

# 司法院大法官會台字第 12668 號朱育德聲請釋憲案公開說明會 書面意見

邵允鍾  
2020 年 3 月 17 日

聲明：

1. 本意見係由筆者以個人名義提出，不代表筆者所屬機構或其他個人或組織，並由個人負完全責任。
2. 本意見係由筆者獨立作成，並未受委託人司法院大法官外之任何機關、團體或個人的資助或協助，亦未與他人有任何之協調或合作關係。

## 一、命加害人強制公開道歉所涉基本權利為何？

### （一）該處分可能涉及言論自由

言論自由同時保護事實陳述與價值判斷的表意與不表意自由，此原則大法官已於釋字第577號解釋中闡釋甚明。<sup>1</sup> 國家所強制的公開道歉屬於強迫表意，亦已由釋字第656號解釋加以確認。<sup>2</sup>

### （二）該處分可能涉及新聞自由

系爭規定未區分侵害名譽權的不同行為主體，因此新聞媒體亦受本條之拘束。事實上，釋字第656號解釋之聲請人即為平面新聞媒體。一旦新聞報導或公共評論被法院認定為侵害名譽權，在結果上媒體便可能面臨被迫公開道歉的處分，可能引發寒蟬效應，進而對新聞自由產生限制的效果。<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> 亦參考美國聯邦最高法院判決 *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977) (“[...] the right of freedom of thought protected by the First Amendment against state action includes both the right to speak freely and *the right to refrain from speaking at all.*”) (如無特別說明，本意見書中所有引文中之強調皆為筆者所加)。

<sup>2</sup> 美國法院相同見解：[Imperial Diner, Inc. v. State Human Rights Appeal Bd.](#), 52 N.Y.2d 72, 417 N.E.2d 525, 529 (1980) (Judge Meyer dissenting: “Just as the First Amendment permits recovery of money damages for libelous speech, it permits the State to protect an employee against the offensive and humiliating speech of his employer. *It may not, however, require the employer to apologize any more than it could require that school children recite the pledge of allegiance*, unless it can be shown that such an enforcement device is essential to the constitutionally permissible purpose of the law.”) (citation omitted) (認為行政機關於該案中命發表歧視言論之加害人道歉已違憲侵害言論自由。該判決之多數意見則認為國家強制道歉之合憲性問題不在本案審理範圍內)。

<sup>3</sup> 在 *Redaksiya Gazety Zemlyaki v. Russia* 一案中，歐洲人權法院亦認為俄國法院命媒體公開道歉在該具體個案中已經造成寒蟬效應，參見 ECtHR, [Redaksiya Gazety Zemlyaki v. Russia](#) (2017), para. 50 (“In this connection, the Court notes that notwithstanding the minor nature of the sanctions imposed on the applicant company, they were *capable of discouraging the participation of the press* in debates over matters of legitimate public concern.”)。

### （三）該處分可能涉及思想自由

依照釋字567解釋理由書，思想自由屬於「最低限度之人權保障」、「最基本之人性尊嚴」，縱使在非常時期，國家仍不得侵犯，「縱 [...] 出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許」。換言之，大院在釋字第567號的解釋理由書中已經揭示，強制表態不僅侵害言論自由，亦可能侵害思想自由。而強迫加害人對其主觀價值判斷上認為無需道歉之行為公開道歉，亦是此種意義下的強制表態。

### （四）該處分可能涉及良心自由

被強制公開道歉若違反道歉人之本意，則被強制公開道歉就等於被強制公開說謊。非出於己願的說謊可能導致被強制表意人違背其良心。<sup>4</sup>

### （五）該處分可能涉及憲法對人格權之保障

憲政民主國家預設公民是有能力為個人行為負責的道德主體。由國家權力強制人民道歉，等於間接否定個人之價值判斷，或者否定個人發展獨立道德價值判斷之能力，可能侵害大法官於多號解釋中曾經強調過的，人民受憲法保障的人格自主發展自由。<sup>5</sup>

### （六）該處分可能涉及人性尊嚴

被逼迫道歉可能構成對人性尊嚴的羞辱，蓋當事人可能因為必須違背己意表態而感覺屈辱。同時，強迫當事人在內心無歉意的情況下公開表示感到抱歉，當事人等於被強迫公開說謊，亦可能引發羞辱感。<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> 韓國憲法法院亦採取類似見解，認為強迫道歉等於強迫道歉人扮演雙重人格。參見道歉啟事案 [89Hun-Ma160](#) 英文判決要旨：“An order of public apology compels an individual admitting no wrong on his part to confess and apologize for his conduct. *It distorts his conscience and forces a dual personality upon him* by ordering him to express what is not his conscience as his conscience. Therefore, it violates the prohibition against compelling one to commit an act against one's conscience, which is derived from freedom of silence.”。亦參見 Jiunn-rong Yeh, Court-ordered apology: the function of courts in the construction of society, culture and the law, in *The functional transformation of courts: Taiwan and Korea in comparison*, Jiunn-rong Yeh (ed.) (V&R unipress; National Taiwan University Press, 2015)。

<sup>5</sup> 許宗力大法官釋字第 656 號解釋意見書亦有類似見解：「道歉如係出於公權力所迫，並在公開場合為之，則道歉人受影響的，就不僅僅是不表意自由，也因令其感到屈辱，還包括人格尊嚴」。釋字第 656 號解釋抄本，頁 5-6。

<sup>6</sup> 張嘉尹教授亦認為法院命公開道歉必然涉及人性尊嚴：「很難想像，在被迫公開道歉的情形，不表意的理由會不涉及『道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值』，而與『維護人性尊嚴』不密切相關。被迫公開道歉在形式上限制了言論自由，但是實質上則侵犯到良心自由，因為違反行為人的意願而強迫他公開道歉，事實上正是侵害了他的自主決定權，他的主體性與人格完整性也被否定了，而這些內容正是人性尊嚴的核心內涵。」張嘉尹，〈人性尊嚴的重量：評析大法官釋字第 656 號解釋〉，《世新法學》第 2 卷第 2 號，頁 201-233（2009），頁 226。

## 二、有關「回復名譽之適當處分」應如何於名譽權及可能牽涉之基本權利間取得平衡？

### (一) 明確區分事實陳述與價值判斷，並賦予後者較高度之保障

立法者關於「回復名譽適當處分」之制度設計使得名譽權與上揭多種憲法基本權利處於潛在之衝突關係，且此些與名譽權可能產生衝突的基本權利，皆對維繫自由民主憲政秩序有極高之重要性，外國立法例與司法實務上明確區分事實陳述與價值判斷的做法，<sup>7</sup> 應是大法官嘗試調和此一基本權衝突時極具參考價值的方法。

有鑑於：一、不正確的事實陳述對於名譽的殺傷力通常比負面的主觀評價更大；二、事實陳述有透過司法程序加以證偽之可能性，主觀評價則存於心中，通常無法透過司法判決或行政處分加以評價或修正，且國家加以修正亦容易誤闖「改造人民思想」之憲法禁區，因此國家若欲對侵害名譽之言論加以限制，原則上宜將限制範圍限定在事實陳述。<sup>8</sup>

當然，這並不是說國家干涉個人的主觀價值判斷就必然無法通過比例原則的檢驗，正如不涉及誹謗的單純公然侮辱行為，立法者也可能選擇以法律加以制裁，<sup>9</sup> 然而立法者若選擇以刑法作為制裁手段是否合乎比例原則，以及命以公然侮辱之方式侵害名譽權之人公開道歉是否合憲，則是獨立的憲法問題，自不待言。

而就系爭問題更為重要的毋寧是，除了作為國家公權力限制對象的表意行為應該以「事實陳述／價值判斷」加以區分以外（例如區分誹謗與侮辱），國家公權力對不表意自由的限制，亦即，國家要求行為人強制表意，亦應以「事實陳述／價值判斷」之標準加以區分，就此而言釋字第577號解釋之解釋文具有劃時代的意義：「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

<sup>7</sup> 當然，這主要是指概念上加以清楚區分，亦即清楚認識到事實陳述與價值判斷是不同性質的言論，也能發揮不同功能。這並不表示現實生活中事實陳述與價值判斷永遠都能被輕易截然二分，許多涉及誹謗的訴訟案件都無法免於行為人所發表之言論究竟屬於事實陳述抑或價值判斷的爭執。又例如釋字第 634 號解釋所涉及「個人對證券投資之**意見表達或資訊提供**」亦是一不易區分的例子，尤其在該解釋釋憲標的的立法目的下，區分二者有無實益亦是一個問題。但即便如此，在概念上清楚區分事實陳述與價值判斷，仍對建立合理的言論自由保障體系有很大的幫助。

<sup>8</sup> ECtHR, [Redaktsiya Gazety Zemlyaki v. Russia](#) (2017), para. 37 (“The Court notes that *a distinction has to be drawn between statements of fact and value judgments*. While the existence of facts can be demonstrated, the truth of value judgments is not susceptible of proof. The requirement to prove the truth of a value judgment is impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right secured by Article 10 of the Convention”). 同判決 para. 46 亦指出，若一國的民事法律未能清楚區分事實陳述與價值判斷，而要求表意人就客觀上根本無從證偽的價值判斷負擔民事損害賠償責任，將很可能侵害表意自由 (“The Court has on many occasions pointed to a deficiency in the Russian law on defamation, which refers uniformly to “statements” and posits the assumption – as the present case illustrates – that any such “statement” is susceptible of proof in civil proceedings.”)。就此亦參見該判決 para. 18 所摘述之俄國最高法院決議，該決議亦重視事實陳述與價值判斷之區分 (Resolution no. 3 of the Plenary Session of the Supreme Court dated 24 February 2005): “Section 9 of the Resolution requires courts hearing defamation claims to distinguish between statements of facts, which can be checked for veracity, and value judgments, opinions and views, which are not actionable”。

<sup>9</sup> ECtHR, [Redaktsiya Gazety Zemlyaki v. Russia](#) (2017), para. 38 (“*even where the statement amounts to a value judgment, the proportionality of an interference may depend on whether a sufficient factual basis for the impugned statement exists, since even a value judgment without any factual basis to support it may be excessive*”).

觀事實之陳述。」。

筆者進一步認為，國家對於「事實陳述」之表意、不表意自由的限制，乃與對於「價值判斷」之表意、不表意自由的限制，具有「質」的差異。<sup>10</sup> 因為價值判斷明顯涉及思想與良心，也因此國家對於價值判斷之表意、不表意自由之限制，在絕大多數情形不只會干預言論自由，亦會連帶干預思想自由以及良心自由。然而依筆者之見，大法官至今尚未系統性地論述過此一差異。

的確，大法官已經透過釋字第567號解釋之解釋理由書明白宣示過以強制表態的方式限制人民對於價值判斷之不表意自由必然違憲：「思想自由 [...] 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。縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容侵犯之最低限度人權保障。」

然而可惜的是釋字567之後的數個重要解釋並未能凸顯國家對於「事實陳述」之表意、不表意自由的限制，與對於「價值判斷」之表意、不表意自由的限制，二者之間「質」的差異。例如釋字577號解釋之解釋理由書提到數種比要求商品成分客觀資訊更強烈的侵害時，乃將「提供個人資料」（事實陳述）、「表達支持特定思想之主張」（價值判斷）以及「提供營業秘密」（事實陳述）併列，並未進一步區分層次：「課予菸品業者標示義務，並非強制菸品業者提供個人資料或表達支持特定思想之主張，亦非要求其提供營業秘密，而僅係要求其提供能輕易獲得之商品成分客觀資訊，尚非過當。」

又例如系爭問題所涉及的釋字第656號解釋之解釋理由書，也不是完全沒有意識到強制表意之具體內容可能有事實陳述與價值判斷的差異：「若[...]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，以符合憲法第二十三條所定之比例原則。」然而遺憾的是，大法官在下一段中的論證方式，卻似乎只看到「刊載澄清事實之聲明」、「登載被害人判決勝訴之啟事」、「將判決書全部或一部登報」、「命加害人公開道歉」，作為四種限制不表意自由的方法，侵害程度的「量」的差別。大法官完全未論及「道歉」已經涉及價值判斷，而與其他三種基本上僅涉及事實陳述的不表意自由之限制，有憲法上重要的「質」的差異。<sup>11</sup>

## （二）關於「回復名譽適當處分」之法律制度應盡可能明確

由上述討論可知，系爭規定其實有法律明確性不足之問題。筆者贊成黃昭元大法官以及許志雄大法官針對釋字第767號解釋所分別提出的協同意見書中所稱，法律明確性之審查其實也有類型化、依所涉基本權類型以及侵害強度適用不同審查標準的需求：

「如果繼續認為法律明確性原則是普遍適用的憲法原則，是有必要區別其適用領域，進一步發展出不同的審查標準，來認定相關法令是否符合法律明確性的要求。在刑法

<sup>10</sup> 香港終審法院相同見解：[Ma Bik Yung v Ko Chuen, FACV 25/2000](#), [2001] 2 HKLRD 1 (2001), paras. 53 (“An order [...] directing the defendant to publish a summary of the court's judgment could also be considered. This would only require the defendant to publish facts and information, that is, a summary of what is contained in the judgment, and is different *in kind* from an order for an apology.”)。

<sup>11</sup> 基於同樣的道理，陳新民前大法官於其釋字第 656 號解釋之意見書中以刑事訴訟法之作證義務證明國家得合理限制人民之不表意自由，就系爭問題而言亦沒有太大說服力，因為作證所涉及的表意內容通常而言僅為事實陳述，不包括價值判斷。釋字第 656 號解釋抄本，頁 35。

領域，基於罪刑法定主義所內含的罪刑明確原則，其所要求的明確性程度應該最高，司法也應從嚴審查。又如言論自由內容管制的法律，因涉及表意自由的限制，也應從嚴審查，以免造成寒蟬效應。」<sup>12</sup>

「法律明確性原則固為法治國家之重要原則，明確性三要件亦普遍受到認同，惟其實際運用時，卻因所涉憲法上權利之特質，以及法領域之異同，而對明確性程度有高低不一之要求。換言之，法律明確性原則與比例原則類似，並非一成不變之原則。一般而言，關於限制表現自由之法律，為避免寒蟬效應，應具備極高度之明確性。」<sup>13</sup>

系爭規定所謂「回復名譽之適當處分」究所指，歷來皆有爭議，甚至，「民法第195條第1項後段，所謂回復名譽之適當處分，是否得包括法院以判決命加害人公開道歉之處分？」亦是本次公開說明會所指定的討論題目之一，可知若考慮到言論自由、思想自由對於自由民主憲政秩序之重要性，單單「回復名譽之適當處分」一詞並不足夠明確。這進一步可以連結回立法者所負的國家保護義務：當名譽權與言論自由、新聞自由、思想自由就「回復名譽之適當處分」而言無可避免將發生重大衝突，立法者應有義務設計更精緻的損害賠償制度，以調和此一基本權衝突。<sup>14</sup>

### 三、民法第 195 條第 1 項後段，所謂回復名譽之適當處分，是否得包括法院以判決命加害人公開道歉之處分？

筆者理解本題是一個應然層次的問題，亦即，「民法第195條第1項後段，所謂回復名譽之適當處分，『可否』包括法院以判決命加害人公開道歉之處分？」，換言之，本題所設問者並非現行法的解釋問題，亦即：「『現行』民法第195條第1項後段，所謂回復名譽之適當處分，『是否』包括法院以判決命加害人公開道歉之處分？」。就現行法的解釋而言，筆者贊同釋字第656號解釋理由書之肯定見解：「系爭規定 [...] 包含以判決命加害人登報道歉」。(依上下文脈絡可知，大法官此處雖使用『登報道歉』之用語，然其義等同於『公開道歉』)

#### (一) 比例原則之適用

法院的判決是一種國家權力的介入，其激烈程度雖非如釋字第509號解釋所涉誹謗罪有刑罰後果，但仍是來自國家的強制手段，<sup>15</sup> 也因此必須適用比例原則來加以審查。

<sup>12</sup> 釋字第 767 號解釋黃昭元大法官協同意見書，頁 6-7。

<sup>13</sup> 釋字第 767 號解釋許志雄大法官協同意見書，頁 7-8。

<sup>14</sup> 李震山前大法官亦指出系爭條文之規範模式與我國其他類似法規範相比較為簡略，釋字第 656 號解釋抄本，頁 15。又例如功能與系爭條文類似的俄國現行民法第 152 條甚至用了十一項條文來調和此一基本權衝突。值得注意的是，依據俄國聯邦最高法院 2005 年之決議，俄國民法第 152 條第 9 項所稱侵害名譽權之非金錢損害賠償，解釋上不包括法院命加害人道歉，該決議扭轉了俄國民事法院過往以命加害人道歉為回復名譽方法之穩定司法實踐，參見 ECtHR, [Redaktsiya Gazety Zemlyaki v Russia](#) (2017), paras. 19, 30.

<sup>15</sup> 同理，英國 2003 年通訊法草案允許主管機關命媒體道歉，亦是來自國家的強制手段，英國國會聯席人權委員會區別了刊登判決、刊登更正啟事，與刊登道歉，並且認為通訊法草案要求刊登道歉啟事可能因不符合比例原則而違反歐洲人權公約第 10 條所保護的表意自由：「*it does not seem disproportionate to require a broadcaster to broadcast the adjudication of a complaint against the broadcaster, although OFCOM would need to consider the effect of ECHR Article 10 in each case in the light of its own facts. However, requiring a broadcaster to make an apology, and in some circumstances a correction, would go a good deal further,*

## （二）審查標準之選擇

由於系爭規定涉及言論自由、新聞自由、思想自由、良心自由、人格權與人性尊嚴等多個重要基本權利，又由於法院命公開道歉主要涉及價值判斷而非事實陳述，故應採取嚴格審查標準。<sup>17</sup>

## （三）立法目的之確認

系爭規定之立法目的，無論從民律草案立法理由或從條文文義皆可知，乃在回復侵權行為對於名譽的損害。所以維護善良風俗、培養富而好禮、有恥且格的公民，並非本條文之立法目的。當然，這並不是說社會教化理論上必然不可能成為立法目的，<sup>18</sup> 然而即使不問由法律進行道德教化的有效性，<sup>19</sup> 在嚴格審查標準下，當立法者的立法目的已經如此明確，司法者不宜再為立法者設想其他目的。

## （四）適當性審查

### 1. 法院命公開道歉欠缺適當性的理由

如上所述，系爭規定允許法院命加害人公開道歉，以實現恢復名譽之立法目的。筆者於多年前為文討論法院命登報道歉之合憲性時即認為，由國家所強迫的公開道歉對於回復名譽並無任何幫助，因為此種公開道歉在絕大多數欠缺道歉之人真誠的悔過。<sup>20</sup> 筆者現在依然這樣認為。<sup>21</sup>

---

demanding that the broadcaster associate himself or herself with OFCOM's assessment of the complaint. We consider that *it could violate the broadcaster's rights under Article 10*. We draw attention to the need for the Government to reconsider these provisions in the light of that.」Human Rights Joint Committee nineteenth report (report on the Draft Communications Bill), 15 July 2002, HC 1102, 2001-02/HL 149, 2001-02. 其後英國政府從善如流，將草案中的強制播送道歉改為現行法的強制播送主管機關調查結果（第 344 條、Schedule 15 第 92、121、124 段）。

<sup>16</sup> ECtHR, [Redaksiya Gazety Zemlyaki v Russia](#) (2017), para. 34-38.

<sup>17</sup> 即使在法院命公開道歉僅涉及新聞自由之情境，歐洲人權法院亦已採取嚴格審查標準：ECtHR, [Redaksiya Gazety Zemlyaki v Russia](#) (2017), para. 41 (“The Court observes that the applicant company was sued as the editorial board of the newspaper. In that connection, it points out that the *most careful scrutiny* on the part of the Court is called for when, as in the present case, the measures taken or sanctions imposed by a national authority are *capable of discouraging the participation of the press in debates over matters of legitimate public concern.*”)

<sup>18</sup> 比較法上的近期著例：中國《老年人權益保障法》之立法宗旨，依其第一條乃包括「弘揚中華民族敬老、養老、助老的美德」，同法第 18 條第 2 項並且明文規定：「與老年人分開居住的家庭成員，應當經常看望或者問候老年人。」中華人民共和國司法部，法律法規數據庫

<http://search.chinalaw.gov.cn/law/searchTitleDetail?LawID=406451&Query=老年人权益保障法&IsExact=>

<sup>19</sup> Nick Smith, *Justice through Apologies: Remorse, Reform, and Punishment* (Cambridge University Press, 2014), p.74-83（強烈質疑法院命公開道歉對於加害人的教化效果）。

<sup>20</sup> 邵允鍾，〈強制平面媒體道歉、撤回（或更正）報導與來函照登的合憲性檢討：以德、美二國判決之個案比較分析為出發點〉，《月旦法學》第 134 期，頁 102-126（2006），頁 116。

<sup>21</sup> 香港高等法院上訴法庭亦持相同見解：Ma Bik Yung v. Ko Chuen, CACV 267/1999, [2000] [1 HKLRD 514](#) (2000), paras. 50-51 (“[...] the defendant is by no means contrite and repentant. He has never indicated that he is. It would appear to us that no useful purpose would be achieved by requiring the defendant to proffer an apology to the plaintiff. Having regard to his attitude to the case *it would be nothing more than a meaningless and empty gesture* and it should not have been ordered as *it would not, in the circumstances, have constituted redress to*

然而筆者逐漸認識到，這其實是一個非常主觀且見仁見智的問題，個人差異極大，例如釋字第656號解釋之多數意見即認為法院命公開道歉的確有回復名譽的效果。我們甚至可以說，實際起訴請求法院命被告公開道歉之原告，除了懷抱惡意羞辱人之動機的少數人以外，很可能多數皆真誠地認為法院命公開道歉有助於其回復名譽。

也因此，筆者現在認為法院命公開道歉對於回復名譽而言之所以沒有適當性，並非因為國家強迫公開道歉對於回復名譽絕對毫無幫助，而是因為其回復名譽的效果不僅取決於當事人的主觀意見，也同時取決於社會上大多數人對於國家強迫公開道歉的主觀意見。蓋名譽是社會生活的產物，沒有第三人的眼光，就沒有名譽的概念。如果這社會上大多數人對於國家強迫公開道歉的主觀意見與筆者相近，則法院命公開道歉對於回復名譽的幫助就會非常小。相對地，如果這社會上大多數人對於國家強迫公開道歉的主觀意見與例如釋字第656號解釋之多數意見比較接近，則法院命公開道歉對於回復名譽的幫助就會較為明顯。問題是，司法者欠缺確實的數據以探知我國社會大眾就此現象的普遍意見究竟為何。<sup>22</sup> 如此一來，在採取嚴格審查標準的前提下，我們似乎應該認為法院命公開道歉對於達成回復名譽的目的而言欠缺適當性。<sup>23</sup>

把適當性的問題更加以凸顯的例子，是道歉人同時或隨後又為相反表意行為的情形。若道歉人在公開道歉（登報、部落格、推特... 等）的同時或隨後，又於相同平台上澄清絕無道歉之意，何如？美國華盛頓州克拉克郡即曾發生類似案件：該郡地方法院法官允許破壞林地獲判有罪之刑事被告選擇勞動服務或錄製道歉影片上傳Youtube，被告於道歉影片上線公開後，又接受記者採訪，表示他於影片中的陳述皆非出於其內心真意。<sup>24</sup> 在此類情形，道歉人已經履行判決所課予之法律上義務（刊登道歉啟事），但公開道歉所可能產生的效果（該案中法官希望該道歉影片能發揮嚇阻其他潛在犯罪者的效果）

---

*the plaintiff's loss and damage* which ought reasonably to be ordered.”). 同樣值得注意的是，本案的背景事實是身心障礙者的歧視事件。香港反身心障礙者歧視法([the Disability Discrimination Ordinance](#), Cap. 487) 第 72 條第 4 項第 b 款有類似我國民法第 195 條之規定，允許法院得命被告為回復損害之必要行為 (“the District Court may [...] order that the respondent shall perform any reasonable act or course of conduct to redress any loss or damage suffered by the claimant”), 香港高等法院上訴法庭於判決中明白表示該條解釋上不包括法院命被告道歉 (para. 49: “Our view is that an unwilling apology is not within the scope of [Section 72(4)(b)].”). 上訴審中香港終審法院就同一法條之解釋有不同見解，認為該條包括法院命被告道歉之處分，然而結論上仍贊同上訴法庭，認為該案中命加害人道歉並不合理，*Ma Bik Yung v Ko Chuen*, FACV 25/2000, [2001] 2 HKLRD 1 (2001), paras. 57. 另參黃茂榮前大法官，〈回復名譽之適當處分及強制登報道歉的合憲性〉，《植根雜誌》，二十六卷第八期，頁 29（「動用公權力，剝奪憲法關於不表意自由的保障，強制一個人道歉，以回復他人之名譽，[...] 對於正常人無受道歉之實質結果，不能達到目的」）。

<sup>22</sup> 陳新民前大法官在其釋字 656 之意見書中曾以法院命公開道歉在我國已行之有年為由，認定此一制度已經「深入國民情感」（釋字第 656 號解釋抄本，頁 55），但筆者認為這似乎不是有效的論證，因為公民的道德觀念是會隨時間改變的，參見釋字第 617 號解釋理由書類似見解：「社會風化之概念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同。然其本質上既為各個社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，自應由民意機關以多數判斷特定社會風化是否尚屬社會共通價值而為社會秩序之一部分，始具有充分之民主正當性。」如果借用釋字第 617 號解釋此處的說法，則在採取嚴格審查標準的前提下，立法者必須能夠充分證明法院命公開道歉的確有回復名譽的效果，而不是「想當然耳」，才能通過比例原則的適當性審查。

<sup>23</sup> 關於名譽作為一種社會概念，亦參見釋字第 656 號解釋陳春生大法官協同意見書，釋字第 656 號解釋抄本，頁 29。但陳前大法官援引日本最高裁判所法官之意見指出：「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」，則與前揭註 22 中所討論的陳新民前大法官之意見有同樣問題，亦即忽略了社會通念可能依時代而變遷。

<sup>24</sup> Nick Smith, *Justice through Apologies: Remorse, Reform, and Punishment* (Cambridge University Press, 2014), p. 51-52.

似已因道歉人之相反表意行為而大幅減少。如果為了預防類似之行為減損公開道歉所可能具有的回復名譽效果，日後我國侵害名譽權案件之原告不僅請求法院命被告刊登道歉啟事，更進一步請求法院命被告終身不得公開表示其事實上並無歉意，法院應否准許？若法院准許此種請求，將形成為確保強制道歉起碼的有效性而必須以更強的力道限制被告表意自由的弔詭情境。若法院不准許，則更證明法院命公開道歉自始至終只能保證表面的、一時的道歉外觀，其回復名譽的效果毋寧非常脆弱。

又，就適當性的問題而言，此處可以附帶討論的是「法院命公開道歉作為一種回復名譽方法」所展現的法體系價值判斷的不一致性。蓋道歉的原始功能之一在於和解，這個和解的功能在例如轉型正義相關的法律制度中乃與損害填補及冤罪平反有清楚區分。蓋政府的道歉雖然能促進社會和解也因此被鼓勵，但其仍不能夠取代損害之賠償或補償，更重要的是，其也不能夠取代具體的平反作為。唯有平反當年的不義判決，才能真正修補被害人被扣上「叛亂」等罪名對其名譽所造成的傷害。又例如在刑法體系中，之所以犯罪者的悔意有時值得減刑，也是因為立法者認為其所展現的悔意雖然無法事後彌補或「回復」犯罪行為對法秩序所造成的傷害，但卻能使得犯罪行為與法秩序間的緊張關係某程度獲得和解。<sup>25</sup> 然而可能基於文化上的認知差異，清末民律草案的立法者在設計名譽受侵害的民事損害賠償制度時，似乎將「道歉」視為一種類似戰利品的標的物，可以在違反道歉人的主觀意願的狀況下，透過法院判決的國家權力，強命加害人「交付」予被害人，作為回復損害的方法。然而在違反道歉人主觀意願的狀況下，此種「道歉」是否仍具有促進和解的功能，則令人存疑。換言之，將法院命公開道歉定位為一種回復名譽的方法，其所展現的法體系價值判斷的不一致性正是在於，當整體法秩序中的其他部門清楚認識到道歉主要僅能發揮和解的功能，民法立法者卻認為道歉具備填補損害的功能。<sup>26</sup>

最後，雖然非我國主流意見，但筆者願意指出，的確有部分論者認為，即使立法者規定法院得命加害人公開道歉，法院就此而言實處於「客觀不能」。<sup>27</sup> 瑞士聯邦最高法院於其關於法院命公開道歉的指標判決中，亦認為法院客觀上無從強迫被告道歉。<sup>28</sup>

## 2. 附帶問題：「登報」道歉想像之不合時宜

傳統上認為法院命公開道歉符合適當性的一個附帶理由是，即使加害人不服從判決，仍可以代替執行方式強制執行，<sup>29</sup> 這樣的見解主要是基於傳統「登報」道歉的想像而來。然而網路時代，侵害名譽權的言論多發生在網路空間，也因此例如本案聲請人即

<sup>25</sup> 刑法體系是否應該賦予犯罪人的悔意某種法律意義，是另一個重要的問題，詳後述。

<sup>26</sup> 哲學家 Martha Nussbaum 亦懷疑強迫道歉對於促進被害人與加害人之和解並無幫助。Martha Nussbaum, *Anger and Forgiveness: Resentment, Generosity, Justice* (Oxford University Press, 2016), p. 87-88.

<sup>27</sup> 黃茂榮前大法官，〈回復名譽之適當處分及強制登報道歉的合憲性〉，《植根雜誌》，二十六卷第八期（2010），頁 29（「倘一個人不願道歉，他人並不能強使之為道歉，法院縱命為道歉之判決，該判決亦無強制執行的可能性」）；劉玉中，〈行為請求權強制執行方法之再建構：以刊登道歉廣告之強制執行為中心〉，《銘傳大學法學論叢》，二十一期（2014），頁 30-31，亦有類似意見。

<sup>28</sup> Bundesgericht, Urteil vom 4. November 2013, [5A\\_309/2013](#), E. 6.3.3 (“Nicht nur bleiben dem Gericht die tatsächlichen Motive für eine Entschuldigung verschlossen; *es hätte auch gar keine Möglichkeit, eine Entschuldigung zu erzwingen.* [...] das Gericht [kann] niemanden unter Androhung von Strafe im Unterlassungsfall zwingen, sich zu entschuldigen.”).

<sup>29</sup> 劉玉中，〈行為請求權強制執行方法之再建構：以刊登道歉廣告之強制執行為中心〉，《銘傳大學法學論叢》，二十一期（2014），頁 29-30。

被法院命於其個人網路部落格上公開道歉（臺灣高等法院高雄分院 103 年上字第 138 號民事判決，六、(二)；臺灣高雄地方法院 102 年訴字第 2183 號民事判決，五、(四) 2.）。然而無論部落格或臉書、推特，皆由加害人持有帳號密碼，此時如果當事人拒絕刊登道歉啟事，「代替執行」顯然將引發後續更複雜的法律問題。

#### (五) 必要性審查

相較於同等有效（或甚至更有效）的刊登判決書或判決摘要，公開道歉似乎不是最小侵害手段。無論釋字第656號解釋或者香港終審法院都認為，客觀上的確存在僅有法院命加害人道歉才能填補的重大權利損害情形，但無論是釋字第656號解釋或者香港終審法院都未能具體說明，究竟在什麼狀況下的何種名譽權損害無法藉由命加害人道歉以外之方法加以填補？就此香港終審法院的論證幾乎與釋字第656號解釋一樣不明確，<sup>30</sup> 也因此二者同樣不具有說服力。許宗力大法官亦有類似質疑：「現實生活上，很難想像還有那些侵害名譽事件，是連『刊載澄清事實之聲明、登載被害人勝訴判決之啟事或將判決書全部或一部登報等手段』，都還不足以回復被害人名譽者」。<sup>31</sup>

#### (六) 狹義比例原則審查

就狹義比例原則之審查而言，我們關心的是「名譽權所能獲得的保護利益」與「其他基本權利因此所受到的損害」之比較。這裡涉及的是高度不確定是否能實現的名譽保護利益（因為高度仰賴社會多數人對強制道歉所持之態度）與高度確定的言論自由、新聞自由、良心自由等多個重要基本權利的損害，以下分述之：

##### 1. 名譽權與言論自由的衡平：

如前所述，如果正確區分關於事實與關於價值判斷之不表意自由，即可知國家對於**價值判斷**不表意自由的限制明顯比對**事實陳述**不表意自由的限制來得嚴重。對於價值判斷的不表意自由的限制是極為嚴重的言論自由侵害。同樣基於事實陳述與價值判斷的區分，德國聯邦最高法院亦認為，以判決強迫被告就侵害人格權而道歉，因為將使道歉人無從與法院所強加的他人價值判斷保持適當距離，已違憲侵害其不表意自由。也因此，命德國被告公開道歉之外國判決，在德國無從強制執行。<sup>32</sup>

<sup>30</sup> 釋字第 656 號解釋之理由書就「法院何時可以命妨害名譽加害人道歉」幾乎沒有提供任何足資判斷的標準：「法院在原告聲明之範圍內，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。」；比較香港終審法院就「法院何時可以命加害人為其歧視行為道歉」同樣模糊的論證：[Ma Bik Yung v Ko Chuen, FACV 25/2000](#), [2001] [2 HKLRD 1](#) (2001), para. 52 (“there may be rare cases where the court could be satisfied that an apology, albeit insincere, would be a reasonable act for the defendant to perform. Further, in these rare cases, enforcement could not be said to be futile or disproportionate and contrary to the interests of the administration of justice. The circumstances in these rare cases, including the degree of gravity of the defendant's unlawful conduct as well as the nature and extent of the plaintiff's loss and damage, would have to be exceptional.”)

<sup>31</sup> 釋字第 656 號解釋許宗力大法官部分協同意見書，釋字第 656 號解釋抄本，頁 9。

<sup>32</sup> BGH, Beschluss vom 19. Juli 2018, [IX ZB 10/18](#), Rn. 20-21 (“Mit dem Ausdruck des Bedauerns und mit der Bitte um Entschuldigung soll sich die Antragsgegnerin dieser Bewertung anschließen und als eigene Meinung veröffentlichen. **Die Möglichkeit einer Distanzierung** etwa in der Form, dass die zu veröffentliche Erklärung als fremde, auf dem Urteil eines polnischen Gerichts beruhende Aussage gekennzeichnet wird, **ist damit ausgeschlossen.** [...] **Wenn schon die Pflicht zur Abgabe einer eigenen Stellungnahme gegen die negative**

## 2. 名譽權與新聞自由的衡平：

法院命公開道歉對於新聞自由將造成寒蟬效應。尤其，法院命公開道歉所造成的寒蟬效應甚至會大於誹謗罪，因為在我國誹謗罪還有真實惡意原則的保護，新聞媒體可以舉證保護自己，但「名譽之損害何時已經大到非公開道歉不足以彌補（釋字656所提出的判斷公式）」則是非常不穩定的判斷，個別法官的認知可能截然不同。然而媒體機構一旦公開道歉，將對其公信力造成負面影響。這並不是指錯誤報導本身對媒體公信力之影響，畢竟媒體自願更正報導錯誤往往是維持其公信力的有效做法，因而媒體往往皆有固定的錯誤更正欄位，參見美國紐約時報的「corrections」。<sup>33</sup> 筆者這裡指的是，媒體的公信力建立在於正確的事實報導與真誠的社論批評之上。而眾所周知，法院所命令之公開道歉，道歉人被迫發表的道歉啟事往往是違心之論。一個公開發表違心之論的媒體，還會有多少公信力？

## 3. 名譽權與思想自由的衡平：

釋字第567號解釋理由書就此已經說得很清楚：「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。縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容侵犯之最低限度人權保障。」而名譽權之保障顯然不可能是比因應國家緊急事態更為重要的法律利益。換言之，如果連非常時期的國家安全此種重大公共利益都不足以成為侵害內在精神自由的合憲理由，則舉重以明輕，即使我們認為個人名譽之保障非為微不足道的法律利益，卻無論如何不可能成為侵害內在精神自由的合憲理由。

## 4. 名譽權與人性尊嚴的衡平：

允許法院命加害人公開道歉，等於是用法院的道德判斷取代加害人的道德判斷，亦即，等於不承認加害人的道德主體地位。就此而言的另一個重點，是公開道歉對道歉人之人性尊嚴所產生的特殊羞辱效果。陳新民前大法官認為判命賠償、判命刊登判決、判命公開道歉的羞辱效果是一樣的，<sup>34</sup> 然而這正是沒有認識到事實陳述與價值判斷的重要區別的結果。的確，國家透過強制力幾乎可以強迫人民做任何事，然而被迫賠償、被迫陳述當事人不願發表卻不爭執其真實性之事實，甚至被迫服刑，雖然都可能讓當事人產生極大痛苦，但至少精神與良心作為個人內在自由的最後堡壘此時尚未被侵犯。相對地，自認無愧良心卻被強迫道歉之人，卻連此一最後的內在自由都將失去。

雖然無論釋字第656號解釋或者香港終審法院都認為，客觀上的確可能存在法院命加害人道歉卻不至於侵害加害人之人性尊嚴的情形，但無論是釋字第656號解釋或者香港終審法院都未能具體說明，法院命加害人道歉如何可能不侵害加害人的基本權利？就此香港終審法院的論證幾乎與釋字第656號解釋一樣不明確，<sup>35</sup> 也因此二者同樣不具有

---

*Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG verstößt, gilt dies erst recht für die Pflicht, eine vorgegebene Bewertung als eigene Meinung veröffentlichen zu müssen.”).*

<sup>33</sup> <https://www.nytimes.com/section/corrections>

<sup>34</sup> 也因此陳新民前大法官並不認為相較於命刊登判決書或更正啟事，命公開道歉是「最後手段」，釋字第656號解釋抄本，頁45-46。

<sup>35</sup> 釋字第656號解釋之理由書就此幾乎沒有進行論證，僅提及「如要求加害人公開道歉，涉及加害人自

說服力。或許，法院命加害人道歉卻不至於侵害加害人基本權利的唯一可能，是採取類似陳春生前大法官的論證途徑，指出我們有可能將法律意義上的道歉限縮理解為一種「形式」。<sup>36</sup> 此種論證方式與外國學說上所謂「道歉作為一種儀式（apology as ritual）」有若合符節之處。<sup>37</sup> 然而此一論證策略的弔詭之處在於，越強調法律所強制的道歉僅具有形式上的意義，越難有說服力地主張此種道歉具有回復名譽的效果。<sup>38</sup>

## 5. 法院命公開道歉的滑坡效應

就狹義比列原則而言，法院命公開道歉的另一個重大疑慮是滑坡效應。當侵害名譽權的言論越來越主要出現在網路上，法院命公開道歉的平台亦越來越主要是網路，例如本案聲請人即被法院命於其個人網路部落格上公開道歉（臺灣高等法院高雄分院 103 年上字第 138 號民事判決，六、(二)；臺灣高雄地方法院 102 年訴字第 2183 號民事判決，五、(四) 2.）。基於相同的邏輯，如果今天有人是以網路直播的方式發表侵害名譽權的言論，法院是否得命加害人以網路直播的形式公開道歉？然若如此，此種判決與中國常見的政府強逼民眾在電視上公開道歉，外觀上似乎已無太大差別。或有論者將曰，系爭規定之情形是法院命加害人向被害人道歉，且有正當法律程序的保障，這與中國常見的政府強逼民眾公開在電視上向不特定人懺悔，本質上有所不同。但兩者皆由國家發動，並強逼人民表態，其對個人人格所造成的羞辱效果，並無二致。<sup>39</sup>

## 6. 公開道歉「做為選項」的可能性

最後，本題的問法似乎忽略了公開道歉「做為選項」的可能性。

良心自由的特殊問題是，無從選擇的強制道歉絕對侵害良心自由，但法院以判決命加害人公開道歉之處分是否可能成為一種「選項」，端視大法官在多大程度上認為良心自由是不可處分的（言論自由、新聞自由可以處分則似乎較無爭議）。

---

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。」並未說明法院命加害人道歉如何可能不涉及加害人自我羞辱。這裡的主要問題是，大法官完全未就何謂「自我羞辱」加以定義。對筆者個人而言，強迫道歉本身即已經構成自我羞辱。比較香港終審法院就「法院命加害人道歉不一定會侵害其基本權利」同樣模糊的論證：[Ma Bik Yung v Ko Chuen, FACV 25/2000](#), [2001] [2 HKLRD 1](#) (2001), paras. 47-48 (“The questions whether (1) the freedom of thought or conscience would be infringed or (2) the freedom to manifest one's belief or the freedom of expression would be infringed [...] must depend on the circumstances of each case. [...] The circumstances to be considered in each case will include the defendant's circumstances and the defendant's reasons for his unwillingness to apologise. [...] It is only upon an examination of all the circumstances in a particular case that one can answer the question whether the guaranteed rights and freedoms are infringed [...]”) 僅一味強調「須個案判斷」，同樣沒有實質說理。

<sup>36</sup> 釋字第 656 號解釋陳春生大法官協同意見書論及「不伴隨道歉意思之道歉」，以及「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」。釋字第 656 號解釋抄本，頁 27、29。

<sup>37</sup> Christopher Bennett, *The Apology Ritual: A Philosophical Theory of Punishment* (Cambridge University Press, 2008).

<sup>38</sup> 類似批評，Nick Smith, *Justice through Apologies: Remorse, Reform, and Punishment* (Cambridge University Press, 2014), p.64-65.

<sup>39</sup> 許宗力大法官針對釋字第 656 號解釋提出之部分協同意見書有類似見解：「依本席所見，強迫一個不願認錯、不服敗訴判決的被告登報道歉，對其所造成人格尊嚴的屈辱，與強迫他（她）披掛『我錯了，我道歉』的牌子站在街口，或手拿擴音器，對著大庭廣眾宣讀『我錯了，我道歉』的聲明，委實說並無本質上的不同，充其量只是百步與五十步的程度差別，如果我們允許強迫登報道歉，就沒有理由反對強迫在大眾面前公開道歉，而這種道歉方式或許在未經人權洗禮的傳統農業或部落社會習以為常，但於尊重人格尊嚴的現代文明社會，實難想像還有存在空間。」釋字第 656 號解釋抄本，頁 7。

詳言之，立法者若制定法律合法化自願賣身為奴的契約，必然違憲，因為人身自由不可拋棄是我國憲法的基本價值。但理論上我們可以想像法律允許以道歉交換較低賠償金的「出賣良心」行為。陳新民前大法官亦間接提到給予被告選擇權的可能性。<sup>40</sup> 就此而言，我國刑事訴訟法中的緩起訴制度以及認罪協商程序，因為制度設計上至少給予被告道歉與否的決定權，<sup>41</sup> 此二規定相較於系爭規定，至少在形式上給予被告是否「出賣」良心交換法律上利益的自主決定權，因此是對良心自由較小的侵害。而當然，立法者所設定的選項如果顯不相當，現實上將仍然等於否定當事人的實質選擇權。<sup>42</sup> 有鑑於前科對個人社會生活的嚴重影響，刑事訴訟法中與被告道歉相關的法律規定是否因為未能給予被告實質的決定空間，仍然過度侵害良心自由而無法通過司法違憲審查的檢驗，值得深入思考。<sup>43</sup>

#### 四、本院釋字第 656 號解釋之意旨是否應予變更？

##### (一) 釋字第 656 號解釋之意旨應予變更

筆者認為，釋字第656號並未合理區分事實陳述與價值判斷，也因此該號解釋之多數意見只看到「刊載澄清事實之聲明」、「登載被害人判決勝訴之啟事」、「將判決書全部或一部登報」、「命加害人公開道歉」，作為四種限制不表意自由的方法，其侵害程度的「量」的差別。大法官完全未論及「道歉」已經涉及價值判斷，而與其他三種基本上僅涉及事實陳述的不表意自由之限制，有憲法上重要的「質」的差異。然而此一區分，如前所述，對於適當調和名譽權與其他基本權的衝突而言，至關重要。

亦如前所述，筆者認為法院命公開道歉，在嚴格審查標準下原則是違憲的國家干預，然而筆者認為針對系爭規定仍然存在兩種不同寬嚴的解釋可能性：

首先是強版本：所謂回復名譽之適當處分，解釋上不可能包括以判決命加害人公開道歉，因為國家命令人民公開道歉必然涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事。除此之外，「回復名譽之適當處分」一詞亦因過於籠統而違反法律明確性原則。

而弱版本則是：所謂回復名譽之適當處分，解釋上可能包括以判決命加害人公開道歉，但不包括任何將損及人性尊嚴的處分。而法院命加害人公開道歉，但卻不損及不表意自由與良心自由，解釋上唯一可能的作法是將此處分列為兩種以上同時供加害人選擇的、可相提並論的回復名譽處分選項之一，法院此時並須確保加害人擁有真實的選擇可能性，以維護憲法保障人民不表意自由與良心自由之意旨。然而在此同時，「回復名譽之適當處分」一詞仍因過於籠統而違反法律明確性原則。

<sup>40</sup> 釋字第 656 號解釋抄本，頁 45。雖然陳前大法官沒有正確認識到現行民法第 195 條的規範模式其實並未給予被告關於道歉與否的選擇權。

<sup>41</sup> 依照刑事訴訟法第二百五十三條之三，如果被告坦然接受檢察官得撤銷緩起訴處分之法律後果，被告的確可以選擇不履行道歉；依照同法第四百五十五條之四，被告於認罪協商程序中同意向被害人道歉的意思必須出於自由意志。

<sup>42</sup> 關於「真實的選擇可能性」對自由的重要性，當代共和主義者有非常精采的討論，可參考 Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford University Press, 1997)。

<sup>43</sup> 國內有系統探究刑事法律體系中道歉所扮演之角色的文獻可參考吳佳樺，〈論刑事法上強制道歉之合憲性〉，《法學叢刊》第 55 卷第 3 期（2010），頁 129-175。

結論上，由於立法技術很難保證法院所提供的多個選項具有實質相當性，這進而導致很難保障被告真正享有實質意義的，「道歉與否」的選擇權，也因此筆者認為仍以強版本較為理想，亦即，大法官應該逕行宣告系爭規定違憲。

## （二）檢驗系爭規定之合憲性，是否應該區別討論一般人民與新聞媒體？

就結論上而言，筆者認為無論法院命一般人民或新聞媒體公開道歉，都已經因為侵害上述多個基本權且未能通過嚴格審查標準下的比例原則審查而違憲。也因此就法院命公開道歉一事，筆者認為並無區別一般人民與新聞媒體的理由。

然而除了公開道歉以外，民事名譽權損害賠償制度的確還有其他可能必須區分一般人民與新聞媒體的面向，要者例如媒體與一般人民至少在當前的社會仍然擁有極為不同的發言管道，也因此回復名譽之法律制度的確有必要考慮二者在資源上與型態上的不同，而為相應之制度設計。這也是為何在嚴格審查標準下，「回復名譽之適當處分」一詞過於籠統的重要理由之一。<sup>44</sup> 考慮到一方面立法者就此而言有立法形成自由，然而另一方面，名譽權與言論自由、新聞自由、思想自由就「回復名譽之適當處分」而言有嚴重的潛在衝突可能性，有鑑於言論自由、思想自由對於自由民主憲政秩序之重要性，立法者實負有極重大的國家保護義務，有義務設計更精緻的損害賠償制度，以調和此一基本權衝突。也因此若大法官的確認為系爭規定的現行規範模式在嚴格審查標準下因不夠明確而違憲，似宜採取定期向後失效的違憲宣告方式，給予立法者修法之緩衝時間，並同時確保名譽權之民法上保障不至於在修法期間產生真空。

## （三）關於本案為合憲性解釋的可能性：

雖然系爭規定並未明文提到「公開道歉」，但大清民律草案之立法理由中的確提到「登報謝罪」，而系爭規定之內容大致承襲當時之民律草案，並無重大變動，因此可以合理推論系爭規定包含「法院命公開道歉」並不違背民法立法者之立法原意。再者，就普通法院之一貫實踐而言，法院長期以來皆認為命公開道歉是恢復名譽之適當處分，亦屬無爭議之事實。

釋字第653解釋之理由書已顯示，即使採取抽象違憲審查制度，司法者的審查活動仍不應忽略法院的長期實踐，<sup>45</sup> 筆者因此認為，本次公開說明會所涉及之系爭規定，既然一方面吾人得以確定立法者的原意乃包含法院命公開道歉，二來法院歷來實務亦經常判決加害人登報道歉，所以若今次大法官的確認為法院命公開道歉違憲，似亦不宜以系爭規定並未明文提及「公開道歉」為由逕採合憲性解釋，<sup>46</sup> 至少應該宣告系爭規定部分

<sup>44</sup> 就此而言，陳新民前大法官關於釋字 656 疏未觸及民法應該如何要求媒體回復他人名譽此一重要問題的相關批評，值得重視。656 抄本，頁 40-44。

<sup>45</sup> 「司法實務亦基於此種理解，歷來均認羈押被告就不服看守所處分事件，僅得依上開規定提起申訴，不得再向法院提起訴訟請求救濟。」是大法官於該號解釋中宣告系爭規定違憲的原因之一。

<sup>46</sup> 許宗力大法官針對釋字第 653 號解釋所提出之協同意見書，亦採取類似論證途徑否定該號解釋釋憲標的之合憲解釋空間：「以系爭羈押法第六條而言，因沒有留下『不得向法院請求救濟』的尾巴，因此就文義來看，確實是有可能解釋為並未排斥受羈押被告於申訴未果後，仍保有繼續向法院訴請救濟的機會。然系爭規定制定於民國三十五年，相信沒有人會否認，那是特別權力關係理論支配整個學說與實務操作的年代，受制於特別權力關係的認知，無論是制定系爭規定的立法者本身，或適用該規定的執行羈押機關與各級法院，都認受羈押被告如對看守所之處遇或處分有所不服，只能經由申訴機制尋求救濟，並無

違憲。<sup>47</sup>

退一萬步言之，如果大法官認為法院命公開道歉違憲，但仍決定擱置立法者原意以及長期穩定的司法實踐，而採取合憲性解釋，宣告系爭規定本身因解釋上不包括公開道歉因而不違憲，則大法官至少應同時明確指出法院命公開道歉乃屬違憲的恢復名譽處分，以確保民事司法實務上不會再出現以「系爭規定本身之合憲性已經大法官確認」為由而命加害人公開道歉之判決。因為，雖然令人遺憾，但這在我國並非無法想像。一個明顯的例子是，縱使大法官目前幾乎已全面揚棄特別權力關係，司法實務上仍有法院不顧司法院晚近之解釋，僅單純以釋字243號解釋為依據，認定凡「不足以直接改變公務員之身分關係」之考績處分，皆屬對公務員沒有重大影響。<sup>48</sup>

---

再向法院訴請救濟之權利，而事實上也的確未曾允許受羈押被告訴請救濟」。釋字第 653 號解釋抄本，頁 22。

<sup>47</sup> 就此而言，釋字 656 解釋於進行法律解釋時重視長期穩定司法實踐的基本出發點值得肯定，因為其理由書即是以「民事審判實務上不乏以判命登報道歉作為回復名譽之適當處分，且著有判決先例」為論據，認定「系爭規定 [...] 包含以判決命加害人登報道歉（筆者按：依上下文脈絡可知，大法官此處雖使用『登報道歉』之用語，然其義等同於『公開道歉』）」。

<sup>48</sup> 最高行政法院 106 年判字第 76 號行政判決（消防員徐國堯免職案），六、（二）。考慮及此，大法官實有必要積極補充過往之解釋，而不應單以晚近解釋已改變見解為由，任由舊解釋以既有之外觀繼續存在，無意中為普通法院保留援引司法院早期解釋侵害人權之空間。