

「刑法最後手段性—刑法謙抑性格」安在哉？ —評析臺灣高等法院 95 年度上易字第 1737 號刑事判決

■ 編目：刑法

出處	月旦裁判時報，第 13 期，頁 96~104	
作者	鄭逸哲教授	
關鍵詞	侮辱、誹謗、名譽法益、刑法最後手段性、刑法謙抑性格、可罰的違法性	
摘要	本案法院顯然並未經過是否存在「刑法上有意義的行為」的審查，即逕行進行「構成要件該當性」審查。刑法第 1 條的「行為」屬於「前構成要件的」概念，其所謂的「行為」，在「行為時」不可能以構成要件作為認識前提，而應理解為「刑法上有意義的行為」，若不存在「刑法上有意義的行為」，就不存在構成要件適用的問題。就妨害名譽案件，不得僅機械式進行構成要件操作，而必須就「前構成要件」的「刑法上有意義的行為」審查，以及構成要件適用範圍進行合目的性的限縮。	
重點整理	本案事實	甲在網路上購物，向乙購買冰箱及冷氣，因此發生糾紛，甲不滿乙之處理方式，於拍賣網頁上留言「賺黑心錢」、「網路蟑螂」及「賺這種骯髒錢」等語。嗣乙瀏覽網頁時發現前開文字，而查知上情。
	判決理由 (節錄)	(一)……按「侮辱」係以使人難堪為目的，直接以言語、文字、圖畫、或動作，表示不屑輕蔑或攻擊之意思，足以對於個人在社會上所保持之人格及地位，達貶損其評價之程度而言。被告於前開留言中所使用之「賺黑心錢」、「網路蟑螂」、「賺骯髒錢」等用語，在客觀上足以貶損告訴人人格地位或社會評價，已屬侮辱之情形…。 (二)……況前開文字均涉及個人主觀評價，何謂「網路蟑螂」，個人解讀不同，苟如被告所辯，係指「買空賣空賺取差價利潤之仲介商」而言，被告大可直接敘述告訴人從事「買空賣空賺取差價利潤之仲介商」，何以非得使用「網路蟑螂」之用語徒生混淆。又「賺黑心錢」、「賺骯髒錢」等語，除主觀上發洩情緒以貶抑他人行為外，實不見有何助於事實之描述，被告使用前開文字，顯有貶抑之意…。
重點整理	判決理由 (節錄)	(三)……次按刑法上所謂「公然」，係指不特定多數人或多數人得以共見共聞之狀態，不以實際上已共見或共聞為必要，又此之多數人，包括特定之多數人在內。被告於奇摩拍賣評價網頁上留言，前開網頁既為拍賣評價，顯係供人於上留言、瀏覽買賣雙方交易情形，不僅買賣雙方可於其上流通意見，一般網路使用者亦可經由點選網頁觀覽他人對賣方之評價以為參考，前開網頁處於不特定人、多數人得以共見共聞之狀態無疑…。
	並非侵害「名譽法益」的行為，即當然具有適用構成要件的「適格」	諸多所謂「妨害名譽案件」成為社會新聞的焦點。司法疲於奔命於界定「頭腦有洞」、「長得像許純美」、「x 你娘」等用語，是否有「侮辱」的意思，時或成立公然侮辱罪，時或不然，令人覺得有罪與否，實具有高度「射倖性」！ 既然是「罵人」或「損人」，當然對他人的「名譽法益」有所侵害。然而，如此就已經具有刑法介入的「充分條件」嗎？ 任何刑法規範，若為任何人所必然違犯，則這樣的實定規定，是有問題的！因為，犯罪不再基於「抉擇」而生的「有責性」，而轉換成一



		<p>種「無責任刑法」。因此，<u>任何法治成熟的國家，從未僅以行為侵害「名譽法益」，即作為刑法介入—即開始以之作為適用構成要件—的「適格」事實對象。</u></p>
重點整理	<p>「前構成要件」的「刑法上有意義的行為」全然被漠視</p>	<p>在本案中，法院顯然並未經過是否存在「刑法上有意義的行為」的審查，即逕行進行「構成要件該當性」審查。事實上，就算是「公開罵人」也未必有機會依構成要件規定而被「翻譯」為：「公然侮辱」！<u>如果我們不否認刑法應作為「最後手段」而應具有「謙抑性格」，則「刑法上有意義的行為」的範圍應「限縮」為：「受意思支配而對相當程度法益構成侵害或危險的人類舉止」。</u>若不於「構成要件該當性」審查前，優先審查是否有「刑法上有意義的行為」存在，而逕對任何事實行為進行「構成要件該當性」審查，則人民訴累不斷，「刑法的最後手段性」或「刑法的謙抑性格」也成為空談！</p> <p>刑法第1條的「行為」屬於「前構成要件的」概念，詳言之，刑法第1條是說：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定構成要件者，為限；若無構成要件的規定，不得處罰該行為。」，其所謂的「行為」，在「行為時」不可能以構成要件作為認識前提，而必須是「前構成要件的」，如果法院根本找不到一個「舉止」存在，就根本不會有下一步「有沒有處罰規定」的問題。考諸<u>刑法第1條的「條文要旨」通常即被冠以「罪刑法定主義」，不但使該條條文具有「憲法的位階」而凌駕於其他刑法條文之上，亦使我們有理由將其所謂的「行為」理解為「刑法上有意義的行為」，所以，不存在「刑法上有意義的行為」，就不存在構成要件適用的問題。</u></p> <p>在上述理解下，甲在網路頁面上以「賺黑心錢」、「網路蟑螂」、「賺骯髒錢」等文字攻擊乙，當然對乙的「名譽法益」有所攻擊，但這樣的罵人行為是否有機會被翻譯為「侮辱」，則又是另外一回事。若就本案的具體情節，甲如此的「主觀上發洩情緒」，於一般民事糾紛事件中，若我們設身處地陷於同樣的情境，是否會採取同樣的或類似的「主觀上發洩情緒」。如果答案是肯定的，恐怕即不屬於刑法所宜介入的領域，恐怕多數人還是認為此屬單純的「民事糾紛」！</p>
	<p>「前構成要件」的「刑法上有意義的行為」全然被漠視</p>	<p>本案既經檢察官起訴，再經地方法院一審判決，再上訴到高等法院，即足以看出司法實務普通欠缺於構成要件適用前，應先行進行「前構成要件」的「刑法上有意義的行為」審查。在如此情況下，或許日本司法實務所發展出來的「可罰的違法性」理論，<u>可以作為實務解套的「方便法門」。</u>法院確定甲於具有「公然侮辱構成要件該當性」後，<u>並非不得進一步「阻卻犯罪事由」判斷，而依「可罰的違法性」理論，於一般人的法感覺下，難認為其亦具有「可罰的違法性」，而認定其仍不犯「公然侮辱罪」。</u></p>
重點整理	<p>「刑法最後手段性—刑法謙抑性格」安在哉？</p>	<p>在「名譽法益」被侵害的事實，由於現行刑法將「公然侮辱罪」和「誹謗罪」規定為「告訴乃論」。諸多案件進入司法程序，實際上並非基於「刑法介入必要性」，而是由「被害人」基於「以刑逼民」或「政治算計」的目的而加以操作。如此，不僅有違「刑法最後手段性—刑法謙抑性格」，而且有濫用司法資源和挾司法以「鎮壓」對手言論之嫌。</p> <p>刑法是適用於一般大眾的，不是適用於「高雅上流階級」的，判斷文字使用的妥當標準是依「一般人的使用習慣」為準的，而不是依「罵人不帶髒字」為準的！就妨害名譽問題，應置於「刑法最後手段性—刑法謙抑性格」的架構下考慮，尤其，就妨害名譽案件，不得僅機械</p>



	式進行構成要件操作，而必須就「前構成要件」的「刑法上有意義的行為」審查，以及構成要件適用範圍進行合目的性的限縮。
考題趨勢	公然侮辱罪與誹謗罪是我國刑法對於侵害名譽法益之保障的主要規定，但該條文因規定過於抽象，除了在實務上造成適用上困難之外，學界也對此規定有諸多批評。本文討論刑法最後手段性在評價公然侮辱行為上應考量的因素，並帶入刑法上「行為」概念的討論，以做為刑法謙抑性格的展現。同學在閱讀時應注意老師的思考邏輯，於答題時要小心不要過度評價案例中的「行為」。
延伸閱讀	<p>1.鄭逸哲(2011)，〈「公開罵人」未必有機會「翻譯」成「公然侮辱」—評析臺灣高等法院 98 年度上易字第 3150 號刑事判決〉，《法令月刊》，62 卷 5 期。</p> <p>2.葉啟洲(2012)，〈罵人「共匪」或「胡錦濤」與名譽權侵害—臺灣板橋地方法院一百年度訴字第一三五—號民事判決〉，《月旦裁判時報》，第 13 期。</p> <p>3.李聖傑(2010)，〈也論刑法對於虛擬人格的名譽保護—評台灣高雄地方法院刑事簡易判決九十八年度審簡字第六一一六號〉，《月旦裁判時報》，第 4 期。</p> <p>4.蔡蕙芳(2010)，〈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。</p> <p>※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】www.lawdata.com.tw 立即在線搜尋！</p>

