

大法官講堂：
中華民國憲法及政府（一）

第二十五講
言論自由指標案例演習

授課教師：湯德宗教授
國立臺灣大學政治學系



【本著作除另有註明外，採取創用 CC「姓名標示
—非商業性—相同方式分享」臺灣 3.0 版授權釋出】

言論自由指標案例演習

湯德宗

憲法有聲書

目 次

壹、言論自由限制之比例原則檢視

一、確認「權利保護範圍」(Schutzbereich)

Q 系爭活動依其具體情境，係「言論」抑或「行為」？
(speech *or* conduct ?)

1. 象徵性言論 (symbolic speech)，或稱「表意行為」
(expressive conduct)，亦屬「言論」

- *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984)

Assuming that overnight sleeping in connection with the demonstration is *expressive conduct* protected to some extent by the First Amendment, the regulation forbidding sleeping meets the requirements for a reasonable time, place, or manner restriction of expression, whether oral, written, or symbolized by conduct. The regulation is neutral with regard to the message presented, and leaves open ample alternative methods of communicating the intended message concerning the plight of the homeless.

- *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989)

📖 湯德宗，〈美國聯邦最高法院一九八八～八九會期重要判決評述〉，《美國月刊》，第4卷5期，頁21～31 (1989/09)

2. 「言論」自由包含「積極表意」自由&「消極不表意」自由
「消極不表意」=緘默權 (right to remain silent) v.
「強迫性言論」(compelled speech) 亦屬「言論」;
強迫表意=「侵害」(不表意之) 言論自由
Cf. 釋字 656 (強迫道歉); 釋字 577 (菸品標示)

二、系爭行為構成對言論自由之限制 (abridgement) ?

Q 「限制」(侵害) 言論自由權之形式?

1. 禁止 (prohibition) (禁止某些言論, 違者處罰)
 - 釋字 445 (集會遊行不得主張共產主義、分裂國土)
2. 事前審查 (prior restraint, censorship) (通過始得發表)
 - 法院命令 (禁制令 injunction, 暫時/保全處分) 禁止或
 - 主管 (行政) 機關「許可」
發給「執照」(e.g., 廣電媒體); 或個案「許可」
E.g., 釋字 445 集遊許可, 釋字 414 藥物廣告核准
3. 事後課予民事責任 (civil liability) 侵權行為
之損害賠償責任 (liability for torts)
 - 「誹謗」(defamation/ libel) 以不實言論侵害
他人名譽之侵權行為損害賠償

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

“What a State may not constitutionally bring about by means of a criminal statute is likewise beyond the reach of its civil law of libel.”

- (以判決命) 登報道歉
呂秀蓮控新新聞案 (最高法院 93 年台上 851 號判決)
- (以不實言論) 「誤導公眾形象」(false light)
- 「侵害隱私」(invasion of privacy)

言論內容雖屬真實，但與公共事務無涉

- 「故意造成精神上痛苦」 (intentional infliction of emotional distress)
4. 禁止以言論獲取報酬 (prohibition on compensation for speech)
- *Simon & Schuster v. Crime Victims Board*, 502 U.S. 105 (1991)
NY state laws that prevent convicted criminals from publishing books about their crime for profit are unconstitutional.
5. 誘惑 (Inducement) ≠ 強制 (coercion)
- 5.1 違憲條件理論 (unconstitutional condition doctrine)
- 以要求放棄 (不行使) 憲法權利，作為給予政府福利之條件
- *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513 (1958) 加州法以退伍軍人宣誓「不以武力推翻政府」為條件，始得「減免財產稅」之規定，違憲
 - *Regan v. Taxation with Representation of Washington*, 461 U.S. 540 (1983)
聯邦稅法以機構「不參與遊說立法或政黨政治活動」為條件，始得免稅之規定，合憲。
Congress has not infringed any First Amendment rights or regulated any First Amendment activity but has simply chosen not to subsidize TWR's lobbying out of public funds. (蓋政府原無義務補貼特定行為)
- 5.2 政府施壓 (government pressure)
- *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U. S. 58 (1963)
羅德島州法設立少年道德促進委員會，許其選出「可議書刊」，致函銷售商，敦促其下架，並向檢察官提

出猥褻出版品之告發之規定，違憲

- *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965)

聯邦法授權郵局得指定郵件為「共黨政治文宣」，並要求收件人以書面確認收件意願，始得投遞之規定，違憲

Q 政府施壓須至如何程度，始構成「限制」？

- *Meese v. Keene*, 481 U. S. 465 (1987)

Labeling films as “propaganda” under the Foreign Agent Registration Act at the beginning of the film, 合憲

5.3 強迫言論 (compelled speech) (釋字 656)

5.3.1 「強迫言論」亦言論自由之「侵害」，蓋人民有不表意之自由

- 州法強迫耶和華見證人信徒 (Jehovah’s Witnesses) 向國旗敬禮，以示效忠，違憲。

West Virginia State Bd. v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943)

J. Jackson: 「憲法星系中若有恆星存在，即任何官員，無分職位高低，不得規定何者為政治、國家主義、宗教或其他意見之正統，亦不得強迫人民以文字或行為表白其信仰」

- 實際上國家屢強迫人民表示意見，但一般以為合憲者，例如：出庭應訊、納稅申報、學校測驗等

5.3.2 The right to *speak anonymously* 匿名表意之自由

- 加州法禁止匿名傳單，違憲

Talley v. California, 362 U.S. 60 (1960)

- Ohio 州法禁止散發匿名競選傳單，違憲

McIntyre v. Ohio Elections Commission, 514 U.S.
334 (1995)

Q 「匿名檢舉，不予受理」之規定，違憲？

5.3.3 強制私人不動產供作公眾言論園地

Compelled use of private property for speech purposes

• *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S.

241 (1974)

州法不得規定報紙應提供篇幅予遭受文宣攻擊之候選人，蓋出版自由給予報社決定刊登何種消息的權利

Cf. 釋字 364 (編輯自由)

• *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74

(1980)

大賣場所有權人：要求開放購物中心廣場供人發表言論，乃「強迫言論」，應屬違憲

S. Ct.：利用賣場表意之人所為之言論 ≠ 賣場所
有權人之言論，何來「強迫」言論？！

(財產權的社會義務？輕微忍受？)

Q 前揭兩案之差別？

Ω 對於私有財產限制程度不同？(重大 v. 輕微)

Q 圓山飯店有權扯下(禁止)房客懸掛抗議(陳雲林來訪)布條？

三、選定審查基準(應綜合考量相關因素)

1. 管制(限制)的形式

事前審查(prior restraint) → 推定違憲(strict scrutiny)

v. 事後限制(各種制裁)

Q Why important ?

Ω 歷史經驗 & 事物本質 (兩不相容)

2. 「按言論內容所為之管制」 (content-based regulations)
或「無關言論內容之管制」 (content-neutral regulations)

2.1 區別實益

2.1.1 content-based regulations on speech are

presumptively invalid → ***strict scrutiny***

即使不受保護之「低價值言論」, 亦不許「內容歧視」

Cf. R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)

2.1.2 content-neutral regulations (time, place and

manner restrictions) → ***intermediate scrutiny or***

rationality test

2.2 區別方法

與言論內容無關之管制 (content-neutral regulation) =

觀點中性 (viewpoint neutral) &

事項中性 (subject matter neutral)

2.2.1 「觀點中性」指須非按 ***ideology of the message***
而為管制

- DC 特區法律禁止在外國政府使館 500 呎範圍內
舉牌批評該國之規定, 違憲

Boos v. Berry, 485 U.S. 312 (1988) (系爭規定僅限制
「批評該外國」之言論, 觀點不中立)

Q 類似障眼法亦見於「平等權」?

隱藏性歧視 (implied discrimination) ?

Q 學校僅採購某些 (而拒絕採購其他) 書籍, 違憲?
此構成「觀點歧視」 (viewpoint discrimination) ?

2.2.2 「事項中性」指非因言論之主題（topic of the speech）而為管制

- *Carey v. Brown*, 447 U. S. 455 (1980)

芝加哥市自治條例禁止在住宅鄰近地區舉牌示威，但與工作場所有關之勞工示威活動不在此限

S. Ct.：違憲，蓋其僅允許「勞工」言論，而禁止其他言論

Q 亦違反「平等原則」或「比例原則」？

Cf. R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)

2.2.3 When the government must **make choices** based on the content of speech

即使政府須以言論之內容為基礎，作成決定（例如分配資源、提供獎助），仍須謹守「觀點中性」

- *National Endowment of the Arts v. Finley*, 524 U.S.

569 (1998)

- *Board of Regents v. Southworth*, 529 U.S. 217 (2000)

3. Categories of unprotected/ less protected speech

類型化的利益衡量（審查基準類型化）

4. 司法尊重（judicial deference）程度（「功能最適」考量）

四、涵蓋過廣（over-breadth）& 有欠具體明確（vagueness）

1. 涵蓋過廣（限制過多→ 逾越必要程度）

1.1 **Substantially overbroad** (on its face)

- *Schad v. Borough of Mt. Ephraim*, 452 U.S. 61 (1981)

市自治條例禁止 “all live entertainments”

- *Braodrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973)

奧克拉荷馬州法禁止公務員之一切政治活動

- *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002)

1.2 *Unconstitutional as applied* to others

允許受到系爭限制之人，得（例外地代他人）主張：如系爭限制適用於他人，可能限制（涵蓋）過廣

- *Secretary of State v. J. H. Munson Com.*, 467 U.S. 947 (1984)

- *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990)

2. 有欠具體明確（*vagueness, unconstitutionally vague*）

法律規定須明確，俾一般人民得以理解何所禁止；且須不助長恣意而歧視性的執法（*arbitrary and discriminatory enforcement*）

- *City of Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999)

- *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974)

州法禁止 *treating a flag “contemptuously”*（藐視國旗）

- *Baggett v. Bullitt*, 377 U. S. 360 (1964)

州之忠誠宣誓（非屬任何“*subversive organization*”顛覆組織），違憲

- *Houston v. Hill*, 482 U. S. 451 (1987)

妨礙警察執行公務（*interrupt police officer in the performance of their duties*）罪，因未限於「失序行為」（*disorderly conduct*）或「挑釁言論」（*fighting words*）而違憲

3. 「涵蓋過廣」與「有欠明確」（競合而不同）

- *Coates v. Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971)

市自治條例規定：three or more persons to assemble on any of the sidewalks their *conduct themselves in a*

manner annoying to persons passing by” 為違法行為

Holding: *Unconstitutionally vague* because it subjects the exercise of the right of Free Expression to *unascertainable standards*; *Unconstitutionally broad* because it authorizes the punishment of constitutionally protected conduct.

貳、「事前許可」指標案例操演

一、釋字 105（出版品登記制度尚屬合憲）

Q 言論自由之處罰--（舊）出版法 §40（停止發行至多一年）& §41（撤銷登記）由行政機關為之，合憲？

1. 先決問題

1.1 確認權利（言論自由）保護範圍

Q 系爭活動（§§40 & 41 所列各款情形）屬「言論」？

Ω 是；§§40 & 41 各款規定「出版品」之內容，屬「言論」範圍

1.2 確認權利受侵害

Q 系爭規定構成對言論自由之「限制」？

Ω 是；「停止發行」與「撤銷登記」皆在「限制」出版品（言論）之刊行

2. 形式合憲性審查

Q 系爭限制符合「法律保留」原則？

Ω 是；系爭限制乃「法律」所規定

3. 實質合憲性審查

Q 系爭限制符合「比例原則」？

3.1 違憲審查基準選擇

Q 綜合考量相關因素，本案宜採如何基準審查？

3.1.1 限制之形式

Q 系爭限制為「事前許可」抑或「事後處罰」？

Ω 出版法 §40（停止發行）與 §41（撤銷登記），係以同法 §§9 & 16（登記發行）為前提。未經「出版登記」而發行者，依同法 §39 得「禁止出售」或予「扣押」，是出版登記乃對言論自由之「事前限制」→ 適用「高標」（嚴格審查基準）審查。惟 §§ 40 & 41 所列各款情形，與出版品內容須經 審查核可才能刊行者究有不同；系爭「停止發行」與「撤銷登記」毋寧為事後處罰之方式 → 乃無須適用「高標」

3.1.2 其他考量

Q 報導媒體具資源稀有性（media resources scarcity rationale）？

Ω 無；平面媒體與廣電媒體不同，不涉及稀有公共資源（廣電頻率）之分配

3.1.3 小結

綜上，對平面出版品全面實施「登記制度」，並以「停止發行」、「撤銷登記」及「沒入」作為違反之制裁。雖不至於適用「高標」審查，似亦應以中標審查。

3.2 目的合憲性檢視

Q 系爭限制（「停止發行」、「撤銷登記」）係為追求「重要公共利益」？

Ω 政府並未說明其目的，復難想見公正之立法者希望經由「出版品登記」達成（追求）何種「重要公共利

益」→ 應認「違憲」
無庸繼續審究「手段必要性」等

4. 本案

時在戒嚴時期，大法官未正面審查「出版品登記制度是否合憲」問題，而僅按監察院之聲請，就系爭「停止發行」、「撤銷登記」等處罰，得否交由行政機關為之（抑或應由法院依法定程序為之），作出解釋。核採「低標」（低低標）審查，全然尊重立法裁量。

二、釋字 364（廣電頻道之公平分配及人民平等近用媒體權，應以法律定之）

Q 言論自由包含「廣電自由」？

並保障人民「平等接近使用廣電媒體之機會」？

（參見陳水扁等立委釋憲聲請書）

Ω 本件為「單純憲法疑義」解釋，非關「規範控制」（系爭法規限制人權是否牴觸憲法），前揭「比例原則」分析架構爰不適用

1. 言論自由包含廣電自由

- 解釋文：「以廣播及電視表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍」

2. 國家關於言論自由之保護義務包括「公平、合理分配廣電頻道」

- 解釋文：「以廣播及電視表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍，為保障此項自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配」

- 理由書：「廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨佔，國家應制定法律，使主管機

關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定，藉此謀求廣播電視之均衡發展，民眾亦得有更多利用媒體之機會」

3. 廣電自由負有社會義務，應尊重人民平等「接近使用媒體」之權利
 - 解釋文：「對於人民平等『接近使用媒體』之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重」
 - 理由書：「所謂『接近使用傳播媒體』之權利（the right of access to the media），乃指一般民眾得依一定條件，要求傳播媒體提供版面或時間，許其行使表達意見之權利而言，以促進媒體報導或評論之確實、公正」
4. 國家「公平、合理分配廣電頻道」之義務，及人民平等「接近使用媒體」之權利，均應以法律定之
 - Q** 法律應如何調和（兼顧）「傳播媒體編輯自由」與「人民接近使用傳媒權」？
5. 救濟選單
 - 單純警告（所謂「警告性裁判」）
 - 未宣告違憲，但課予立法（修法）義務
 - 單純宣告違憲
 - 宣告違憲，並籠統指示應檢討修正
 - 宣告違憲，並限期失效
 - 宣告違憲，限期失效，並諭知修法
 - 宣告違憲並立即失效

（無線電波頻率使用許可制，合憲）

Q 電信法 §§48-I 前段, 58-II, 60 關於未經核准，擅自使用無線電頻率者，應予「處罰及沒收」之規定，合憲？

1. 先決問題

1.1 確認權利保護範圍

Q 使用無線電頻率屬「言論」？

Ω 是

1.2 確認權利受侵害

Q 系爭規定構成言論自由之「限制」？

Ω 是；系爭「拘役」、「罰金」與「沒收」皆在「限制」使用無線電頻率發表言論之自由

2. 形式合憲性審查

Q 系爭限制符合「法律保留」原則？

Ω 是；系爭限制為「法律」之規定

3. 實質合憲性審查

Q 系爭限制符合「比例原則」？

3.1 違憲審查基準選擇

Q 綜合考量相關因素，本案應採如何基準審查？

3.1.1 限制之形式

Q 系爭限制屬「事前許可」抑或「事後處罰」？

Ω 系爭「拘役」、「罰金」與「沒收」係以違反同法 §48-I 前段（核准使用）為前提，而施予之處罰。核准使用乃對言論自由（通傳自由）之「事前限制」，原應適用「高標」審查；

惟，「使用執照」之審查取得，究與要求特定出版品所載具體內容須經事前審查（核可）始能刊播者不同，乃無須適用「高標」

3.1.2 事物本質

Q 無線電波頻率具有資源稀少性？（resources scarcity rationale）

Ω 理由書 [3]：「無線電波頻率屬於全體國民之公共資源，為避免無線電波頻率之使用互相干擾、確保頻率和諧使用之效率，以維護使用電波之秩序及公共資源，增進重要之公共利益，政府自應妥慎管理」→

審查基準應更下修

3.1.3 限制之性質

Q 對無照使用無線電波頻率發表言論者給予「拘役」或「罰金」，係「按言論內容所為之管制」？抑或「非關言論內容之管制」？

Ω 應屬「非關言論內容之管制」（content-neutral regulation）；蓋使用無線電波頻率需經核准，毋寧為「無線電波頻率稀有性」所使然，而非顧慮特定言論之「傳播影響」（communicative impact）。至於「沒收」無線電臺發射電波頻率所使用之無線電發射機等器材，乃為貫徹「使用無線電波頻率需經核准」之政策，而將電信管制射頻器材列為管制物品，禁止任意持有、使用之結果，亦非顧慮特定言論之「傳播影響」。

3.1.4 小結

系爭三種制裁皆屬違反「使用無線電波頻率需經核准」之結果，核其性質要屬「非關言論內容之管制」（而為關於言論「方式」之管制）；而其前提管制實

有「事物本質」不得不然之考慮，故以採「低標」（中之「高低標」）審查為宜。

3.2 目的合憲性審查

Q 系爭限制（拘役、罰金、沒收器材）係為追求「合法公共利益」？

Ω 是；解釋文：「為避免無線電波頻率之使用互相干擾、確保頻率和諧使用之效率，以維護使用電波之秩序及公共資源，增進重要之公共利益」

Q 本件多數意見似採「中標」審查？

3.3 手段與目的關聯性審查

Q 系爭手段為達成宣稱目的所「必要」？

3.3.1 手段適當性檢驗

Q 系爭手段有助於達成宣稱之目的？

Ω 是；

3.3.2 手段必要性檢驗

Q 系爭手段與目的之達成具有合理關聯（rationally/ reasonably related）？此間顯然存有「限制較少之替代手段」？

Ω 是；電信法 § 58-II 之處罰（「違反第四十八條第一項規定，未經核准擅自使用或變更無線電頻率者，處拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金」），堪稱適度（未處徒刑）；

同法 §60 之處罰（犯第五十八條第二項之罪者，其電信器材，不問屬於犯人與否，沒收之），主要侵害「財產權」（非「言論自由」），並為貫徹執行（電信管制射頻器材為）「管制物品」所

必要。

「低標」審查，無需更為「狹義比例性」檢視（損益分析）→ 結論：合憲。

Q何以未說明：系爭限制與目的之達成具有「實質關聯性」？且並無「限制較少之替代手段」存在？

四、釋字 414（藥物廣告刊播事前審查制度合憲）

Q藥事法 §66-I（藥物廣告應經核准後刊播）合憲？

1. 先決問題

1.1 確認權利保護範圍

Q藥物廣告在言論自由保障之範圍內？

Ω 是；但內容虛偽不實或涉及不法活動者，不受保護。

1.2 確認權利受侵害

Q系爭規定構成言論自由之「限制」？

藥事法 §66-I：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，聲請省（市）衛生主管機關核准」

Ω 是；

2. 形式合憲性審查

Q系爭限制符合「法律保留」原則？

Ω 是；系爭限制為「法律」之規定

3. 實質合憲性審查

Q系爭限制符合「比例原則」？

3.1 違憲審查基準選擇

Q 綜合考量相關因素，本案應採如何基準審查？

3.1.1 限制之形式

Q 系爭限制為「事前許可」或「事後處罰」？

Ω 刊播之「核准」屬「事前審查」→

採「高標」審查

3.1.2 限制之性質

Q 系爭限制（刊播核准）係「按言論內容所為之管制」（content-based regulation）？抑或「非關言論內容之管制」（content-neutral regulation）？

Ω 「核准」與否端視其「廣告內容」而定，故屬「按言論內容所為之管制」→

應採「高標」審查

3.1.3 特殊考量（如事物本質）

Ω 惟藥物廣告有誤導大眾、妨害國民健康之虞，刊播前就廣告內容進行審查不無必要→ 酌予調降審查基準

解釋文：「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」

3.1.4 小結

應採「高中標」審查

4. 司法尊重程度（違憲審查基準選定）

4.1 本件解釋多數意見殆採「低標」

Ω 僅檢視目的正當

解釋文：「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」，未論究手段之「必要性」。惟吳庚、蘇俊雄&城仲模「部分不同意見書」認「事前審查」之限制過當：

「所謂比例云者，維護國民健康與個人表現自由營業利益之均衡，固屬應予考慮之因素，惟若遇有多種限制手段可供制定法律之選擇時，應採用對憲法原則及個人權利侵害最輕微之手段（*das gelindeste Mittel*），且性質相同之事件法律所採取之限制手段不應有明顯之差異，否則均與比例原則有悖。縱使僅對藥物廣告實施事先審查，亦難認其於憲法第十一條保障言論出版自由之意旨並無違背，有關立法及行政機關，儘可加重處罰（包括提昇至刑罰）、鼓勵相關業者之自制（包括藥商、廣告業及媒體），執行有處方始得購買藥品等制度，以代替效果不彰又「惡名在外」之事先審查」

- 4.2 如果採美國 *Central Hudson test*（詳☞24講）審查
 - 4.2.1 藥物廣告不實？或涉及違法活動？
 - 4.2.2 政府對藥物廣告具有實質／重要利益（維護國民健康）？
 - 4.2.3 「核准」之手段能直接促進政府所宣稱之實質或重要利益？
 - 4.2.4 手段（核准廣告）與目的（維護國民健康）間具有合理關連（*a reasonable fit*）？

參、高價值言論（政治言論等）相關解釋

一、釋字 445

Q 集遊法 §§4, 8 & §11 各款規定合憲？

1. 先決問題

1.1 確認權利保護範圍

1.1.1 系爭事實與集會遊行自由有關，屬「廣義表現自由」範疇，且

1.1.2 為「政治性言論」，應受高度保障

1.2 確認權利受侵害

Q 系爭規定構成言論自由之「限制」？

1.2.1 集遊法 §4：

「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」

1.2.2 集遊法 §8-I 前段：：

「室外集會、遊行，應向主管機關申請許可…」

1.2.3 集遊法 §11：：

「申請室外集會、遊行除有左列情事之一者外，應予許可：

一、違反第四條、第六條、第十條之規定者。

二、有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者。

三、有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者。

四、同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者。

五、未經依法設立或經撤銷許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者。

六、申請不合第九條規定者。」

1.2.4 集遊法 §10：

「有左列情形之一者，不得為應經許可之室外集會、遊行之負責人、其代理人或糾察員：

- 一、未滿二十歲者。
- 二、無中華民國國籍者。
- 三、經判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢者。但受緩刑之宣告者，不在此限。
- 四、受保安處分或感訓處分之裁判確定，尚未執行或執行未畢者。
- 五、受禁治產宣告尚未撤銷者。」

Ω 是；

2. 形式合憲性審查

Q 系爭限制符合「法律保留」原則？

Ω 是；系爭限制為「法律」之規定

3. 實質合憲性審查

Q 系爭限制符合「比例原則」？

3.1 違憲審查基準選擇

Q 綜合考量相關因素，本案應採如何基準審查？

3.1.1 限制之形式

- 集遊法 §4 禁止集會遊行之特定言論，當屬「以言論內容為基礎的管制」→ 應採「高標」審查
- 集遊法 §8 規定室外集會遊行應經許可，乃對集會遊行之「事前限制」→ 應採「高標」審查
- 集遊法 §11
§11-(1)：違反第四條（主張共產主義或分裂國土）

規定者，不予許可乃「事前限制」，且為「以言論內容為基礎的管制」→ 應採「高標」審查

Q 系爭限制係為極優越的國家利益？

Q 該言論危害「國家安全」？

Q 有無其他限制較少的手段？

Ω 釋字 445 對此未有討論

§11-(2), (3) (其他較言論自由更優越之公共利益)

Ω 解釋文：「同條第二款規定...第三款規定...有欠具體明確」→ 有欠明確

其他 (§11-(4), (5), (6) & §10) 限制屬「與言論內容無關之管制」→

應採「低標」甚或「中標」審查

Ω 解釋文泛謂「均屬防止妨礙他人自由、維持社會秩序或增進公共利益所必要」，肯認其為「合法」(或「重要」)之目的，未審究系爭限制是否為達成各該目的之「合理」(或「實質關連」)手段

4. 後續追蹤

91/06/26 集遊法修正 (修正部分如文鼎粗魏碑字體所示)

§11：「申請室外集會、遊行，除有左列情事之一者外，應予許可：

- 一、違反第四條、第六條或第十條規定者。
- 二、有明顯事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益者。
- 三、有明顯事實足認為有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞者。

《對話憲法·憲法對話》2016

- 四、同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者。
- 五、未經依法設立或經撤銷、廢止許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者。
- 六、申請不合第九條規定者。」

二、釋字 718

集會遊行法第八條第一項未排除緊急性及偶發性集會、遊行部分；同法第九條第一項但書與第十二條第二項關於緊急性集會、遊行之申請許可規定，已屬對人民集會自由之不必要限制，與憲法第二十三條規定之比例原則有所牴觸，不符憲法第十四條保障集會自由之意旨，均應自中華民國一〇四年一月一日起失其效力。就此而言，本院釋字第四四五號解釋應予補充。

肆、猥褻言論

一、釋 407

Q 行政院新聞局有關刑法 §235 「猥褻」物品認定之函釋，合憲？

1. 先決問題

1.1 確認權利保護範圍

Ω 系爭函釋（「係就出版品記載內容觸犯刑法第二百三十五條猥褻罪，違反出版法第三十二條第三款之禁止規定，應依同法第三十七條、第三十九條第一項第三款及第四十條第一項第四款處罰所為例示性解釋」）涉及「猥褻出版品」之認定，屬言論自由之範圍（參見解釋「理由書」）

1.2 確認權利受侵害

Q 系爭規定構成言論自由之「限制」？

Ω 是；散佈刑法 §235 之「猥褻」物品，構成犯罪；
依 出版法並得禁止出版

2. 形式合憲性審查

Q 系爭限制符合「法律保留」原則？

Ω 是；

惟本件大法官並未討論系爭函釋之形式合憲性

3. 實質合憲性審查

Q 系爭限制符合「比例原則」？

3.1 違憲審查基準選擇

Q 綜合考量相關因素，本案應採如何基準審查？

3.1.1 限制之形式

- 禁止出版，屬「事前限制」→ 「高標」審查

Ω 本件解釋多數意見就此未有討論。惟吳庚大協同意見書：「若建立事先檢查之機制，使唯有執政者喜好或符合其利益之言論及出版品得以發表或流傳，其屬違反上開憲法意旨，應予 禁絕之行為，實毋須辭費」

- 系爭函釋：

「出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪，以左列各款為衡量標準：

甲、內容記載足以誘發他人性慾者。

乙、強調色情行為者。

丙、人體圖片刻意暴露乳部、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者。

丁、刊登婦女裸體照片、雖未露出乳部、臀部或性器官而姿態淫蕩者。

戊、雖涉及醫藥、衛生、保健、但對性行為過分描述者」乃「以言論之內容為基礎所為之管制→

應採「高標」審查；

惟「猥褻言論」屬「低價值言論」，應降低保護程度（甚或不予保護）

4. 司法尊重程度

4.1 本解釋殆採「低標」

Ω 解釋理由書：系爭「函釋本身未對人民出版自由增加法律所未規定之限制，與憲法尚無牴觸。又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進」

4.2 本件解釋重新定義「猥褻」

解釋文：「猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵犯性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之」

二、釋字 617

Q 刑法 §235 違憲？

1. 先決問題

1.1 確認權利保護範圍

Ω 系爭法律界定猥褻出版品，屬言論自由範圍

1.2 確認權利受侵害

Q 系爭規定構成言論自由之「限制」？

Ω 是；刑罰屬言論自由之限制

刑法 §235-I：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀賞、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金」

2. 形式合憲性審查

Q 系爭限制符合「法律保留」原則？

Ω 是；系爭限制為「法律」之規定

3. 實質合憲性審查

Q 系爭限制符合「比例原則」？

3.1 違憲審查基準選擇

Q 綜合考量相關因素，本案應採如何基準審查？

3.1.1 限制之形式

- 系爭規定乃「以言論之內容為基礎所為之管制」→ 應採「高標」審查；
惟「猥褻言論」屬「低價值言論」→ 應降低保護程度（甚或不予保護）
- 系爭規定內容「有欠明確」？
理由書 [4]：「刑法第二百三十五條規定所稱猥褻之資訊、物品，其中「猥褻」雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足

性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限，其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背」

• 補充「猥褻」定義

理由書 [3]：「刑法第二百三十五條第一項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為」

4. 司法尊重程度（違憲審查基準選定）

4.1 本件殆採「低標」

理由書 [2]：「為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。惟為貫徹憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨，除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律加以限制者外，仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障。」

Q 「社會多數共通之性價值秩序之維護」應優先於社會「少數性文化族群(依其性道德感情與認知而為)之性言論自由」? 憲法人權清單豈非為保障社會少數之價值認知, 免於遭受社會多數之侵害?

伍、商業言論 (請依前例, 自行操演)

- 一、釋字 577 (菸品標示內容標示)
- 二、釋字 623 (兒童少年性交易言論)
- 三、釋字 634 (經濟性言論) 四、釋字 734 (非經許可不得設置廣告物)

陸、誹謗言論

一、釋字 509

Q 刑法 §310-III 違憲?

1. 先決問題

1.1 確認權利保護範圍

Ω 誹謗言論亦言論

1.2 確認權利受侵害

Q 誹謗罪 (刑法 §310-I: 「意圖散佈於眾, 而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者, 為誹謗罪, 處一年以下有期徒刑」) 構成言論自由之「限制」?

Ω 是; 屬言論自由之事後「限制」

2. 形式合憲性審查

Q 系爭限制符合「法律保留」原則?

Ω 是; 系爭限制為「法律」之規定

3. 實質合憲性審查

Q 系爭限制符合「比例原則」？

3.1 違憲審查基準選擇

Q 綜合考量相關因素，本案應採如何基準審查？

3.1.1 限制之形式

- 誹謗罪雖係以言論之內容(是否真實)為斷,然「觀點中立」且「議題中性」(非為壓抑特定觀點或議題之討論)→
無須適用「高標」審查
- 刑法 §310 之內容明確(正確理解即可避免「涵蓋過廣」)→
存在「合憲性解釋」之空間

4. 司法尊重程度(違憲審查基準選定)

Ω 本件實際殆採「低標」審查

4.1 目的合憲？

解釋文：「刑法第三百十條第一項及第二項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要」

4.2 手段必要？

以「合憲性解釋」，重新分配舉證責任，認定系爭規定並無過當

解釋文：「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，

25〈言論自由指標案例演習〉講綱

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抵觸」

二、釋字 656（請依前例，自行操演）

柒、新聞（採訪）自由與隱私權之調和

一、釋字 689（請依前例，自行操演）

【學思策問】

Q 綜觀大法官有關言論自由之解釋，最值得肯定的成就為何？尚待突破之瓶頸又為何？

Q 國人對言論自由之認知，相較於美國，何以較為保守？

【進階閱讀】

Frederick Schauer, *Freedom of Expression adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in GEORG NOLTE (ED.), EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 49~69 (2005).