

釋字第六五六號解釋協同意見書

大法官 陳春生

本號解釋多數意見指出：「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。」所謂回復名譽之適當處分，如屬以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，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。」

對此解釋原則本席敬表同意，以下謹述幾點淺見以為補充：

本解釋牽涉兩個層次問題，一是，本號解釋之判決命加害人公開道歉，其中公開道歉並非法律概念，或屬道德領域之行為，是否可以於法無明文情況下，導引入法規範領域，並發展成為民法上回復名譽之一種制度。二是，若為肯定，則其界限或範圍何在？簡單說明如下：

壹、關於第一問題，首先究明道歉之意涵，其次說明法之特質與功能：

一、關於道歉概念之意涵

判決命加害人公開道歉是否憲法上允許問題?首須判明道歉之意涵。

道歉一詞本非法律概念，因此其內涵與特徵，雖實務上長期援用，卻未必明確。道歉之實質內含可能包括：承認自己行為在道德上之錯誤，或因此進一步承認自己人格之低劣，或進而表示將來改過遷善之決心，等程度之不同。而其範圍亦可能包含更正啟事、刊載全部或部分判決。

而道歉除可將其視為實體概念外，亦可能將其解為形式之概念，即其內涵於具體案件，依當事人之請求內容與方式充實之。亦即，將其解為形式概念，則內容由法院依申請人之道歉內容決定之；若視為實體概念，則應由立法者將道歉之概念特徵明定。而無論如何，即使目前道歉之概念未於法律明確定義，未嘗不可引進法之領域而適用。

二、法與道德之區別

公開道歉原本應可劃歸道德領域。

過去對於道德與法律之區別，有各種見解，諸如法規範人之外在，道德規範人之內在。或法規範乃具有強制性，此為其重要特徵。或法乃最低程度之道德。上述論點，有些於現行時代容有再討論空間，惟就向來法與道德之內在、外在區分主張，多少可見兩者本質上之不同。

法與道德之區別，其一為法之外部性與道德之內部性，依 Radbruch¹ 之見解，1. 法為規範人外部行為，道德則規範人內部型態，此為法與道德其基礎(根本)上之不同。2. 從目的主體而言，法之價值乃某一行為對人類共同生活之善的表示，而道德之價值本身即是善的表示。3. 課予義務方式之不同，道德依其義務之感情而為，法則允許其他動機存在，只要合乎法規要求即可。4. 正當性之來源兩者不同，法課予行為人義務，是來自外來之意志，即他律性，道德之義務則是發自固有之人倫人格，即自律性。

而兩者於社會規範中，常互為表裏，相輔相成，因此，從民法上，第一條，民事法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理，以及某一倫理道德規範若未牴觸民法上公序良俗，只要合乎社會通念為社會大眾接受者，未嘗不可轉換成

¹ G. Radbruch, Rechtsphilosophie, Hrsg. Von E. Wolf und H.-P. Schneider, 8 Aufl., 1973, S. 127 ff.

法規範之概念或制度。而某一道德，除未牴觸民法規定外，是否亦應受公法上原則或憲法上基本權利保護之限制？此於國外(如德國²學界、實務界見解)及國內學界，多予肯定。

三、法與強制

一般認為，法具有強制性，指對於違反法規範者，可以違背其意志課予其刑罰、損害賠償等，並具有最終地經由物理上之實力排除當事人的抵抗之制裁規定。

強制之概念，雖被頻繁使用，其內容相當複雜，基本上乃與自由概念相對應，在政治、道德與法之領域，其具體意涵有相當差異。在法之領域中所謂法上制裁，可有以下三種意義：1. 對於欲違反法規範者，為確保其遵守之意圖，所為之制裁上威嚇。 2. 行使物理上實力之直接制裁之實行行為 3. 為法規範之實現，可違反當事人之意志，而最終地以物理上實力之行使之謂。

固然，在今日法之機構不只發揮對脫序行為之抑止、公權力行使之規制等消極之功能，並以各種各樣之方法擴大市民之能力、促進其自發之活動，發揮多樣文化、經濟之功能。

²聯邦憲法法院在其 Lüth 判決 BverfGE 7, 198 (205)中指出，德國基本法在基本權領域，亦建立了客觀價值秩序，此適用於所有法領域。憲法中之客觀價值秩序，於憲法之基本權規定中具體化，它原則上明示並使基本權之效力強化，並且作為憲法上之基本決定，而適用於所有之法領域。

但是，儘管法律如此地多樣、圓滑地發揮擴大其功能，但唯有依賴有效地實力行使之法規制，才可能鞏固其基礎。如此般，不論市民相互間或經由國家之強制權力，所謂實力行使之法規制，不論法功能如何多樣化與擴大化，法之強制如何退至背後，對於法功能之發揮，仍占基礎之位置。而此強制力正是道德較少具有者。而基於民法第一條不排除習慣作為民事紛爭之適用依據，且本件系爭之以登報道歉為回復名譽之方法，亦為我國向來民事審判實務所採行，是以將性質上屬道德領域之登報公開道歉，引進法律規範領域成為一制度，法理上應無窒礙難行之處。

四、判決命加害人公開道歉之容許性

判決命加害人公開道歉之容許性，法理上有不同見解，比較法上，在日本有認為，受強制執行或刑罰、有罪或有責判決本身，對被告而言均為一種屈辱，但此與命被告表明和法院意見相同所受之屈辱，不只有程度上之差別，而是本質之不同。又現今民事責任制度，將行為者之制裁，由國家公權力，公共權力制裁分出來，而以填補被害人損害為目的。命刊登道歉啟事，以判決命行為人為超越民事目的，且會留

下不必要副作用的處分，實屬不當。

但亦有認為，不伴隨道歉意思之道歉，在法的世界中，對於被害人仍具有意義，因為所謂名譽乃社會上之觀念，因此在社會通念上，會認為登報道歉係回復被害人名譽之有效方法(日本最高裁判所昭和 31.07.04 大法院判決，田中耕太郎，協同意見書)。

吾人基於上述理由，應認為可以允許判決命加害人公開道歉。

貳、第二個問題為，如本案件中判決命加害人公開道歉之是否抵觸憲法上不表意自由及大法官向來所宣示之人性尊嚴保護之限制。

一、憲法中人性尊嚴之意義與本質

簡單言即人本身即是目的、人性尊嚴之核心內涵為自治與自決以及人性尊嚴之主體是每個人³。本件之判決命加害人公開道歉，可能觸及違反人性尊嚴核心內涵之自治自決問題，換言之，可能因此違反加害人之自身道德、倫理、正義、良心等其內心之信念與價值者，此攸關其內在精神活動及自

³ 參照李震山，人性尊嚴與人權保障，元照出版社，2009年，頁11以下。

主決定權，而違反憲法所保障之人性尊嚴。

惟基於：1. 正如同本解釋理由書中所述，名譽權旨在維護個人主體性及人格完整，為實現人性尊嚴所必要，是以加害人既依法院之判斷已侵害被害人之名譽，亦即可能侵害被害人之人性尊嚴在先，則判決命加害人公開道歉以回復名譽，從平衡雙方法律上地位而言，不能即謂侵害加害人之人性尊嚴。2. 基於下述格勞秀斯之刑罰權屬於上位者理論之法理，本解釋雖關於民事法律，亦應可推出類似結論。3. 德國聯邦憲法法院對犯謀殺罪者處以無期徒刑，尚不能認為已侵害其自主決定權而侵害其人性尊嚴⁴之見解，為相同之法理。

二、強制登報道歉之根據

關於刑罰權之根據有各種見解，而依格勞秀斯之刑罰權屬於上位者理論⁵，格勞秀斯（Hugo Grotius, 1583-1645）首先從犯罪者（即受刑罰處罰者）之角度，認為被處罰者被處罰乃是基於契約，亦即人們事先已基於自己之意思締結關於若犯罪願意接受處罰之契約。因此，犯罪與刑罰乃基於人們之

⁴ 李震山前揭書頁 15。

⁵ 大沼保昭編，戰爭と平和の法，東信堂出版，1987，頁353以下。

自由意思之合意所締結之契約。

其次，就誰得對犯罪者加以處罰，即刑罰權歸屬問題？以及對犯罪者加以處罰之正當化根據為何？此兩問題，格勞秀斯主張以擬制之上位者理論說明之。換言之，依自然法，對犯罪者科以刑罰由較犯罪者為優位者為之最妥當，依格勞秀斯之見解，犯罪者因其犯罪行為，使其與其他未犯同種犯罪之其他所有人相比，猶如將自己轉落於下位，因此其他未犯同種犯罪之所有人，均居於其上位，因此可以對之加以處罰⁶。

三、本解釋一方面是對民法第一百九十五條第一項為合憲限縮解釋，亦即透過基本權利(憲法第十一條言論自由及人性尊嚴)之適用於民法(私法)領域，同時亦宣示或提醒系爭當事人及法院，注意民法第 148 條 1 項(權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。)及同法第 72 條(法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。)等相關規定。

⁶ 此種刑罰權屬於上位者之理論，其主張在格勞秀斯之前即已存在，但格勞秀斯與先前學說不同者乃在於其將其他未犯同種犯罪之所有不特定之社會平等者，擬制地使其位置上升，而一舉擴大刑罰權者之範圍，與之前之學說主張不同。

參、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。其中回復名譽之適當處分，可分從三方面觀察：1.對被害人而言，不論加害人是否真心道歉，均無損於對被害人而言回復其被侵害名譽所具有之社會意義，因為此牽涉其社會形象、觀感或顏面問題(風俗、道德問題)。2.對加害人而言，無人性尊嚴受限制問題，但相應地，須保護其回復，不得超過適當之程度範圍 3.就法院而言，必須判斷被害人所要求公開道歉之回復名譽之內容、方法等是否適當。而除私法相關規定外，另須注意憲法規定(亦即基本權之私法上效力)。