizikes, Study: On Twitter, false news travels faster than true stories, MIT News, (2018.03.08), From:<https://news.mit.edu/2018/study-twitter-false-news-travels-faster-true-stories-0308>, (Last Visited:2021.06.20).