

憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決協同意見書

許志雄大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

關於侵害人格法益之非財產上損害賠償，民法第 195 條第 1 項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」後段針對名譽之侵害部分，特別明定：「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），惟所謂「回復名譽之適當處分」，是否包括由法院命侵害名譽之加害人向被害人公開道歉，向有爭議。大法官於 98 年就此作成司法院釋字第 656 號解釋（下稱系爭解釋），所持見解卻遭到諸多質疑，迄今已近 13 年，不但未能取得學界普遍認同，於實務上亦屢滋紛擾，殊有重新檢討之必要。

本件於司法院大法官審理案件法時代即已受理，並經多次漫長之討論表決，惜因受制於 2/3 特別多數之可決門檻，一直未能作成解釋。迨今年初憲法訴訟法施行，制度變革，可決門檻降低，終於促成本號判決之作成。憲法審查之成效與制度息息相關，可見一斑。

系爭解釋之見解多為本號判決所不採，彰彰明甚。二者主要異同有下列三點：第一、結論不同：前者承認，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，在一定條件下合憲。後者則認為，法院以判決命加害人公開道歉之情形一概違憲，系爭規定將強制道歉納入「回復名譽之適當

處分」之範圍，此部分違憲。第二、所涉憲法上權利不一：前者係從不表意自由，亦即言論自由之角度，審查系爭規定之合憲性。後者則除言論自由外，更將思想自由之侵害問題納入審查焦點，據以判斷系爭規定之合憲性。第三、憲法判斷之方法不同：前者採取合憲性解釋，後者則為系爭規定部分違憲之判斷。本號判決變更系爭解釋，本席敬表贊同。惟本號判決蘊含若干疑點及問題，尚待釐清、辨正，爰提出協同意見書。

一、涉及之憲法上權利及審查順序

系爭解釋之解釋文宣示：「民法第 195 條第 1 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 23 條比例原則，而不牴觸憲法對不表意自由之保障。」其將系爭規定可能侵害之憲法上權利標定在言論自由上，並藉比例原則及限縮解釋方法之運用，作成合憲性解釋。

本號判決主文宣示：「民法第 195 條第 1 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。』所稱之『適當處分』，應不包括法院以判決命加害人道歉之情形，始符憲法保障人民言論自由及思想自由之意旨。」涉及之憲法上權利除言論自由外，更包含思想自由，而將言論自由置於思想自由之前。又如判決理由所示，本號判決在審查之順序上，亦先言論自由而後思想自由。其先以比例原則審查系爭規定有無違反憲法保障言論自由之意旨，顯然沿襲系爭解釋之論理方式，充滿對話乃至抗衡之意味。事實上，二者於

比例原則之操作迥然有別，而且結論亦大相徑庭，對比相當鮮明。

惟性質上，思想自由屬內在精神活動之自由，應受憲法之絕對保障，不許任何限制；國家無論具有任何公益之理由，皆禁止介入，有關限制思想自由之法律當然違憲。而言論自由屬外在精神活動之自由，即使應受高度保障，究與絕對保障有別，仍允許法律為一定之限制。兩相比較，思想自由於人權價值序列上優於言論自由，且為言論自由之基礎。本席認為，系爭規定既涉及思想自由之侵害，基於上述因素，於審查時似應以思想自由為優先。若經思想自由部分之審查，已得違憲判斷，即無再就言論自由部分加以審查之必要。

誠如本號判決理由所述：「憲法第 11 條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之言論自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述（司法院釋字第 577 號解釋參照）。」言論自由包括不表意自由，當國家強制人民表意，一般可認係不表意自由（言論自由）之限制或剝奪。惟表意之強制造成思想良心之不利益時，應不能僅以言論自由之侵害問題看待。此際，無寧已涉及思想良心自由所內含，而應受絕對保障之「沈默自由」¹。本號判決參照系爭解釋，指出：「國家法律如強制人民表達主觀意見或陳述客觀事實，係干預人民之是否表意及如何表意，而屬對於人民言論自由之限制。國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，於加害人為自然人時，更會涉及道德、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……」可見系爭解釋及本號判決均已碰

¹ 高橋和之著，立憲主義と日本國憲法，有斐閣，2006 年初版第 3 刷，頁 148。

觸問題癥結。惜乎系爭解釋就思想良心層面僅如此點到為止，並未深入探究，更遑論從事沈默自由或思想良心自由方面之審查。本號判決正視思想良心之侵害，特別於言論自由方面之審查後，進一步針對思想自由方面進行審查，顯有進展，但加害人為自然人者，未於審查時直接以沈默自由或思想良心自由取代不表意自由或言論自由，仍有未洽之處。

二、言論自由部分之審查

關於言論自由部分，本號判決與系爭規定相同，皆以比例原則作為審查原則，但其操作手法顯有差異。系爭解釋謂：「於侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合憲法第 23 條所定之比例原則。」其僅要求應符合比例原則，至於審查之密度高低、寬嚴，則未置一詞。本號判決表明：「系爭規定應受嚴格審查，其立法目的須係為追求特別重要之公共利益，其手段須係為達成其立法目的所不可或缺、且別無較小侵害之替代手段，始符合憲法保障人民言論自由之意旨。」則明白表示，應採取高密度、嚴格之審查。

基於上開差異，系爭解釋稱：「系爭規定旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。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分，目的洵屬正當。」明確肯定立法目的之正當性，毫無罣礙。本號判決對立法目的之正當性則語多保留，一方面固接受系爭解釋之說法，承認立法目有其正當性，另一方面又因「名譽權遭侵害之個案情狀不一，亦有僅屬私人間爭議，

且不致影響第三人或公共利益者，是填補或回復被害人名譽之立法目的是否均屬特別重要之公共利益，尚非無疑。」而對目的之正當性抱持疑慮。

在手段之適合性方面，系爭解釋未予著墨，諒係堅信法院以判決命加害人向被害人道歉，一定有助於填補被害人名譽所受之損害，故無庸贅言。本號判決同樣未就手段之適合性清楚表達立場，但字裡行間透露出懷疑態度，認為強制道歉「對加害人而言，非出於本人真意之道歉實非道歉，而是違反本意之被道歉；對被害人而言，此等心口不一之道歉，是否有真正填補損害之正面功能，亦有疑問。」言下之意，其手段恐非有助於立法目的之實現，亦即手段之適合性有待商榷。

無可否認，系爭解釋與本號判決之審查重點一致，均擺在手段之必要性方面。系爭解釋表示：「權衡侵害名譽情節之輕重、當事人身分及加害人之經濟狀況等情形，認為諸如在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，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。」認強制道歉基本上符合必要性之要求，僅於公開道歉「涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事」時，逾越回復名譽之必要程度，而例外違反必要性原則。反之，本號判決認以「公開刊載法院判決被害人勝訴之啟事或判決書之方式，即可讓社會大眾知悉法院已認定被告有妨害他人名譽之行為，而有助於填補被害人名譽所受之損害，且不至於侵害被告之不表意自由」，而強制道歉涉及不表意自由之侵害，其侵害程度明

顯更大，縱未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事，亦顯非不可或缺之最小侵害手段，是與必要性原則有違。

本席認為，純就比例原則之審查而言，本號判決之見解應較系爭解釋可採，但若將手段本身之合憲性納入考量，二者皆值得商榷。詳言之，比例原則乃在規制之目的與手段均合憲之前提下，用以檢視目的與手段之關聯性，並據以判斷該規制是否合憲。若目的或手段本身違憲，則其規制即已違憲，並無比例原則之適用餘地。例如，宗教自由係憲法保障之人權，若有法律以滅絕宗教為目的，其目的為憲法所不容，該法律當然違憲；不論其採取之手段如何，均不必且不應以比例原則審查。又設有法律規定以凌遲作為刑事制裁之手段，因其違反憲法禁止酷刑之誡命，手段本身違憲，法律規定自亦違憲，同樣不必亦不應以比例原則審查。

按人性尊嚴為憲法保障之最高價值，不容侵犯。於公開道歉「涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事」時，該手段本身即屬違憲，系爭解釋卻未逕為違憲之判斷，而仍以比例原則之操作，認其逾越回復名譽之必要程度，過度限制人民之不表意自由。徵諸前述，這種論法難謂妥適。至於本號判決，在比例原則之運用上，應視加害人為自然人或法人，而予不同之評價。加害人為法人時，強制道歉僅涉及言論自由之限制，尚不生手段本身違憲問題，故以強制道歉顯非不可或缺之最小侵害手段為由，認與必要性原則有違，而不符比例原則之要求，其論法尚稱允當。然加害人為自然人時，多數意見既認定強制道歉必然損及道歉者之內在思想、良心及人性尊嚴，從而侵害加害人思想自由，則強制道歉作為回復名譽之手段本身即屬違憲，於言論自由部分之審查時，

以比例原則檢視其合憲性，實有不宜。本席忖度，此一問題之產生，可能與審查順序之安排有關。本件之審查係先言論自由而後思想自由，於審查言論自由部分時，未計及強制道歉對思想自由之侵害，以致出現盲點。思想自由部分之審查若先於言論自由部分，或許不致有此問題。

三、思想自由部分之審查

世界各國憲法，除少數例外（如日本國憲法、德意志聯邦共和國基本法、大韓民國憲法），一般均無思想良心自由保障之明文規定，我國亦然。惟思想良心自由係最根本之內在精神活動自由，且為表現自由之基礎，本非國家權力所得介入之領域，憲法所以未予明定，諒係認其應受絕對保障，乃自明之理，無庸多此一舉。

司法院釋字第 567 號解釋明示：「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。」其直接承認思想自由為憲法保障之權利，並未援引憲法第 22 條作為依據，顯然認知思想自由自始蘊含於憲法中，並非所謂憲法未列舉之權利，應與該概括性權利保障條款無涉。本號判決依循上開解釋之論理與意旨，亦未引據憲法第 22 條規定，洵屬正確。

惟思想自由保障之內容為何，釋字第 567 號解釋未見說明。本號判決謂：「思想自由保障人民之良心、思考、理念等內在精神活動」，又指稱強制道歉會「干預個人良心、理念等

內在精神活動及價值決定之思想自由」。由此可知，本號判決採取廣義之思想自由概念，包含良心自由及狹義之思想自由。

嚴格言之，「思想」與「良心」固然均係內心之精神作用，意義卻非全然相同。大體上，思想偏重論理面，良心偏重倫理面，二者尚有差異，但境界之設定極其困難，未必能夠明確區別。而且，思想自由與良心自由同屬內在精神自由，均受憲法之絕對保障，即使強加區別，在憲法解釋上亦乏實益，所以一般以思想自由統稱之²。本號判決以思想自由涵蓋思想及良心之層面，實與通說一致³。

思想良心之內容如何，論者之見解不一，學說可大別為內心說與信條說兩種。依內心說，思想良心廣泛包含內心對事物之所有看法或想法。依信條說，內心之看法或想法中，限於與信仰相當之世界觀、人生觀等，而作為人格形成之核心或必要者，始為思想良心⁴。本號判決究採何說，未有明言，惟從認定強制道歉有違憲法保障思想自由之意旨一點觀之，應未侷限於信條說之狹義主張。又一般認為，單純事實之知或不知，與思想良心有別。因此，法庭內之強制證言，不構成思想良心自由之侵害⁵。系爭解釋容許，在合理範圍內採取由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝

² 芦部信喜著，憲法學Ⅲ，有斐閣，1998年，頁103；高橋和之著，同註1，頁145。

³ 日本最高法院於1956年謝罪廣告強制（強制刊登道歉啟事）事件判決（最大判昭和31·7·4民集10卷7號785頁），從良心自由角度作成合憲判斷，但並未認定一切強制道歉均與思想良心自由無違，且對合憲說持反對意見之學說強而有力。參照芦部信喜著，註2所揭書，頁111-114；芹澤齊著，良心の自由と謝罪廣告の強制，收於高橋和之、長谷部恭男、石川健治編「憲法判例百選Ⅱ〔第5版〕」，有斐閣，2007年，頁76、77。對日常生活中習於道歉之日本人而言，道歉不具深刻意味，以此種文化為前提，或可認強制道歉基本上與思想良心自由無關。參照高橋和之著，同註1，頁146。我國欠缺類似之文化，不宜相提並論。

⁴ 芦部信喜著，註2所揭書，頁103-105；

⁵ 伊藤正己著，憲法，弘文堂，1982年，頁250；高橋和之著，同註1；笹沼弘志著，臨床憲法學，日本評論社，2014年，頁120。

訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，以回復被害人之名譽。對此，本號判決並未排拒。蓋其為事實之認知或澄清，在前述脈絡下，應不涉及思想良心自由之侵害。

五、憲法判斷之方法

受審查之法律規定解釋上包括合憲部分與違憲部分時，其憲法判斷之方法有二，一為明確宣告部分違憲，一為採取合憲性解釋，將有違憲疑義之部分排除，而不作部分違憲之宣告。合憲性解釋固為違憲判斷之迴避手法，實質隱含部分違憲之判斷，是與部分違憲僅有一線之隔，但其本於不同之司法哲學，並有一定之機能考量，於違憲審查上具有特別意義，為美、日、德等國憲法訴訟經常採行之憲法判斷方法。我國違憲審查實務上，合憲性解釋亦屢見不鮮，扮演重要角色。

申言之，合憲性解釋又稱合憲限定解釋，係指某法令發生違憲疑義時，透過限定手法，將其有違憲疑義之部分去除，而作成合憲解釋者⁶。換言之，當法令有廣狹兩義之解釋可能，若採廣義解釋，則該法令違憲；若採狹義解釋，可依據憲法規定或原理，將有違憲疑義之部分除去，作成合憲解釋，此即合憲性解釋⁷。合憲性解釋屬法令解釋方法或準則，意在迴避法律之違憲判斷；其本於司法消極主義之思維，為一種司法自制之技術。藉此判斷方法，可避免宣告法令違憲，以示對政治部門之尊重，並維護法秩序之統一性⁸。惟合憲性解釋

⁶ 許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016年，頁317。

⁷ 合憲性解釋有廣狹兩義，廣義泛指援引憲法以解釋法令之一般情形；狹義與合憲限定解釋相當，本意見書採之。參照山田哲史著，ドイツにおける憲法適合的解釋の位相，收於土井真一編著「憲法適合的解釋の比較研究」，有斐閣，2018年，頁106。

⁸ 新正幸著，憲法訴訟論，信山社，2008年，頁439-441。

畢竟是法律之「解釋」，非立法行為。因此，當解釋逾越法律之文言、立法目的時，形成以司法改變法律，使法律之預見可能性喪失，應非所許。尤其，高度要求明確性之領域，如限制表現自由之法律、稅法及犯罪構成要件，不得輕易使用合憲性解釋⁹。

通說認為系爭解釋採取合憲性解釋，本號判決如理由所示，亦持相同看法。實際上，系爭解釋之解釋文表示，系爭規定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，即未違憲。純就文字觀之，其是否採取合憲性解釋，未必明確。惟其解釋理由書謂：「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。惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。依據上開解釋意旨，系爭規定即與憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之意旨無違。」亦即，依解釋意旨，法院以判決命加害人為涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴情事之公開道歉，應非系爭規定所稱回復名譽之適當處分，故系爭規定與憲法無違。其透過解釋將違憲部分排除在系爭規定之外，應足堪認定為合憲性解釋。惟系爭規定涉及言論自由乃至思想良心自由，是否宜為合憲性解釋，不無疑問。

本號判決主文判示，系爭規定所稱之「適當處分」，應不包括法院以判決命加害人道歉之情形，始符憲法保障人民言論自由及思想自由之意旨。其究採部分違憲或合憲性解釋，未臻明確。惟判決理由指出，系爭規定所稱「回復名譽

⁹ 小山剛著，「憲法上の權利」の作法，尚學社，2009年初版第2刷，頁64。

之適當處分」，依立法原意，包括以判決命加害人公開道歉之強制道歉手段。若然，則是否適合藉由合憲性解釋將違憲之強制道歉排除在系爭規定之外，已非無疑。因將強制道歉排除在系爭規定之外，已明顯背離立法原意，與合憲性解釋係為對政治部門表示尊重之意旨背道而馳。況判決理由另表明：「系爭規定容許法院以判決命侵害他人名譽之加害人向被害人公開道歉，不論加害人為自然人或法人，縱未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事，亦與憲法保障人民言論自由之意旨不符。」依其語意，系爭規定包含強制道歉，該部分違憲。綜上，本號判決應係認定系爭規定部分違憲，而非採合憲性解釋。補充一言，判決主文若明確宣告，系爭規定關於容許強制道歉之部分違憲，即可避免疑竇，無寧較為允當。