

釋字第六五六號解釋協同意見書

大法官 李震山

本件解釋認為民法第一百九十五條第一項後段規定：「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」（下稱系爭規定）中之「適當處分」的解釋與適用，顯未排除法院判令加害人「公開道歉」，且若其「未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者」，系爭規定即「未違背憲法第二十三條比例原則，而不牴觸憲法對不表意自由之保障。」就多數意見採限縮系爭規定之合憲性解釋方法與結果，本席敬表贊同。但為有助於對本解釋正確理解，相關論據仍有補充說明必要，爰提協同意見書如后。

一、本件解釋應否受理之問題

針對本件解釋之受理，仍有不同意見。主要原因是，名譽被侵害者依系爭規定除金錢賠償外，尚得請求法院於裁判中權衡個案具體情形，以適當處分回復其名譽。至於「回復名譽之適當處分」，顯係立法者授予承審法官之裁量權，而裁量權行使是否有瑕疵純屬認事用法，自得透過審級救濟監督或匡正之。況以我國釋憲制度之建置，本院大法官針對裁判之合憲性並無置喙餘地，若受理本件聲請，恐有侵害審判權之虞。

問題癥結在於，當系爭規定之解釋與適用，大多依循「登

報謝罪」源遠流長之立法精神，¹且秉持判例意旨（按：明示登報道歉係回復名譽之適當方法）²行之，法院依名譽受侵害人之請求，以判決強制名譽加害人公開登報道歉時，即鮮少費心審酌該處分是否因干預人性尊嚴與人格權而過度限制「不表意自由」。若偶而出現以憲法意旨檢證或限縮系爭規定之判決，該等判決所持之見解往往因上級審堅持維護判例意旨而不被維持。³順此，判命登報道歉作為回復名譽適當方

¹ 法院「強制公開道歉」雖非系爭規定明文，然考系爭規定來源，大清民律草案於第 961 條規定：「審判衙門因名譽被害人起訴，得命加害人為回復名譽之適當處分，以代損害賠償，或於回復名譽外，更命其為損害賠償。」立法理由稱：「名譽被害人之利益，非僅金錢上之損害賠償足以保護者，遇有此情形，審判衙門得命其為適於恢復名譽之處分，例如登報謝罪等事是也，此本條所由設。」至 14 年民律第二草案於第 267 條第 1 項後段則規定：「其名譽被侵害者，並得向加害人請求為回復名譽之適當處分。」18 年現行民法草案再將「向加害人」等四字刪除，照案通過成為現行系爭規定。故現行民法雖無具公文書效力之立法理由，然系爭規定既一脈相承自大清民律草案，似難否認立法伊始所預想之「適當處分」，即為或包括另命加害人「登報謝罪」。況大清民律草案之立法理由，已廣為學術與實務逕予援用，現行民事審判實務上，法院判命公開道歉之例亦汗牛充棟，足見系爭規定於從未修正之情況下，似難認與「強制公開道歉」毫無牽涉。

² 聲請書指摘有關法院判命公開道歉者，除系爭規定外，尚包括最高法院 62 年台上字第 2806 號判例：「公司係依法組織之法人，其名譽遭受損害，無精神上痛苦之可言，登報道歉已足回復其名譽，自無依民法第一百九十五條第一項規定請求精神慰藉金之餘地。」該判例雖相當於命令而得為本院審查客體，惟其究有無為最高法院確定終局判決援用？本件解釋多數意見持否定見解。惟臺灣高等法院就原因案件判決指稱：「按『公司係依法組織之法人，其名譽遭受損害 登報道歉已足回復其名譽』，最高法院著有六十二年台上字第二八〇六號判例 可稽，足見最高法院認登報道歉係回復名譽之適當方法。原審判決以道歉係良心層面之問題，將 請求之『道歉聲明』改為『澄清聲明』，與最高法院上開見解相悖，且係就當事人所未聲明之事項為裁判，自有違誤。」（臺灣高等法院 91 年度上字第 403 號民事判決參照）。

³ 典型者即如本件原因案件之臺灣臺北地方法院判決，認「強制公開道歉」文義雖位於系爭規定所稱「適當處分」範圍內，「惟『道歉』二字之意涵，包括澄清事實及被告認錯並願意向對方表示歉意二個面向。被告是否認錯，係被告良心之自主決定問題，具人格專屬性，非外力所得強制，亦非他人所得替代。在道德良心層面上，原告固得向被告 要求道歉，被告 亦應道歉。但在法律義務上，應顧及現代憲法維護人性尊嚴之基本精神。是以，本院認為，原告請求『道歉』已逾越回復名譽適當處分範圍，爰將『道歉』改為『澄清』，逾越澄清之部分，為無理由，應予駁回。」（臺灣臺北地方法院 89 年度訴字第 5548 號民事判決參照）；但此見解並不為上級法院支持。其他又如臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 4312 號民事判決，即稱：「被害人請求加害人在報紙之上刊登道歉聲明或其他方式以回復名譽時，應斟酌被害人所受損害是否現尚存在，以及被害人之名譽可否經由道歉聲明等方式予以回復，以為決定。然而，原告名譽權受損，其結果係導致原告在社會上評價遭貶損，縱使 對原告表達道歉之意旨，亦難認原告在社會上評價得以回復。其次，參酌司法院大法官會議解釋釋字第五七七號所闡述：『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。』等語，可知 原告請求被告 表達道歉意思，實已侵犯此等被告消極不表意之自由，原告該部分請求實已逾越保障其名譽權之必要手段及合理程度。本院認為原告請求被告刊登 道歉聲明，非屬回復原告名譽之適當處分，不予准許。」同院 92 年度訴字第 3796 號民事判決，亦有類似論述得為參照。

法之案件量累積一多，自然就通案化。⁴換言之，其對法官、名譽受侵害者及其他關係人產生一般、抽象之規範效果，馴致不分「公開登報道歉」之內容、不問拒絕道歉之理由，皆可能被認為與「適當方法」無違，「不表意自由」在類似案件上幾無立錐之地，形同遭到實質剝奪。此時形式上雖為法官個案認事用法的問題，但因量變導致質變為確定終局判決所適用法律有無違憲疑義的問題。最高法院若無依憲法法理填補系爭規定漏洞，以杜絕不斷如縷之違憲性爭議跡象，本院大法官若再以慣用理由，包括「查聲請人係對法院適用法令所表示之見解為爭執，尚非具體指陳系爭規定有何牴觸憲法之處」，或「查聲請人僅就法院認事用法為指摘，並未具體指陳系爭規定客觀上究有何牴觸憲法之處」等，而不受理本件解釋，相關問題若又未獲立法者青睞予以調整，法院合憲性控制之分工就產生明顯的漏洞，司法作為正義的最後一道防線即有所罅隙。此時，由大法官基於補遺的補充性原則 (Subsidiaritätsprinzip)，闡明憲法真義，使系爭規定之適用與解釋趨近憲法，即具有憲法上原則重要性。

多數意見以本件解釋合於司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之要件而予以受理，本席認為確有助於保障人民基本權利或促進整體法規範合於憲法理念與精神，應可謂克盡職責的具體表現。

二、本件解釋以「不表意自由」為論據的問題

⁴ 茲以「回復名譽」為關鍵字，搜尋本院法學資料檢索系統之民事裁判，可得出近 4000 筆結果；若再以「登報道歉」為關鍵字，則進一步得出 730 筆結果。當中法院雖未必每件均准許原告「登報道歉」之請求，但兩者比例換算約 5 比 1，亦即每 5 件法院「回復名譽」之裁判中，即有 1 件與「登報道歉」有關，更毋庸論及其他例如於網路、公告欄、其他平面或電子媒體等處之「公開道歉」請求。足見公開道歉於回復名譽事件中，因案件量累積之通案化傾向。

與我國社會、文化背景較相近的日本與韓國，其最高裁判所及憲法法院亦曾審理有關「道歉謝罪」之合憲性案件，惟皆從思想自由或良心自由切入，⁵本件解釋卻以「不表意自由」為據，值得注意。消極「不表意自由」與相對的積極表意自由，兩者皆屬憲法第十一條保障人民言論自由之範圍，本院釋字第五〇九號解釋已釋示言論自由具有「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」。再依本院釋字第五七七號解釋意旨，除保障積極之表意自由外，尚保障消極之不表意自由。「不表意自由」係以沉默方式行之，重在實現自我與追求真理。⁶本件解釋並指出：「因不表意之理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切（本院釋字第六〇三號解釋參照）。」據此，將不表意自由與人格尊嚴作合理緊密的連結。

⁵ 參陳洸岳譯，請求刊登道歉啟事事件 - 道歉啟事與憲法上之良心自由，《日本最高法院裁判選譯（第一輯）》，司法院，91年12月，頁123以下。See generally Dai-Kwon Choi, *Freedom of Conscience and the Court-Ordered Apology for Defamatory Remarks*, 8 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 205 (2000). See also generally Ilhyung Lee, *The law and Culture of the Apology in Korean Dispute Settlement (with Japan and the United States on Mind)*, 27 MICH. J. INT'L. L. 1 (2005). 又日本係附隨於個案審查並判定合憲，韓國則以較為接近德國之審查制度而認定違憲，情形與我國均有所差異。參吳佳霖，你給我道歉！ - 論判決公開道歉之合憲性，《法學新論》，第2期，97年9月，頁68-71。

⁶ 對不表意自由已闡述甚詳者，可參本院余雪明大法官釋字第577號解釋之協同意見書。另請參林子儀，言論自由導論，《台灣憲法之縱剖橫切》，元照，91年12月，頁112。許宗力，談言論自由的幾個問題，氏著，《法與國家權力（二）》，元照，96年1月，頁198。又美國聯邦最高法院1943年著名之強制宣誓效忠及向國旗致敬為違憲之 *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (319 U.S. 624) 案中，即稱：「除非認為人權法案僅保障個人表意心中想法，而讓諸公權力強制個人表意心中所無之言論 ([Unless] Bill of Rights which guards the individual's right to speak his own mind, left it open to public authorities to compel him to utter what is not in his mind.)。」否則不表意自由當然在憲法保障之列，並甚至將之比喻為憲法星圖中的恆星 (fixed star in our constitutional constellation)，其重要性可見一斑。See *id.* at 634, 642.

本件解釋擇「不表意自由」作為審查「強制公開道歉」合憲性之論據，應有如下理由：首先，係考量我國憲法並未明文規定「思想自由」⁷或「良心自由」⁸之保障，在與明文規定之「言論自由」產生競合情況下，自以優先適用憲法已列舉且較為具體之基本權利為宜。其次，「不表意自由」與「思想自由」或「良心自由」皆側重於內在自由，而內在範圍的自由作為「不得強制」或「拒絕作為」之正當性基礎甚強，「不表意自由」與「良心自由」即互為表裏、甚至有果和因之關係。最重要的是，該三種自由皆觸及道德範疇，進而與「人性尊嚴」及「自主決定權」等基本權利核心價值極為貼近。基於權利性質之相近，在我國基本權利保護理論與實務發展的現況下，多數意見同意以「不表意自由」作為本件解釋之論據，雖不中亦不遠，應屬允當。

「不表意自由」並非絕對，故依法限制人民不表意自由之情形不在少數，甚至對不從者以處罰相繩。⁹至於規範之強度與密度，需視國家強制表意之言論性質，以及所可能涉及

⁷ 本院釋字第 567 號解釋理由書已針對「思想自由」釋示，稱：「思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。」

⁸ 良心自由係源自選擇信仰的自由，至所謂信仰，除宗教以外，尚包括世界觀、主義、倫理道德觀等信念，在宗教、思想、言論等自由個別化而有其特定保護範圍後，良心自由即偏重在善與惡、是與非判斷的倫理道德取向上，而以維護道德上人格（sittliche Persönlichkeit）為要旨。參 Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Stand:52. Erg.lief., München Mai 2008, Art.4 III Rdnr.127. 若不承認人民有良心自由，「個人的主體性將成為國家祭壇上的犧牲品」（Der Einzelne hat seine Subjektivität auf dem Altar des Staates zu opfern）。參 H. Scholler, Das Gewissen als Gestalt der Freiheit; Das Gewissen als Sinngestalt und Strukturprinzip im Verfassungsrecht, Heymann Köln, 1962, S.49.

⁹ 例如訴訟法中之作證義務、報稅時須陳述資訊等。又例如社會秩序維護法第 67 條第 1 項第 2 款規定：「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新台幣一萬二千元以下罰鍰：二、於警察人員依法調查或查察時，就其姓名、住所或居所為不實之陳述或拒絕陳述者。」亦為強制表意之適例。至於政府各部門，雖均會使用公權力（例如合法使用強制力或有拘束全國各機關及人民之效力）影響人民思想言論之形成，例如宣揚「民主憲政優於獨裁專制」，或「不表意自由乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺」等。但政府表意之強制力，終究與政府強制人民表意，有所不同。且政府使用強制力要求人民被動忍受，例如拘束人身自由或強制執行財產，與使用強制力要求人民積極表意，亦未可一概而論。

之基本權利衝突而異。就本件解釋言，多數意見認為於強制公開道歉中行使「不表意自由」者，其拒絕表意之理由若涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，應給予充分保障，確屬的論。本席甚至認為，於價值多元、道德根基難有一致性的情況下，國家對高度自治、自律的內心領域為表意之強制，難免可能產生形成錯誤表象、侵蝕個人信念、扭曲言論市場、強制標準同化，以及破壞人格完整等不當後果。¹⁰故國家應保持中立¹¹與寬容¹²的立場，原則上不應介入。

三、選擇「合憲的法律解釋」方法之問題

吳庚大法官於釋字第五〇九號解釋協同意見書中指出：「惟基於諸多因素，大法官盱衡現階段社會發展實際情況，並未採納時論甚囂塵上之誹謗除罪化主張，而對刑法第三百十條誹謗罪之構成要件該當性作限縮解釋，在此一前提

¹⁰ See LOUIS M. SEIDMAN, *SILENCE & FREEDOM* 157-66 (2007) (Stanford University Press). See generally Larry Alexander, *Compelled Speech*, 23 CONST. COMMENTARY 147 (2006). 申言之，對不欲表意者強制表意，將使外界誤解其所欲傳達之訊息，而個人對外界所傳達之訊息，將構成或影響對表意人之印象與觀感 (the compelled speaker will convince others)。雖然，藉由被強制表意人再次出於自主之表意而可更正，然一來一往之間，不但對外產生先入為主效應，表意人自身個人信念，亦恐因國家公權力介入而有所動搖，甚至將產生非理性反抗而強化原來之個人信念。雖然內心思維辯證有助表意人慎言，但公權力之強制介入應儘量減至最低。況且，公權力介入強制表意，亦可能使個人信念逐漸侵蝕，緩慢位移至公權力所欲之價值判斷 (the speaker herself will become convinced)。而真理之形成，雖可透過辯證、溝通、說服等方式為之，但最忌諱國家以強制力之方式介入，公權力在此領域宜謹慎為之，否則作之親師的父權思想，造成的結果，乃是掌握公權力者得藉由強制表意，間接使得人民思想標準規格地同化，進而破壞各人之獨特性及人格完整性。

¹¹ 德國學者 Stefan Huster 博士於其升等教授論文之扉頁中稱：「現代共同生活，人民於宗教、世界觀 (Weltanschauung) 及個人生活方式上展現其不一致性，自由憲政國家於因應該多元化現象，在維持正常共同生活之規範面上就受到如下的限制；即不應介入人民的道德取向，並應致力於人民基本權利之確保。而前述自由秩序的模式，常被稱之為宗教的、世界觀的、或者更廣的國家道德中立。」點出國家在現代生活中應保持中立的領域及其正當性基礎。見氏著，*Die ethische Neutralität des Staates - Eine liberale Interpretation der Verfassung*, Mohr Siebeck, 2002.

¹² 於國家應保持中立之領域內，若涉及對非主流的少數或弱勢價值觀為干預，公權力更應審慎並保持寬容的態度。見拙著，*憲法意義下之寬容理念*，《多元、寬容與人權保障》，元照，96年9月，頁73-77。

之下，認為上開刑法條文符合憲法第二十三條之比例原則，與憲法保障言論自由之意旨，尚無違背。是本件係以轉換(Umdeutung)同條第三項涵義之手段，實現對言論自由更大程度之維護同時又不致於宣告相關條文違憲，在解釋方法上屬於典型之符合憲法的法律解釋(verfassungskonforme Gesetzesauslegungen)。」¹³該解釋以「轉換」方式「限縮」刑法系爭規定之意涵後，續稱：「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。」本院其他類同之解釋，尚可舉釋字第五三五號解釋為例，該號解釋並未宣告系爭警察勤務條例第十一條第三款臨檢之規定違憲，在以憲法意旨闡明臨檢應有之合憲要件後稱：「於符合上開解釋意旨範圍內，予以適用，始無悖於維護人權之憲法意旨。」至於本件解釋係基於前例，並在「系爭規定之文義解釋範圍內，且不違反立法者的規範價值與目的(按：指回復名譽)」，¹⁴以尊重立法形成自由及既成之法秩序為前提，所審慎理性抉擇的釋憲方法。¹⁵

¹³ 德國聯邦憲法法院採用此種方法作成解釋不在少數。Vgl. BVerfGE 64,229(242); 69,1(55); 74,297(299,345,347); 88,203(331).

¹⁴ 此乃德國聯邦憲法法院於其裁判中所揭示，於採「合憲的法律解釋」所不能逾越的界限。Vgl. BVerfGE 54,277(299); 71,81(105). Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 7. Aufl., C.H. Beck, 2007, Rdnr.449.

¹⁵ 採該種釋憲方式，並非沒有爭議。有德國學者將之稱為聯邦憲法法院「裁判的變體」(Entscheidungsvariante)，並認為如果有宣告系爭法令違憲之可能性而不宣告其違憲，而採前揭之解釋方式，對立法形成自由權干涉更大，易遭「以變更規範之名行主動立法之實」(Positive Gesetzgebung durch Normvariation)的批評。Vgl. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 7. Aufl., C.H. Beck, 2007, Rdnr.440,449,450. 此外，蘇永欽教授為文檢討大法官對民事裁判的違憲審查時指出：「大法官所以會在運用合憲解釋方法時，對於是否給予聲請人個案救濟，反覆不決，應該是認知到不予救濟固然有公平問題，但若無限制的給予救濟，將形成大法官解釋權與法院審判權之間功能分工的一大破綻，人民永遠可以在終審確定之後，以裁判所適用的法律違憲為理由聲請解釋，而希冀大法官以合憲法律解釋方法對終審法院的裁判見解作違憲審查，實質上等於引進了憲法訴願制度。本文基本上認為，合憲法律解釋方法的運用雖會造成大法官與終審法院分工上的灰色地帶，但如審慎操作，仍不失為一合理劃分立法與司法界限的方法，惟既以聲請原因案件裁判見解已經違憲，即沒有不開放特別救濟的道理。」見氏著，民事裁判中的人權保障，氏著，《尋找新民法》，元照，97年9月，頁311-324。

四、強制公開道歉與比例原則

依本院操作比例原則之慣常模式，係先就系爭規定立法目的之合憲性審查，續就手段與目的之關聯性從適當性原則與必要性原則分別審理，最後或再及於狹義比例原則。

(一) 系爭規定之立法目的

名譽權與不表意自由同等重要，故本件解釋逕將兩項權利直接聯結到人格與尊嚴之維護。侵害他人之名譽權致人格與尊嚴受損，加害人當受法律之非難，並負擔一定法律責任。同理，為回復被害人之名譽權而限制加害人之不表意自由，亦應注意後者之人格與尊嚴，以免以惡制惡，無益於良性循環。

名譽，指對他人品性、德行、名聲、信用等的社會評價；名譽權指享有名譽的權利，為人格權之一種；均已為學說及實務所公認。¹⁶而私法上人格權與憲法上人格權具有一定關連，情形猶如私法上財產權與憲法上財產權，¹⁷本院已多次釋示憲法保障人格權，名譽權自亦同在保障之列（本院釋字第三九九號、第四八六號、第五八七號及第六〇三號解釋參照）。本件解釋多數意見即正確指出：「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。」且稱：「鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處

¹⁶ 王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）－人格權的具體化及保護範圍（4）－名譽權（上），《台灣本土法學雜誌》，第89期，95年12月，頁36。

¹⁷ 王澤鑑，憲法上人格權與私法上人格權，《「馬漢寶講座」論文彙編》，96年8月，頁20。

分，目的洵屬正當。」可資贊同。

(二) 強制公開道歉與必要性原則

系爭規定既係得請求法院為「回復名譽之適當處分」，足見法院所採取之處分，須以「回復名譽」為前提。按現行法除規定政府應採積極措施，以道歉或以其他方式回復受害者名譽者外，¹⁸明文規定道歉者，多數出現於行政或刑事法規。¹⁹系爭規定屬民事損害賠償制度之一環，本以回復原狀、填補損害為目的，如具有制裁懲罰之想法，需再明文規定，其合憲性亦屬另一問題。²⁰至名譽權受侵害，可能係因他人指摘傳述不實事實，亦可能係因他人侮辱謾罵，然所發生之非財產上損害，均為精神上痛苦，其有無回復可能性，或有爭論。²¹如不具回復可能性，則所採取之手段，應以排除違法狀態減輕被害人痛苦為度。如具回復可能性，因名譽為社會客觀之評價，自應以回復其原有或應有之社會評價為度。²²

道歉，應指表意人真摯知錯，希冀獲得原諒，並使被害人之心裡產生平和，減輕被害人精神上痛苦，本應以事實上

¹⁸ 例如漢生病病人權保障及補償條例第 3 條、二二八事件處理及賠償條例第 8 條規定參照。

¹⁹ 例如立法院紀律委員會組織規程第 7 條、立法委員行為法第 28 條、刑法第 74 條、刑事訴訟法第 253 條之 2、第 299 條、第 451 之 1 條、第 455 之 2 條等。此類規定，性質多屬制裁懲罰或其替代手段，與系爭規定之性質不同。其他尚包括地方立法機關組織準則第 28 條、農田水利會會長及會務委員考核獎懲辦法第 21 條、性別平等教育法第 25 條、少年事件處理法第 29 條、軍事審判法第 140 條、第 165 條規定等。當中較值得注意者，乃少年事件處理法第 29 條第 3 項第 1 款規定，少年法院為不付審理裁定及輔導、管教或告誡處分時，「得斟酌情形，經少年、少年之法定代理人及被害人之同意，命少年為下列各款事項：一、向被害人道歉。」此處規定欲命少年道歉，須經少年本人同意，對不表意自由較無侵害疑慮，當屬較為進步之立法。

²⁰ 此典型者即為所謂「懲罰性賠償金」之規定，例如消費者保護法第 51 條、健康食品管理法第 29 條、千禧年資訊年序爭議處理法第 4 條、公平交易法第 32 條、證券投資信託及顧問法第 9 條、專利法第 85 條、著作權法第 88 條、營業秘密法第 13 條規定等。

²¹ 學者對非財產上損害有無回復可能性素有爭論，多數學者持肯定說，然少數說亦非毫無見地。例參王澤鑑，《民法概要》，自刊，97 年 9 月，頁 237。曾世雄，《非財產上之損害賠償》，自刊，78 年 2 月，頁 134。

²² 參曾世雄，同前註 21，頁 127-36。

可能及倫理上妥當為度，法院對其為強制的空間極其有限。

²³本件解釋未對「道歉」意涵有所釐清與著墨，先持強制所獲得之虛假性道歉亦為法律所容認，自然會得出公權力得強制道歉甚至足以回復名譽之結論，就手段與目的關聯之適當性審查，自有未足。

再者，現行法中如系爭規定以概括方式明定得為回復名譽之適當或必要處分者，不在少數。²⁴但於概括規定外，亦不乏先有列舉規定者，例如專利法第八十四條、著作權法第八十五條及植物品種及種苗法第四十條規定前段等，均設有得請求表示姓名之更正方式。又例如專利法第八十九條、著作權法第八十九條規定，均定有得以加害人費用將判決書全部或一部登報之手段。此項手段所費雖然可能不貲，但並非國家公權力強制人民須以自己之名義表意，情形較為接近本院釋字第五七七號解釋所涉之菸品上尼古丁及焦油含量標

²³ 現行實務在加害人不表意之情況下，就命登報道歉之判決執行方式，往往係代替加害人於報紙刊登被害人所擬之道歉聲明或啟事後，再對加害人財產執行所支出之費用。嚴格而言，此舉實係除判令公開道歉外，對不表意自由之二次侵害。道歉於不可代替之性質上，情形勉強可認為類同夫妻之同居義務；而依強制執行法第 128 條第 1 項及第 2 項規定，夫妻同居之判決係不可代替行為中不適合以強制方式執行者。類似之例，尚包括民法第 975 條規定：「婚約不得請求強迫履行。」以及其他民法上之身分行為。況且，上開身分行為不得強制執行，其精神恐怕並非僅因不可代替，應亦蘊含著尊重個人人格完整，避免個人成為客體或工具之思想。道歉亦然，不但根本無法以直接強制之方式執行，亦不應以間接強制方式執行。茲舉近來關於「涼山情歌」著作權之爭議為例，原審之臺灣屏東地方法院 97 年度附民字第 74 號刑事附帶民事訴訟判決，以被告並未侵害原告之著作人格權，故而對原告登報道歉、刊登判決書之請求，駁回前者、准許後者。上級審之智慧財產法院 97 年度附民上字第 1 號刑事附帶民事訴訟判決，則認為被告已侵害原告之著作人格權，從而撤銷原判決、准許登報道歉之請求。然本件被告自始於原審即以「不願向原告道歉等語置辯」，後因雙方當事人均未上訴而告確定，縱然裁判已定讞並移送執行，據報載，被告仍公開宣稱「堅持不登報道歉」、「登報後，豈不向所有的人，承認羅 才是原創？」，足見國家公權力能否或得否長驅直入人民內心，不待辭費。參 爭「涼山情歌」敗訴 賠錢拒道歉，《聯合報》，社會新聞，98 年 3 月 11 日。

²⁴ 例如性騷擾防治法第 9 條、電腦處理個人資料保護法第 27 條、專利法第 84 條、著作權法第 85 條、通訊保障及監察法第 19 條、植物品種及種苗法第 40 條、性別工作平等法第 29 條規定等。以著作權法第 85 條規定之立法理由為例，即稱：「侵害著作人格權者，可能造成財產上或非財產上之損害。例如，改竄他人著作而致著作殘缺不全，損害著作人著作聲譽，間接肇致其著作之滯銷。爰參考韓國著作權法第九十五條之立法例，增訂侵害著作人格權之救濟規定，除得請求財產上與非財產上之損害賠償外，並得為回復名譽等之請求，以落實著作人格權之保護。」作為保護被害人人格權、回復其名譽之概括規定。

示，性質屬事實資訊，相較於強制人民須以自己名義道歉，應可認係對不表意自由侵害較小之方式。²⁵ 除法有明文之手段外，其他諸如不論以加害人或被害人之名義或費用，刊載澄清聲明或勝訴啟事，亦可適度減輕被害人精神上痛苦。就此，多數意見並未就各種方法詳為比較下指出，斟酌各種有助於達成目的之手段後，「仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尚未逾越必要之程度。」似也得出強制公開道歉是「仍不足以回復被害人之名譽」所採之「最後手段」，配合整體論證脈絡，其仍值參考。

未就本件解釋限縮系爭規定之部分，多數意見僅以「未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之範圍者」為限縮之概括例示，有意將道歉或強制道歉是否有損人性尊嚴，委由法院依個案認定之。然而強迫自認無過咎者背於自身確信而道歉，使表意人產生是否成為他人宣示信念工具、應否認同他人價值判斷之內心衝突時，若再涉「公開」而要求表意人眾所矚目下「低頭認錯」，公開報復羞辱形成精神上處罰之意味甚濃。於此情形下，加害人既不願道歉，被害人又執意為之，民事法院豈能成為以牙還牙之促成者，又豈能成為道德倫理之強制教化者，法院本於「不損及人性尊嚴」之解釋意旨，於前述情事下之裁量空間恐已大幅萎縮。且若系爭規定仍得作為該等強制加害人公開道歉之依據，即已逾越回復名譽之必要程度而不符合必要性原則。故系爭規定應於符合本件解釋意旨範圍內予以適用，始合於憲法比例原則而無悖於憲法衡平維護基本權利之本旨。

²⁵ 德國法上即認為強制於菸品上標示「吸菸有害健康」，如係強制菸商以自己之名義，即屬對不表意自由之干預，但如係強制以主管機關之名義，則否。參許宗力，同前註 6。