

## 論民事強制道歉的違憲審查\*

張譯文\*\*

<摘要>

對於民事財產法體系而言，憲法基本權體系的審查，尚屬陌生；然而，憲法訴訟新制所引進的「裁判憲法審查」，勢將產生更大的「私法憲法化」浪潮。有鑑於此，本文遂以【強制道歉案】為例，討論基本權利體系是否可能對於「民事立法者」與「民事司法者」產生拘束效力。

民事法上諸多「基於法律而生」的義務，同樣構成國家行為對於基本權的干預措施；在此範圍之內，應與「基本權第三人效力」無涉。侵害名譽權的不法行為人之「道歉義務」，即屬一例，從而亦應受到基本權效力之拘束。

民法第 195 條第 1 項後段採取「法律效果層次的司法裁量」的立法技術。在此規範模式之下，「立法行為違憲審查」的重點在於：授權是否違憲。以【強制道歉案】為例，明白見諸立法理由之中的「登報謝罪」，乃是授權框架內的一種選項。系爭條文作為「課予道歉義務」的法律基礎，應受基本權體系——尤其比例原則——的檢驗。

---

\* 感謝二位匿名審查委員指出不足之處，並提供諸多寶貴的修改意見，使本文得以更加充實完整；惟文責自當概由筆者自負。本文初稿曾經發表於 2022 民事法理論與實務發展研討工作坊，尤其感謝評論人向明恩教授的賜教。另外，本文撰寫期間，筆者曾多次求教於德國施派爾行政大學（Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer）博士生陳軍志先生，獲益良多，由衷感謝。最後，國立臺灣大學法律學系碩士生吳珮珊、黃奕華及鄭吉祥同學，費心協助本文討論與校對，謹此一併致謝。

\*\* 國立臺灣大學法律學院助理教授、德國慕尼黑大學法學博士。

E-mail: yiwenchang@ntu.edu.tw

• 投稿日：09/19/2022；接受刊登日：03/29/2023。  
• 責任校對：辛珮群、李樂怡、高映容。  
• DOI:10.6199/NTULJ.202309\_52(3).0004

對司法者而言，民事法院同樣亦應作出合憲的解釋適用或裁量。至於其比例原則的審查重點，並非僅限於「道歉聲明形式、內容的控制」或「狹義比例原則下利益權衡」，毋寧應審酌說明系爭規範之意旨、各種處分類型的取捨，以及個案各種利益之權衡等各項情事。

關鍵詞：強制道歉、私法憲法化、法律效果層次的司法裁量、損害賠償、比例原則、回復名譽之適當處分

### ◆目次◆

#### 壹、序言

- 一、問題背景
- 二、問題提出

#### 貳、私法義務與違憲審查

- 一、民事義務的基本權意涵
- 二、基本權第三人效力之爭？
- 三、小結

#### 參、「立法違憲」與「司法違憲」

- 一、強制道歉的規範特色
- 二、道歉法規範作為基本權拘束的對象
- 三、道歉判決作為基本權拘束的對象

#### 肆、結論

## 壹、序言

### 一、問題背景

#### (一) 第一次強制道歉案

民法第 195 條第 1 項後段<sup>1</sup>：「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」在我國過往的審判實務之中，「刊登道歉聲明」堪稱為最典型的一種「回復名譽之適當處分」。然而，「道歉」作為一種回復名譽的「處分」，是否符合憲法基本權利保障之意旨，迭生爭議。

此項問題，不唯我國有之；在承認道歉處分的其他國家，亦見相關論爭<sup>2</sup>。以同樣地處東亞文化圈的日本與韓國為例，在 1956 年「請求刊登道歉啟事事件」的大法庭判決之中，日本最高裁判所就日本民法第 723 條（類似於我國民法第 195 條第 1 項後段）作成合憲性解釋：倘若系爭道歉啟事並未造成賠償義務人「恥辱性或痛苦性之勞苦」，亦未侵害其「倫理上的意思及良心的自由」；在此前提之下，道歉是為一種回復名譽的適當處分<sup>3</sup>。相對於此，1991 年的韓國憲法法院，則採取違憲的結論<sup>4</sup>。

---

<sup>1</sup> 我國法上，類似規範條文眾多，例如性騷擾防治法第 9 條第 2 項後段等。詳盡的整理分析，參閱：陳忠五（2022），〈強制道歉是否為回復名譽的「適當處分」？：憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，324 期，頁 193。

<sup>2</sup> 除了本文所提及的日韓二國以外，美國也偶見「民事道歉處分」的法院裁判。其在憲法（第一修正案）上的意義（兼論刑事法上處分），請參閱 Michael Hristakopoulos, *On the Moral and Constitutional Perversity of Court-Ordered Apologies*, 45 VT. L. REV., 365 (2021)（傾向違憲的結論）。

<sup>3</sup> 日本最高裁判所昭和 31 年 7 月 4 日大法庭判決參照。本文作者不諳日文，裁判中譯參閱陳洸岳（譯）（2002），〈請求刊登道歉啟事事件：道歉啟事與憲法上之良心自由〉，司法院（編），《日本國最高法院裁判選譯（第一輯）》，頁 107-118，司法院。

<sup>4</sup> 本文作者不諳韓文，裁判簡介參閱王澤鑑（2012），《人格權法：法釋義學、比較法、案例研究》，頁 510-511，自刊；吳佳霖（2008），〈你給我道歉！：論判決公開道歉之合憲性〉，《法學新論》，2 期，頁 68-69。對於韓國憲法法院的不同意見，Dai-Kwon Choi, *Freedom of Conscience and the Court-Ordered Apology for*

視角拉回我國。針對此項問題，大法官於 2009 年首次表態。在原因案件——名噪一時的【嘿嘿嘿案】——之中，受訴法院認定<sup>5</sup>：新新聞文化事業股份有限公司及其員工所為報導，業已損害時任副總統呂秀蓮之名譽；因此判令其刊登如下道歉聲明於各大報紙：「道歉人：新新聞文化事業股份有限公司……，茲於民國八十九年十一月十六日發行之第七一五期新新聞週報，以聳動渲染之標題及筆法，刊登虛構之呂副總統『鼓動緋聞、暗鬥阿扁』等一系列不實報導，公然污衊呂副總統，嚴重損害呂副總統之名譽，道歉人等謹向呂副總統，申致歉意，並鄭重聲明上開報導消息全非真實，謹此聲明。道歉人：新新聞文化事業股份有限公司……」。判決確定後，新新聞文化事業股份有限公司認為：刊登如上道歉聲明，應有違憲之虞，遂依舊司法院大法官審理案件法（下稱舊大審法）第 5 條第 1 項第 2 款，以「民法第 195 條」及「最高法院 62 年台上字第 2806 號裁判先例<sup>6</sup>」為標的，聲請解釋憲法<sup>7</sup>。

就此【第一次強制道歉案】，司法院作成釋字第 656 號解釋（下稱前次解釋）：「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。」結論上，系爭解釋認為：在「未涉及人性尊嚴且符合比例原則」的範圍內，道歉作為回復名譽的最後手段，應屬合憲。

---

*Defamatory Remarks*, 8 CARDOZO J. INT'L & COMP. L., 205 (2000).

<sup>5</sup> 【嘿嘿嘿案】歷審裁判，參閱：臺灣臺北地方法院 89 年度訴字第 5548 號、臺灣高等法院 91 年度上字第 403 號及最高法院 93 年度台上字第 851 號等民事判決。

<sup>6</sup> 「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。」

<sup>7</sup> 其他針對「侵害名譽損害賠償構成要件」層次的聲請，則與本文討論對象較無直接關聯，於茲不贅。

## （二）第二次強制道歉案

然而，大法官並未因此一錘定音；諸多學者紛紛為文，對於上開結論發表不同意見<sup>8</sup>。違憲風波未平，爭議正熾；十年之後，又見當事人針對「道歉處分」聲請解釋。

在【保險業務員痞客邦案】、【中正教授臉書案】、【中時報導黃國昌案】以及【社論影射馬英九案】等四件侵害名譽的原因案件之中，受訴法院均依據民法第 195 條第 1 項規定，判命被告除了應給付慰撫金以外，並應刊登道歉啟事於報紙或（例如臉書、網誌等）網路社群平台<sup>9</sup>。判決確定後，各該賠償義務人認為「刊登道歉聲明」有違憲之虞，因此依據舊大審法第 5 條第 1 項第 2 款，分別聲請憲法解釋。

大法官在舊法時代受理本件【第二次強制道歉案】以後，嗣於憲法訴訟法施行後的新法時代，作成憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決（下稱本件判決）：「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。司法院釋字第 656 號解釋，於此範圍內，應予變更。」相較於前次解釋，本件判決採取「更

<sup>8</sup> 例如：李建良（2009），〈強迫公開道歉與人性尊嚴之憲法保障：民事侵權事件中不表意自由與名譽權之法益權衡：釋字第六五六號解釋〉，《台灣法學雜誌》，127 期，頁 229-231；張嘉尹（2009），〈人性尊嚴的重量：評析大法官釋字第 656 號解釋〉，《世新法學》，2 卷 2 期，頁 22-29；許育典（2009），〈人性尊嚴作為公開道歉的界限？〉，《月旦法學教室》，82 期，頁 7；黃茂榮（2010），〈回復名譽之適當處分及強制登報道歉的合憲性〉，《植根雜誌》，26 卷 8 期，頁 27-29；李念祖（2020），〈良心自由：德治與憲治的分野：釋字第六五六號解釋的短板與啟示〉，虞平（編），《法治流變及制度構建：兩岸法律四十年之發展：孔傑榮教授九秩壽辰祝壽文集》，頁 30-42，元照。相對於此，王澤鑑，前揭註 4，頁 525 則認為：釋字第 656 號解釋的結論，「使兩個相衝突的基本權利，各得其分，尚稱合理」。

<sup>9</sup> 各該原因案件的案件事實及終審法院見解，請分別參照：臺灣高等法院高雄分院 103 年度上字第 138 號、臺灣高等法院高雄分院 104 年度上更（一）字第 14 號、臺灣高等法院 107 年度上字第 682 號、臺灣高等法院 108 年度重上更一字第 164 號等民事判決。

為狹隘而嚴格」的結論：道歉作為系爭條文適當處分之一種，斷無合憲之可能！

## 二、問題提出

前後二次【強制道歉案】均涉及相同爭點：道歉作為損害賠償回復原狀方法之一種，是否、在何種範圍之內，過度干預人民基本權利，從而有被憲法法庭宣告違憲之可能？而此項問題的背後，其實潛藏了有待釐清的若干疑義：

首先，本案違憲審查之對象，乃是民事法中的道歉處分；因此，一個前提的問題是，私法主體之間的法律關係，究竟是否受憲法基本權效力所及？又如何受其拘束？以上議題，涉及民法與憲法二者之間的互動關係。而此種「私法規範的解釋適用」與「憲法基本權利保障體系」匯流的現象，對於民法解釋適用與發展，具有長遠而深刻之影響，誠值重視<sup>10</sup>！

其次，依據民法第 195 條第 1 項後段之規定，侵害名譽權的法律效果為「回復名譽之適當處分」；作為審查客體的「道歉處分」，其實並未直接見於法條文字之中。果爾，前揭各該原因案件中的道歉義務，究竟從何而來？此項問題，涉及「法規範憲法審查」與「個案裁判憲法審查」之間的界線。二者之間如何區辨，不僅影響我國「裁判憲法審查新制」的適用範圍，同時更兼具「司法內部分權」的理論意義。

---

<sup>10</sup> 文獻中有稱之為「私法憲法化 (constitutionalization of private law)」；相關專論汗牛充棟，不及備載。討論德國法為主的晚近文獻，例如：Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, 2013; Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001。討論歐洲法為主的晚近文獻，例如：STEFAN GRUNDMANN, *CONSTITUTIONAL VALUES AND EUROPEAN CONTRACT LAW* (2008); HANS-W. MICKLITZ, *CONSTITUTIONALIZATION OF EUROPEAN PRIVATE LAW* (2014)。討論各國法制比較的晚近文獻，則如：Neuner, *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, 2007; CHANTAL MAK, *FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPEAN CONTRACT LAW: A COMPARISON OF THE IMPACT OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON CONTRACTUAL RELATIONSHIPS IN GERMANY, THE NETHERLANDS, ITALY AND ENGLAND* (2008); LUCA SILIQUINI-CINELLI & ANDREW HUTCHISON, *MORE CONSTITUTIONAL DIMENSIONS OF CONTRACT LAW: A COMPARATIVE PERSPECTIVE* (2019)。

在此問題意識之下，本文以【強制道歉案】為楔，針對「私法與憲法」二者間的關係，先予釐清（第貳部分）。其次，以此民事法上的道歉義務為例，分析基本權體系對於「私法立法者」與「私法司法者」的拘束力。詳言之，對立法者而言，系爭「授權裁量的法規範」是否、如何成為違憲審查的客體？次就司法者而言，民事法院的個案裁判，又應如何合憲地解釋適用與裁量？（第參部分）

## 貳、私法義務與違憲審查

### 一、民事義務的基本權意涵

長年以來，民法與憲法（尤其基本權體系）之間，存在一種微妙的關係。一方面，基本權體系從最古典的「防禦功能」發展至今，其與「民事關係」並非二條「永不相交的平行線<sup>11</sup>」，似乎已無爭論。另一方面，具體而言，「私人間的法律關係」與基本權究竟有何關聯，卻依然有待釐清。

以本件【強制道歉案】為例，倘若名譽侵害案件中的被害人，得向賠償義務人請求「道歉」作為回復名譽之適當處分；則在規範邏輯上等同於：賠償義務人對之負有道歉義務<sup>12</sup>。而道歉作為「法律義務」的一環，帶有「強制」的色彩；賠償義務人之「意願」如何，並所非問。換言之，「道歉義務」意即「不道歉自由」的限制<sup>13</sup>，而其背後便可能帶有言論自由（不表意自由）、

<sup>11</sup> 圖像化的寓意，引用自李建良（2020），〈民事審判與裁判憲法審查：基本權效力的體系思維〉，最高法院學術研討會（編），《最高法院一〇八、一〇九年度學術研討會》，頁76，最高法院。

<sup>12</sup> 關於「請求權」與「（作為或不作為）義務」之間的邏輯等價關係，參閱Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L. J., 16, 30-32 (1913); Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., 1994, S. 185 ff.。

<sup>13</sup> 關於「義務」與「自由」之間的邏輯關係，參閱Hohfeld, *supra* note 12, at 32-44; Alexy, (Fn. 12), S. 194 ff.。

新聞自由及思想自由等諸多「基本權利面向」的意涵<sup>14</sup>。由是觀之，民事法上的諸多「當為（Gebot）」與「禁止（Verbot）」規範，同樣可能構成一種基本權的侵害<sup>15</sup>。

由是觀之，「課予道歉義務」本身，便可能是一種基本權利的干預措施，從而亦應受到基本權保護體系之檢驗。相對於此，黃瑞明大法官則認為：唯有「強制執行」階段，始有侵害「不道歉自由」之可能；蓋「就被害人而言，獲得加害人應道歉之判決已感滿足而未必要求執行刊登公開道歉啟事。因未進入強制執行程序，尚不得認加害人思想或言論自由已受侵害」<sup>16</sup>。此項見解，固然正確而清楚地區辨「課予義務」及「強制履行（亦即強制執行）」二種措施，分別可能構成不同的基本權限制，從而亦應各自進行違憲審查；在此範圍之內，誠值重視、參考<sup>17</sup>。然而，此項意見，卻似乎過度聚焦於強

<sup>14</sup> 「不道歉自由」究竟涉及何種系爭基本權的保護領域，並非本文關注重點。關此議題的大法官多數意見，詳參司法院釋字第656號解釋、憲法法庭111年憲判字第2號判決（段碼9、15）。

<sup>15</sup> 併此說明者，民法（私法）與憲法基本權之間的關係，並不以此為限。舉例而言，「物權法定」的相關規定，即可能涉及憲法上財產權「形塑（Ausgestaltung）」或「制度性保障（Einrichtungs- bzw. Institutsgarantie）」等客觀功能面向；參閱蔡維音（2006），〈財產權之保護內涵與釋義學結構〉，《成大法學》，11期，頁67-68。此外，侵權責任法也可能涉及基本權的「保護義務」；參閱Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201, 229 ff.; aktuell etwa Hager, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2017, Vor §§ 823 ff Rn. 71; Wagner, in: MüKo BGB, Bd. 7, 8. Aufl., 2020, Vor § 823 Rn. 79。

<sup>16</sup> 在此觀點之下，黃瑞明大法官進一步認為：道歉義務，係屬「不可替代」之行為，應以「代金」或「管收」為強制執行之方法；就此而言，可能因此受干預的基本權實為「財產權」或「人身自由」，而非不表意、思想或新聞自由等。關此不同意見的詳細論述，參閱憲法法庭111年憲判字第2號判決黃瑞明大法官提出、詹森林大法官加入之不同意見書，頁1-8。至於「道歉行為是否可代替」，則屬另一問題，於茲不贅；詳細討論參閱劉玉中（2014），〈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》，21期，頁1-38。

<sup>17</sup> 就此而言，司法院釋字第656號解釋李震山大法官協同意見書，頁10正確而清楚地指出：「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

制執行所造成的「事實上」效果，而忽略義務本身隱含的「法律上」意義<sup>18</sup>；就此而言，或有所偏，且與向來釋憲實務及學理上的一貫主張，未盡一致。以司法院釋字第577號解釋【尼古丁標示案】為例，該號理由書明白揭示：「國家課予菸品業者於其商品標示中提供重要客觀事實資訊之義務，係屬對菸品業者不標示特定商品資訊之不表意自由之限制。」上開解釋顯然認為：一般抽象的「課予標示義務」本身，即生「是否過度限制不表意自由」之疑慮，而有受違憲審查檢驗之必要<sup>19</sup>。行政法上的「課予義務」如此，民事法上的「課予義務」又何獨不然；換言之，二者均可能（直接）該當於基本權利體系中的限制手段<sup>20</sup>。在此意義之下，私法領域與其他法領域，其實並無二致，均應受合憲性控制之審查。

## 二、基本權第三人效力之爭？

另一方面，民事法也有其特殊之處。傳統上認為：基本權之效力，原則上僅及於「國家高權」；公法、刑事法、程序法等領域，均在規範「國家與私人之間」垂直的法律關係，從而有其適用餘地。相對於此，民事（實體）法，則主要規範「私法主體之間」水平的法律關係；在此民事關係之中，基本權是否扮演何種角色，即成疑問。

學理上向來認為：此項問題，涉及基本權的第三人效力；並發展出「無第三人效力說」、「直接第三人效力說」、「間接第三人效力說」等各種觀

---

侵害。」

<sup>18</sup> 循此脈絡，則（至少）將實質架空法規範憲法審查制度；蓋「法規範」乃是一般性、抽象性之規定，縱令課予義務，但尚未產生任何具體個案中「事實上」的效果。

<sup>19</sup> 至於義務違反後是否衍生「其他法律責任」（例如罰鍰、限期改正、停止製造、沒入銷燬等），則為另一種可能的的基本權干預，係屬另一問題。

<sup>20</sup> 事例眾多，不及備載，茲僅再舉二例說明之。第一、在司法院釋字第791號解釋【通姦罪及撤回告訴之效力案】之中，違憲審查對象乃是：刑法第239條等「禁止規範」，而非違反禁止規範後的「刑事執行」。第二、在司法院釋字第802號解釋【跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬案】之中，入出國及移民法第76條第2款作為「課予罰鍰義務規範」本身，即有審查「是否過度侵害財產權」之必要，而毋待具體個案後續的「行政執行」。

察角度的不同見解<sup>21</sup>。以上各說，均言之成理；問題癥結或許在於：在基本權的觀點之下，民事（實體）法究竟何異於其他法領域？其中一個關鍵差異在於：民事法的法源多端；因此，基本權利的干預措施，可能源自於契約或其他法律行為等「法律以外」的其他法源<sup>22</sup>。

詳言之，在私法自治原則之下，有別於公法、刑法等其他法律領域，私法上的法源，並不以法典內容為限；私法主體意思表示合致等「私法行為」，亦能成為其法律關係的成立基礎。舉例而言，倘若當事人之間達成以下合意：一方登報刊載道歉聲明，而他方則放棄損害賠償等其他法律上請求，藉以平息爭議。此時，當事人之一的道歉義務，並非因「法律規定」而生，毋寧乃是源自於上開「和解契約」。換言之，其「不道歉自由」之所以受到限制，其實源自於「私法主體」之行為，而非「立法者或其他國家機關」之行為。因此，道歉義務人是否得向「其他私人」主張基本權的防禦功能？系爭「私法主體之行為」是否應受基本權體系之評價，從而可能構成「基本權的過度侵害」？凡此問題，遂成爭議。在此範圍內，各種「第三人效力」的討論，有其意義<sup>23</sup>。

---

<sup>21</sup> 發展至今，累積文獻眾多；甚至出現例如「輻射效力（或稱放射效力）說」等變體。各說論述內容，於茲不贅，參閱例如：林紀東（1998），《中華民國憲法逐條釋義（一）》，修訂8版，頁68-72，三民（直接效力說）；吳庚、陳淳文（2021），《憲法理論與政府體制》，增訂7版，頁134-138，自刊（直接效力說）；陳新民（2022），《憲法學釋論》，增訂10版，頁99-107，三民（間接效力說）；許宗力（2003），〈基本權利：第五講：基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，9期，頁64-70（間接效力說）；程明修（等著）（2022），《憲法講義》，增修3版，頁221-222，元照（輻射效力說）。

<sup>22</sup> 必須加以澄清者，民事法的特殊之處，並不在於「私法主體間的基本權衝突」；在其他法律領域亦常見之。在司法院釋字第509號解釋之中，「誹謗罪」作為侵害個人法益的刑法規定之一種，同樣涉及名譽權與言論自由的基本權衝突，即屬一例。比較不同見解，例如：吳信華（2021），《憲法釋論》，增訂4版，段碼428-429，三民。

<sup>23</sup> 併此附言者，最高法院在晚近的111年度台上字第1169號民事判決之中，針對當事人之間所締結的「股份買回約款」，明白採取我國多數學說所贊同的「間接第三人效力說」，具有重要意義，值得注意：「契約自由係受憲法保障之基本權利，當事人在不違反法律強制規定之範圍內，得自行決定契約之對象、方式、種類及

不過，除了上開「因私法行為而生的法律關係」以外，民事法中也存在諸多「因法律規定而生的法律關係」<sup>24</sup>。此時，私法主體之義務內容，乃是逕由「法律規定」形塑而成；換言之，對於義務主體的基本權而言，其限制乃是來自於「立法者」的立法行為。因此，私法領域中的相關「法規範」，亦應受合憲性控制之檢驗；又由於立法機關直接受到基本權之拘束，從而應與上開「基本權第三人效力」之爭論無關<sup>25</sup>。

本件【強制道歉案】，即為典型事例。本案之中，干預基本權的「強制道歉義務」，乃是源自於「民法第 195 條第 1 項後段」，屬於侵權責任法損害賠償義務之一環，亦即「法定之債」的法律效果<sup>26</sup>；就此而言，應不涉及

---

內容，形成互受拘束之私法上權利義務關係。此項應受契約拘束之正當性基礎，源自立於平等地位之當事人，得依自由意思所合致成立之締約行為。是若當事人於締結契約之際，缺乏實質之平等及自由，致約定內容不具妥當性，法院基於基本權利間接第三人效力之作用，固得依民法第 72 條公序良俗或第 148 條第 2 項誠實信用原則，並藉由解釋、適用或補充法律之職權行使，對於契約效力及其內容予以合理之限制或增補，俾使契約自由及契約正義獲得最大程度之調和與實現。」<sup>24</sup> 在基本權的觀點之下，區辨「民事立法」與「民事行為」的類似觀點，參閱蘇永欽（1994），〈憲法權利的民法效力〉，氏著，《合憲性控制的理論與實際》，頁 27-44，月旦。憲法教科書中，似乎或有隱含此項觀點者，參閱並比較：李惠宗（2019），《憲法要義》，8 版，段碼 05236，元照。

<sup>25</sup> 相同結論，參閱王澤鑑（2020），《法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系》，校正 2 版，頁 218，自刊；蘇永欽，前揭註 24，頁 27-38；德國文獻中的類似意見，vgl. Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), 35, 44; Canaris, (Fn. 10), S. 33 ff. und vor allem ders., (Fn. 15), S. 212 ff.; aktuell noch Hillgruber, in: BeckOK GG, 52. Aufl., 2022, Art. 1 Rn. 73 f. mwN.; anders aber beispielsweise Diederichsen, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht, AcP 198 (1998), 171, 202 ff.。

<sup>26</sup> 應予澄清者，本文並非認為：唯有契約法（或意定之債）領域，始有「第三人效力理論」之爭；而侵權法（或法定之債）領域則無此問題。關鍵毋寧仍然在於「評價對象」。舉例而言，侵權法下「不法性」的判斷，實係審查「私法主體之行為」是否違反法律所課予的義務，從而也涉及基本權第三人效力之問題。在此範圍內的討論，參閱李建良，前揭註 11，頁 115-118；詹森林（2020），〈憲法之基本原則及基本權在民事裁判上之實踐〉，最高法院學術研討會（編），《最高法院一〇八、一〇九年度學術研討會》，頁 157-161，最高法院；德國發展，vgl. schon BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, 257 (Lüth-Urteil) und statt aller Wagner, in: MüKo BGB, Bd. 7, 8. Aufl., 2020, Vor § 823 Rn. 80 f.。

基本權第三人效力之理論<sup>27</sup>。由是觀之，不論前次解釋抑或本件判決，均未提及相關論爭，而逕開展道歉義務的合憲性審查，或許益證此理<sup>28</sup>。

### 三、小結

由此可知，在基本權的觀點之下，民事法與其他法領域之間，確實有其異同。一方面，如同其他法律領域一般，民事法上的諸多義務，同樣也可能成為干預基本權的措施，從而有受憲法法庭違憲審查之可能與必要。另一方面，有別於其他法律領域，民事法上的若干義務，可能直接源自於「私法主體的法律行為」；此即學理上「基本權第三人效力」之討論。惟就其他因立法行為等「國家行為」而生的民事義務而言，則無涉於此；在【強制道歉案】之中的「道歉義務」，即屬之。

## 參、「立法違憲」與「司法違憲」

民事法上的道歉義務，固然構成基本權的限制，從而應受合憲性檢驗之控制，已如前述；然而，大法官針對【第一次強制道歉案】作成系爭解釋以後，仍然面臨諸多「程序面」的質疑。究其根本，核心的問題在於：針對「道歉作為回復名譽的一種處分」的違憲審查，其標的究竟是「法規範」抑或「法院裁判」？

在舊大審法的時代，大法官會議僅得審理「法律或命令」、「判例或決議<sup>29</sup>」的憲法解釋案件；至於「個案法院裁判」的違憲審查權，則歸諸各級普通法院或行政法院。另一方面，縱令在新制之下，憲法訴訟法依然一定程度地保留「法規範憲法審查」及「裁判憲法審查」的區辨；例如不同的聲請

<sup>27</sup> 不同意見，參閱王澤鑑，前揭註4，頁521；張嘉尹，前揭註8，頁13-14。

<sup>28</sup> 在若干德國聯邦憲法法院的裁判之中，同樣亦見此傾向。相關分析，參閱Canaris, (Fn. 15), S. 212。

<sup>29</sup> 例如：司法院釋字第792、771號（判例）、第754號（決議）等解釋參照。

主體（憲法訴訟法第 47、55、59 條等參照），以及不同的判決主文形式等（憲法訴訟法第 51-54、62 條等參照），均為適例。

由是觀之，「法規範」抑或「法院裁判」的憲法審查，關乎「憲法法庭（或大法官會議）」的憲法審查權限界線，也涉及其與「民事法院（或普通法院）」之間司法內部分權的議題；在憲法訴訟程序要件上的重要性，不言可喻。再從權力分立的角度出發，此項問題也蘊含「立法違憲」抑或「司法違憲」的意涵；就此而言，憲法法庭的審查密度與內容界限，均有所不同，從而同時有其理論上之意義<sup>30</sup>。

## 一、強制道歉的規範特色

### （一）大法官的徘徊猶豫

雖然「立法違憲」與「司法違憲」理論上有所不同，已如上述。惟若論諸實際，在諸多案例之中，二者究應如何區辨，並不容易。【強制道歉案】，便是一個困難的邊際案例<sup>31</sup>。

在司法院釋字第 656 號解釋作成以後，迭遭「混淆裁判憲法審查與法規範憲法審查」的質疑與批評<sup>32</sup>；由此或許已經可以窺知大法官會議的徘徊躊躇。在【第二次強制道歉案】之中，大法官捲土重來；然而，憲法法庭之審

---

<sup>30</sup> 權力分立的觀點，參閱李建良（2022），〈行政法院審判與裁判憲法審查〉，《月旦法學雜誌》，322期，頁17。在民事法領域之中區辨「民事立法」與「民事司法」的基本權效力，另得參閱蘇永欽，前揭註24，頁11-22、44-56。

<sup>31</sup> 關於「法規範憲法審查」及「裁判憲法審查」的區辨，詳細討論參閱：李建良，前揭註30，頁9-30（以行政法領域為例）。

<sup>32</sup> 參閱：徐璧湖、池啟明大法官部分不同意見書，頁1-6；蘇永欽（2009），〈夏蟲語冰錄（十八）：為賦新詞強說愁〉，《法令月刊》，60卷6期，頁151-154；吳明軒（2009），〈試論大法官釋字第六五六號解釋之當否〉，《台灣法學雜誌》，127期，頁254；楊子慧（2010），〈法規範、法解釋與適用之違憲審查：大法官釋字第六五六號解釋之釋憲客體評析〉，《裁判時報》，5期，頁11-14；李建良，前揭註8，頁226-229。

判標的，究為「民法第 195 條第 1 項後段」抑或「原因案件之終局確定判決」，似乎依舊舉棋不定<sup>33</sup>。

先就聲請意旨而言，由於本案早在憲法訴訟新制施行以前既已繫屬，聲請人僅得針對「法規範」聲請憲法解釋；因此本案聲請意旨略謂<sup>34</sup>：「聲請人一至四認各該確定終局判決所適用之**民法第 195 條第 1 項後段規定**……容許法院得以判決命加害人強制道歉，以回復他人名譽，侵害聲請人之不表意自由、人格權、良心自由、思想自由與人性尊嚴或新聞自由等，有牴觸憲法第 11 條及第 23 條規定之疑義」。

大致而言，憲法法庭同樣也以「民法第 195 條第 1 項後段本身」作為審判客體。舉例而言，判決理由第 10 段即以「系爭規定」操作比例原則：「查**系爭規定**旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。鑒於金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，以回復被害人名譽，其目的固屬正當」。判決理由第 17 段及判決主文，同樣針對「系爭規定」宣告（一部）違憲<sup>35</sup>：「**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

<sup>33</sup> 就審查對象而言，釋憲實務在新制施行以前，向來認為原因案件法院裁判「實質援用之判例」，亦得作為大法官會議審理之客體（舊制下的實務觀察，詳參吳庚、陳淳文，前揭註 21，頁 753-756。至於新制模式，則另請參閱憲法訴訟法第 55 條立法理由；李惠宗，前揭註 24，段碼 27131）。在此見解之下，「肯認道歉處分」的最高法院 62 年台上字第 2806 號民事裁判先例，也成為可能的程序標的；至於各該原因案件中終局確定裁判是否「（實質）援用」，則屬後話。類此觀點，詳參黃茂榮，前揭註 8，頁 35。此外，由於【第二次強制道歉案】涉及前次解釋的補充或變更，從而可能另有「聲請變更判決」之可能（憲法訴訟法第 42 條參照）。惟此程序客體究竟為何，仍有討論空間；此種訴訟類型的相關反省，詳參吳信華（2022），〈「憲法訴訟法」的幾個立法缺失〉，《月旦法學雜誌》，322 期，頁 66-70。

<sup>34</sup> 本件判決理由第 2 段。引用段落的強調字體，均為本文所加，併此說明。

<sup>35</sup> 就此而言，本件判決應係針對「立法違憲」所為的「法規範一部違憲」之宣告；而非針對「解釋論」上的「合憲性解釋」。相同意見，參閱憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決許志雄大法官提出、黃虹霞大法官加入之協同意見書，頁 9-11。以類似觀點為基礎，對於司法院釋字第 656 號解釋的批評意見，參閱司法院釋字第 656 號解釋陳新民大法官部分協同、部分不同意見書，頁 24-27；蘇永欽，前揭註 32，頁 152-154；楊子慧，前揭註 32，頁 13-14。

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有違；於加害人為自然人時，更與憲法保障思想自由之意旨不符。是系爭規定所稱之『適當處分』，應不包括法院以判決命加害人公開道歉之情形」。

惟若細繹本件判決理由，大法官卻又略顯搖擺不定；在「法規範憲法審查」的主旋律中，似乎時而出現「裁判憲法審查」的變調曲。舉例而言，「**法院**以判決命加害人道歉，與憲法保障言論自由之意旨有違<sup>36</sup>」、「**法院**本應採行足以回復名譽，且侵害較小之適當處分方式……而不得逕自採行侵害程度明顯更大之強制道歉手段<sup>37</sup>」、「**法院**以判決命加害人公開道歉，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，亦顯非不可或缺之最小侵害手段，而與憲法保障人民言論自由之意旨有違<sup>38</sup>」、「此等禁止沉默、強制表態之要求，實已將**法院**所為之法律上判斷，強制轉為加害人對己之道德判斷，從而產生自我否定、甚至自我羞辱之負面效果，致必然損及道歉者之內在思想、良心及人性尊嚴，從而侵害憲法保障自然人思想自由之意旨<sup>39</sup>」；以上判決文字似乎均指向：「法院裁判<sup>40</sup>」課予加害人道歉義務，有違憲法保障基本權利之意旨。果爾，憲法法庭似乎未能走出前次解釋的迷霧，在本件判決之中，忽焉宣告「系爭民事法律」違憲，忽焉認為「民事法院裁判」有過度侵害基本權之虞，著實耐人尋味！

<sup>36</sup> 本件判決理由第6段；同旨併參第13段。

<sup>37</sup> 本件判決理由第11段。

<sup>38</sup> 本件判決理由第12段。

<sup>39</sup> 本件判決理由第15段。

<sup>40</sup> 併此說明者，礙於舊大審法之限制，大法官會議不得以「原因案件裁判」作為程序標的。不過，大法官早已藉由法院裁判意旨的「類型化」、「抽象化」、「一般化」，發展出「通案司法見解」的合憲性控制模式。在此背景之下，本件判決比照前次解釋，運用此種技巧，時而針對「通案性的道歉判決」進行違憲審查。關此，參閱張嘉尹，前揭註8，頁14-18；類似觀點，參閱司法院釋字第656號解釋許宗力大法官部分協同意見書，頁2-3；司法院釋字第656號解釋李震山大法官協同意見書，頁1-3。

## （二）法律效果層次的司法裁量

由此可知，不論是前次解釋抑或本件判決，均有可能引發混淆「立法違憲」與「司法違憲」的疑慮。其中一個關鍵的原因或許在於：道歉義務的規範模式，涉及「法律效果層次的司法裁量<sup>41</sup>」，有其特殊之處！

詳言之，依據民法第 195 條第 1 項後段之規定，因故意或過失，不法侵害他人之名譽權者，應負「回復原狀適當處分」之義務。惟就法條文義而言，「處分」之概念內涵高度概括抽象；舉凡登報謝罪、鞠躬道歉<sup>42</sup>、負荊請罪、懲罰性賠償金、刊載全部或一部的判決書、朗讀若干文字<sup>43</sup>，甚或比較法上所謂「回應報導（Gegendarstellung）」或「更正啟事（Berichtigung）」等<sup>44</sup>，均落入可能的文義範圍之內。換言之，在具體個案之中，「回復名譽義務」的實際內容，難以直接由「民法第 195 條第 1 項後段」條文本身推斷之，毋寧應視受訴法院的個案裁判結果而定。

<sup>41</sup> 參閱司法院釋字第 656 號解釋陳新民大法官部分協同、部分不同意見書，頁 7-8。併此說明者，文獻上大多稱之為「不確定法律概念」，參閱例如：王澤鑑，前揭註 4，頁 506；張嘉尹，前揭註 8，頁 13；李建良，前揭註 8，頁 225；司法院釋字第 656 號解釋許宗力大法官部分協同意見書，頁 1。惟此用語，不易突顯系爭條文所涉及的「法律效果」面向，本文從而以「法律效果層次的司法裁量」稱之。關於「不確定法律概念」與「（行政）裁量」間的關聯，參閱陳敏（2019），《行政法總論》，頁 214-217，10 版，自刊；翁岳生（1990），〈論「不確定法律概念」與行政裁量之關係〉，氏著，《行政法與現代法治國家》，頁 58-63，自刊。至於「司法裁量」與「行政裁量」間的關聯，則請參閱 Karl Larenz（著），陳愛娥（譯）（1996），《法學方法論》，頁 199，五南。

<sup>42</sup> 實際案例，參閱臺灣臺中地方法院 97 年度訴字第 2026 號民事判決，主文略謂：「被告應向原告鞠躬道歉。」

<sup>43</sup> 實際案例，參閱臺灣臺北地方法院 89 年度訴字第 5548 號民事判決（【嘿嘿嘿案】），主文略謂：「被告戊○○應將如附件五所示『澄清聲明』……以壹分鐘長度連續三天播放於附件三所附各電子媒體晚間八時至九時及九時至十時二時段各乙次，並朗讀之。」「被告戊○○應將本件判決書全文……於附件三所列各電子媒體及附件四所列各廣播電台晚間八時至九時及九時至十時時段以每分鐘一百字速度朗讀判決書全文，其中電子媒體部分並配合播放朗讀內容之文字。」

<sup>44</sup> 關於德國法上「回應報導」及「更正啟事」制度，vgl. nur Wagner, in: MüKo BGB, Bd. 7, 8. Aufl., 2020, § 824, Rn. 56 ff.。中文介紹，參閱司法院釋字第 656 號解釋陳新民大法官部分協同、部分不同意見書，頁 13-19。

對於立法者而言，此種「法律效果層次的司法裁量」，與其他「一般規定」的規範模式，有所不同。此種法規範並未直接預先決定侵害名譽法律效果的具體種類與內容；法律條文僅僅只是一種規範密度較低的「授權規定」而已。在此「授權框架」的範圍之內，立法機關有意委諸司法機關衡諸個案事實，彈性裁量其個案中的「適當處分」，藉以滿足各種不同案件的規範需求<sup>45</sup>。另一方面，對於司法者而言，在此授權的框架範圍之內，民事法院享有相當程度的「裁量餘地」，同時也有負有「具體裁量」之義務。換言之，在各種「處分」的容許選項之中，受訴法院有權且必須擇其「適當」者，進一步具體化個案中的義務內容<sup>46</sup>。

在寬泛的框架下授權法院裁量，乃是民法第 195 條第 1 項後段的重要特色。縱令立法理由曾經明白表示：「其名譽之被侵害，非僅金錢之賠償足以保護者，得命為恢復名譽之必要處分，例如登報謝罪等」；然而，「登報謝罪」毋寧只是恢復名譽必要方法的一種例示而已。個案法院仍得決定：「是否」課予賠償義務人「何種」義務（例如登報道歉或其他處分方式），以及其具體「內容」為何（例如道歉啟事之文字或形式等）。就此而言，在【保險業務員痞客邦案】、【中正教授臉書案】、【中時報導黃國昌案】以及【社論影射馬英九案】等原因案件之中，侵權行為人之所以負有道歉義務，乃是因為：「民事法律」不僅先授權法院決定回復名譽之處分內容，而且「道歉」也落在授權的框架範圍之內；嗣由「民事法院」在個案之中行使其裁量權，進而決定「道歉」乃是系爭個案中的適當處分。

---

<sup>45</sup> 關於「框架規範作為一種授權」的觀點，參閱黃舒芃（2010），〈法律授權與法律拘束：Hans Kelsen的規範理論對德國行政法上「不確定法律概念」拘束功能的啟示〉，《政治與社會哲學評論》，33期，頁51-57；Kelsen/Jestaedt, *Reine Rechtslehre*, 2008, S. 104 ff. 至於其他「一般法規範」是否亦具有此種「框架」性質，與本文較無關聯，因此不擬詳論。

<sup>46</sup> 關於本條授權規定的「權限」及「義務」的二種面向，併參司法院釋字第656號解釋陳新民大法官部分協同、部分不同意見書，頁8-9；關於「授權框架規範」下的權限與拘束，則另得參閱黃舒芃，前揭註45，頁57-60。

## 二、道歉法規範作為基本權拘束的對象

由上可知，道歉作為具體個案「回復名譽之適當處分」的一種，乃是「民事法律概括授權，民事法院具體選擇」的結果。在此立法技術之下，「立法權」與「司法權」二者間的關係，益加密切；涉及「法律效果層次的司法裁量」的法律條文本身是否有違憲之虞，從而也就更費思量。

### （一）道歉作為預設的法律效果？

不可否認者，系爭條文並未將「不法侵害他人名譽」連結至「一個特定而具體的法律效果」；換句話說，「道歉義務」作為個案法律效果的種類，實則並非直接源自於立法機關的「預設立場」。民法第 195 條第 1 項後段，既然未曾「預先決定」個案中的具體義務內容；在此範圍之內，似乎難認其有任何違憲之虞<sup>47</sup>。

### （二）道歉作為積極授權的選項之一

惟應澄清者，立法者倘若預先決定一個特定而具體的法律效果，而其內容過度限制基本權利者；此時固應認定「法規範」違反基本權保障之意旨。然而，「立法違憲」的可能態樣，並不以此為限。倘若（民事）法律僅設有較低密度的「框架規範」，而授權其他國家機關（例如民事法院）具體化裁量其內容；此時，基本權對於立法機關的拘束效力，主要展現在「授權範圍」的合憲性控制。倘非如此，「法律效果層次的裁量」、「不確定法律概念」甚或「概括條款」等法律條文，豈非漫無邊際，而全無合憲性控制——尤其比例原則<sup>48</sup>——之必要與可能？換言之，在基本權利的防禦功能之下，「過度侵害」的立法行為，應予禁止。立法者固然無權制定「不當干預基本權利」的法規範；此外，立法者也無權以「授權」之方式委諸法院（或其他國家機關）過度限制人民之基本權利。不論是立法機關「自為規範」抑或是「授權

<sup>47</sup> 在此範圍內，併得參閱王澤鑑，前揭註4，頁520-521。

<sup>48</sup> 民法第195條第1項後段在「明確性原則」層次的審查，參閱李建良，前揭註8，頁225-226。其他類似規範模式的「明確性原則」審查，另請參閱例如：許育典（2021），《憲法》，11版，頁62-64，元照。

規範」，二者內容均有其「憲法上」的界線。在此意義之下，在授權裁量案型之中，系爭規範之所以有違憲之虞，原因往往在於：立法機關將過度干預基本權的選項，列作可能的選項之一；「授予違憲的義務選項」本身，其實已經逾越其應謹守的憲法分際。

舉例而言，在【傳染病防治強制隔離案】之中，大法官會議便曾針對「舊傳染病防治法第 37 條第 1 項<sup>49</sup>」進行違憲審查。在系爭條文之中，接觸者（或疑似傳染者）究竟應被課予何種義務，立法者毋寧保持開放態度，授權行政機關就個案具體裁量決定。在此規範模式之下，類如「留驗」等法條文義所明白例示之處置種類，其實只是立法者所提供的可能選項而已，接觸者並不因此當然連結至此種法律效果。然而，立法者將之「列為選項」本身，便即意謂著：將系爭限制基本權之措施寫入「具有強制效果的法律制度」之中；對於若干個案當事人而言，正是「課予留驗義務」的法律基礎。因此，關於留驗的「授權規範」，亦應受基本權體系之檢驗。果爾，立法者積極授權的裁量選項，即應受合憲性之控制；縱令系爭處置類型並未明文見於法條文義之中，亦無不同。司法院釋字第 690 號解釋中的「強制隔離」，即屬適例<sup>50</sup>。

由此可知，法規範授權的選項或內容不符合憲法保障基本權之意旨，便是「立法違憲」的一種態樣；此項觀點，在「法律效果層次的司法裁量」的案型之中，益顯重要。以【強制道歉案】中的民法第 195 條第 1 項後段為例，立法機關授權司法機關個案決定「回復名譽之適當處分」；更重要的是，「登報謝罪」是立法理由所明白例示的裁量選項。準此以觀，縱令並未見於法條文義之中，不過立法者確實有意授權民事法院課予「道歉義務」作為侵

---

<sup>49</sup> 「曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，得由該管主管機關予以留驗；必要時，得令遷入指定之處所檢查，或施行預防接種等必要之處置。」

<sup>50</sup> 關於「強制隔離」作為立法者有意（嗣後補充）授權的一種選項，司法院釋字第 690 號解釋：「92 年 5 月 2 日制定公布溯自同年 3 月 1 日施行之嚴重急性呼吸道症候群防治及紓困暫行條例（已於 93 年 12 月 31 日廢止）第 5 條第 1 項明定：『各級政府機關為防疫工作之迅速有效執行，得指定特定防疫區域實施管制；必要時，並得強制隔離、撤離居民或實施各項防疫措施。』可認立法者有意以此措施性法律溯及補強舊傳染病防治法，明認強制隔離屬系爭規定之必要處置。」

害名譽法律效果的一種。而「授權」作為一種「立法行為」，亦應同受基本權效力之拘束；果爾，「道歉處分」作為民法第 195 條第 1 項後段的授權內容，應受基本權體系之檢驗，屬於法規範違憲審查之一環<sup>51</sup>。

在此觀點之下，前次解釋與本件判決逕以「民法第 195 條第 1 項後段」為對象，進行法規範的合憲性控制；審查「授權道歉」此項立法行為，是否違反基本權保障之意旨。在此範圍內，應無越俎代庖之疑慮。

### 三、道歉判決作為基本權拘束的對象

#### （一）司法機關的憲法誠命

另一方面，如同「裁判憲法審查制度」的立法理由再次宣示者，（尤指防禦功能的）基本權保障體系，不僅構成立法機關的憲法誠命；對於司法機關的權力行使，亦生拘束效力<sup>52</sup>：「當國家權力的行使（例如法律、命令）有違反憲法的疑慮時，憲法審查相關制度就應該裁決這些國家權力行使是否合憲，守護人民的基本權利，免於國家權力的恣意侵害。而這些可能侵害人民憲法上權利的國家權力，不僅包括立法權與行政權，也包括司法權。」

換言之，立法者固然不得過度限制基本權，（民事）審判法院同樣也負有此項義務，不得作出過度侵害基本權的違憲裁判。此等義務，並非憲法訴訟法所創設，而是直接源自於基本權（尤其防禦功能）對於司法機關的拘束力。析言之，司法者作為國家機關的一環，其「司法行為」同樣應符合憲法保障基本權利之意旨。因此，審判法院（兼含民事法院）不得作出「過度侵

<sup>51</sup> 類似觀點，參閱李建良，前揭註 8，頁 228-231。事實上，在司法院釋字第 656 號解釋之中，聲請意旨略謂：「民法第 195 條竟未排除登報道歉之處分方式，致法官得判命強制人民內心自由之回復名譽處分，不僅違反人性尊嚴，亦違反憲法第 11 條及司法院釋字第 577 號解釋所揭示言論自由保障之意旨而違憲」（釋憲聲請書第「參、一」部分參照）。與本文見解相似者，前揭聲請要旨同樣係就「授權道歉處分的法規範」提出指摘。不過，本文見解從立法理由出發，側重於立法者「積極的正面授權」；而聲請意見則似乎強調系爭法規範「消極地未排除」道歉處分。前者涉及「立法作為的違憲審查」，而後者則屬於「立法不作為的違憲審查」，立論基礎仍略有不同，併此指明。

<sup>52</sup> 憲法訴訟法第 59 條立法理由參照。

害」當事人基本權利之裁判<sup>53</sup>。倘若審判法院（有意或無意）未盡此等憲法上之要求，在「裁判憲法審查」的新制之下，系爭裁判可能被憲法法庭宣告違憲並廢棄之（憲法訴訟法第 62 條第 1 項參照）；至於在舊法時代，亦應在審級制度之中受基本權體系之檢驗<sup>54</sup>。

關於司法機關的憲法誠命，我國文獻上不乏討論。一般而言，針對具體個案裁判中所應適用之法規範，審判法院倘若認為牴觸憲法意旨者，則「應<sup>55</sup>」依相關規定聲請憲法解釋（憲法訴訟法第 55 條、舊大審法第 5 條第 2 項、司法院釋字第 371 號解釋參照）。此外，審判法院倘若認為系爭法規範存在若干解釋之可能，而其中一種（或數種）有違憲之虞者，則應採取「合憲性解釋（verfassungskonforme Auslegung）」之解釋方法；擇其「符合憲法」者，而捨其「違反憲法」者<sup>56</sup>。尤其是涉及法規範概括條款之解釋適用者，審判法院更應採取「憲法指向的解釋（verfassungsorientierte Auslegung）」；進而將憲法保障基本權之意旨，具體落實在個案裁判之中<sup>57</sup>。

## （二）道歉處分的兩種面向

問題是，在具體個案之中，審判法院究應如何踐行此等憲法上之義務？以前次解釋或本件判決的原因案件——【嘿嘿嘿案】、【保險業務員痞客邦

<sup>53</sup> 德國法亦同此見解，vgl. nur Hillgruber, in: BeckOK GG, 52. Aufl., 2022, Art. 1 Rn. 65 mwN.。

<sup>54</sup> 參閱蘇永欽，前揭註32，頁151。

<sup>55</sup> 參閱吳信華，前揭註22，段碼393；董保城、法治斌（2021），《憲法新論》，8版，頁201，元照。

<sup>56</sup> 關此概念，參閱王澤鑑，前揭註25，頁224-226；併請參閱並比較：例如蘇永欽（1994），〈合憲法律解釋原則〉，氏著，《合憲性控制的理論與實際》，頁84-111，月旦；憲法作為的「衝突規則」。

<sup>57</sup> 關此概念，參閱王澤鑑，前揭註25，頁222-224；類似意旨，蘇永欽，前揭註56，頁84-85：憲法規定作為「解析規則」。不過，「合憲性解釋」與「憲法指向的解釋」二者之間關係如何、是否異同，又是否應嚴予區辨，其實容有討論餘地；德國法上相關討論，參閱Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl., 2021, Rn. 448; Lüdemann, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, 27, 29 ff.; Herresthal, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, JuS 2014, 289, 296.

案】、【中正教授臉書案】、【中時報導黃國昌案】或【社論影射馬英九案】——為例，各該審判法院對於民法第 195 條第 1 項後段所稱之「回復名譽適當處分」，究應如何解釋適用或具體裁量？

### 1. 內容與形式

抽象而言，普通法院在授權範圍內進行「法律效果層次的司法裁量」，同屬司法機關權力行使之一環，同樣不得違反憲法保障之意旨。倘若其裁量處分涉及當事人基本權之保護範圍者，則應自為合憲性的檢驗與控制；課予道歉義務，即屬一例。

關於道歉處分，（尤其是司法院釋字第 656 號解釋作成以後的）我國民事審判實務其實也經常強調<sup>58</sup>：「按名譽權被侵害者，依民法第一百九十五條第一項後段規定，被害人雖得請求法院為回復其名譽之處分，惟其方式及內容須適當而後可。倘法院權衡侵害名譽情節之輕重及當事人身分、地位與加害人之經濟狀況，認為須由加害人負擔費用刊登道歉啟事時，其所刊登之方式及內容，應限於回復被害人名譽之必要範圍內，始可謂為適當之處分。」在此見解之下，受訴法院必須衡量個案之中所涉及之各種法益，並進一步把關諸如：道歉啟事的內容<sup>59</sup>，以及道歉之地點、時間或篇幅等形式<sup>60</sup>。倘若下級審法院未能詳加斟酌，最高法院往往便以「未清楚說明得心證之理由」為由，廢棄原審法院之判決<sup>61</sup>。上開實務見解，審酌回復被害人名譽之「目的」，

<sup>58</sup> 例如：最高法院106年度台上字第993號、最高法院105年度台上字第1912號民事判決等；同旨併參閱例如：最高法院105年度台上字第745號民事判決參照。

<sup>59</sup> 例如最高法院98年度台上字第640號民事判決：「原審判令上訴人登報道歉的內容中，所載……等文字，非屬上訴人侵害被上訴人名譽之內涵，上開登報道歉內容，顯係未審酌上訴人實際加害情形所為之不適當處分，自有違誤。」

<sup>60</sup> 例如最高法院101年度台上字第392號民事判決：「倘上訴人之真意係請求被上訴人將系爭道歉啟事張貼系爭住宅佈告欄，亦不失為回復名譽之適當處分。乃原審未行使闡明權，令上訴人為必要之聲明，徒以其請求登報道歉，逾越相當性，且不符比例原則，而為上訴人敗訴之判決，不無可議。」

<sup>61</sup> 例如最高法院102年度台上字第18號民事判決：「回復之方法及範圍如何方為適當，法院仍應斟酌被害人之身分、地位、被害程度等一切情況而定之。原審就被上訴人請求登報回復名譽部分，認上訴人應連帶登報道歉，卻未說明其審酌裁量

在此「必要範圍」內，權衡侵害情節輕重及當事人身分、地位與經濟狀況等各種「利益狀態」，藉以具體決定個案中「道歉處分的內容與形式」。就此而言，似乎隱含比例原則的審查，具有憲法上的意義<sup>62</sup>！

## 2. 「道歉處分」本身

不過，民事法院的憲法意識，不應僅止於此種「形式、內容」等的合憲性控制。針對處分「類型」的選擇，民事法院亦有審查之權責，從而不得課予有違憲之虞的處分類型。析言之，審判者一方面不得「自行創設」過度侵害的處分類型（例如：遊街示眾<sup>63</sup>）；此種法律效果，並不屬於民法第 195 條第 1 項所稱「適當處分」，其實不在司法者被授權裁量的空間之中。另一方面，縱令立法者果真有意授權系爭處分類型作為選項（例如：登報道歉）；審判者仍應負有違憲審查之義務，而不得未加思索地逕行適用。

在我國民事審判實務之中，其實也偶見此種「具有憲法意識」的裁判意旨。舉例而言，在前次解釋的原因案件【嘿嘿嘿案】之中，第一審法院結論上認為<sup>64</sup>：「法條既僅規定『回復名譽之適當處分』，則原告之請求自以回復名譽適當範圍內。原告如附件一所示道歉聲明，要求被告道歉。惟『道歉』

---

之依據，亦有可議。」再如最高法院99年度台上字第324號民事判決：「原審認定上訴人不法侵害被上訴人之名譽（商譽），被上訴人得請求為回復名譽之適當處分，原非無見，然卻以上訴人侵害被上訴人之系爭專利權為由，逕依被上訴人之請求，命上訴人以十六號字體刊登道歉啟事（網站）及刊登民事判決主文達七日，而對於被上訴人上開請求回復名譽之處分是否適當？胥未就兩造之身分、地位、經濟能力、上訴人加害之程度、被上訴人所受之損害等項，詳加審認斟酌，並證明其得心證之理由於判決，尚難謂已盡調查之能事，自屬難昭折服。」

<sup>62</sup> 強調此一面向者，參閱司法院釋字第656號解釋陳新民大法官部分協同、部分不同意見書，頁7-11。更多相關實務裁判的分析，參閱陳忠五，前揭註1，頁199-201。

<sup>63</sup> 關此，參閱司法院釋字第656號解釋許宗力大法官部分協同書，頁5-6。

<sup>64</sup> 臺灣臺北地方法院89年度訴字第5548號民事判決參照。類似裁判意旨，例如臺灣臺北地方法院92年度訴字第4312號民事判決：「原告請求被告香港商壹傳媒出版有限公司、壬○、丙○○、子○○、甲○○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附件三所示道歉聲明，非屬回復原告名譽之適當處分，不予准許。」

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，原告固得向被告戊○○要求道歉，被告戊○○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。」

以上判決理由，不僅符合憲法基本權保障之意旨，也未逾越司法與立法之間的「權力分際」；蓋立法者縱令有意納入「道歉處分」成為可能的裁量選項，但實則從未預先規範：道歉必須作為任何特定個案之法律效果。因此，審判法院倘若認為：「道歉」難以通過基本權體系之審查，則應直接「消極地」摒棄此一選項，而在授權範圍之內採取其他合憲處分（例如：刊登澄清聲明等），藉以免除「過度侵害基本權」之疑慮；尤有進者，受訴法院甚至更得進一步「積極地」聲請憲法解釋，交由憲法法庭（或舊法下的大法官會議）宣告此種「授權法規範」違憲。

### （三）司法裁量的審酌因素

#### 1. 民法第 195 條第 1 項後段之規範目的

由是觀之，就「處分的內容與形式」的具體裁量而言，民事法院固然不得違背憲法保障基本權之意旨；就「處分種類」的選擇而言，也同樣應就個案所涉基本權為必要之審酌。而比例原則，便是釋憲實務與民事審判實務上常見的權衡工具<sup>65</sup>。在此見解之下，法院裁量的法律效果，其所追求之目的何在，成為關鍵；其中，系爭制度之規範目的，尤其重要。

##### （1）回復名譽之完整利益

茲以「強制道歉處分」為例，民法第 195 條第 1 項屬於民事損害賠償法之一環。而在我國損害賠償法的體系架構之下，民法第 195 條第 1 項前段，

<sup>65</sup> 對於「比例原則」的強烈批判意見，參閱張永健（2020），〈以成本效益分析取代比例原則〉，氏著，《社科民法釋義學》，頁125-159，新學林。

旨在創設人格權侵害下的「金錢賠償」請求權。我國文獻中大多認為：此項「慰撫金」制度，將精神上痛苦等「非財產上損害」加以「金錢化」，具有「損害填補」之作用；除此之外，並兼具有「撫慰被害人」之獨立功能<sup>66</sup>。相對於此，一如法條文義所明確指出者，同項後段的「適當處分」，則是以「回復名譽」為其目的，屬於民法第 213 條第 1 項「回復原狀賠償方法」的特別規定<sup>67</sup>。

不同於金錢賠償（慰撫金）所兼具的「撫慰機能」，回復原狀作為賠償方法，旨在保護「完整利益（Integritätsinteresse）」，亦即回復「受損權益」本身的狀態（例如：侵害他人之身體健康權者，應加治療使之康復）<sup>68</sup>。學理上既然認為：名譽權，係指權利人「客觀的」、「外部的」社會評價<sup>69</sup>；則所謂「回復原狀」，則應係指：回復其「應有的社會評價」。在此意義之

<sup>66</sup> 例如：曾世雄（2005），《非財產上之損害賠償》，頁22-26，元照；王澤鑑，（2018），《損害賠償》，校正3版，頁291-296，自刊。各種功能之介紹，則請參閱陳聰富（2018），《民法債編總論（一）：侵權行為法原理》，2版，頁449-453，元照；姚志明（2002），〈侵權行為慰撫金請求之解析〉，氏著，《侵權行為法研究（一）》，頁182-185，元照；至於德國法的相關討論，Fuchs/Pauker/Baumgärtner, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl., 2017, S. 253 ff.; Huber, in: NK-BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl., 2021, § 253 Rn. 23 ff.; Oetker, in: MüKo BGB, Bd. 2, 9. Aufl., 2022, § 253 Rn. 10 ff.; Höpfner, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2021, § 253 Rn. 28 ff., je mwN.

<sup>67</sup> 本件判決的相同結論，參閱段碼10：「系爭規定旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權」；段碼11：「縱認系爭規定所稱『回復名譽之適當處分』亦屬不可或缺之救濟方式，其目的仍係在填補損害」。文獻上也經常指出：民法第195條第1項後段，應為民法第213條第1項的「具體化的特別規定」或「重申性的注意規定」。參閱孫森焱（2020），《民法債編總論上冊》，修訂版，頁350，自刊；王澤鑑，前揭註66，頁133；陳忠五，前揭註1，頁192-193。不同意見：非財產上損害，原則上應無「回復原狀（民法第213條第1項）」之適用餘地，民法第195條第1項後段則屬「例外規定」。參閱曾世雄，前揭註66，頁112-113。

<sup>68</sup> 文獻上從而明確指出：慰撫被害人，固然屬於損害賠償法上「慰撫金」制度的機能之一，但非「回復原狀」之目的。參閱陳忠五，前揭註1，頁202-203。類似意旨，參閱黃茂榮，前揭註8，頁38。

<sup>69</sup> 王澤鑑，前揭註4，頁176；劉春堂（2020），《民法債編通則（下）：無因管理、不當得利、侵權行為》，頁340-343，自刊。

下，針對「名譽權」之所以另設特別規範，原因在於：名譽權具有「涉及第三人評價」的特性，因此特別例示登報謝罪等「足以影響第三人評價」的公開言論，作為一種回復方法的可能選項<sup>70</sup>。

## (2) 撫平傷痛及紛爭解決？

值得注意者，在憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決的大法官意見書之中另有認為：道歉處分之立法目的，並不僅限於「回復名譽」，毋寧更兼具其他諸如「撫平被害人傷痛」抑或「紛爭終局解決」之機能<sup>71</sup>。惟此見解，似有混淆「規範目的」與「其他事實上利益」二者之疑慮，值得斟酌。詳言之，如同前次解釋、本件判決，以及諸多意見書已經清楚指出者，道歉具有心理、社會、文化、倫理甚或道德等各種層面的正向功能，確實有助於撫慰傷痕，弭平紛爭，甚而邁向文明<sup>72</sup>。凡此道歉「事實上」的積極意義，固然不容否認；然而，在民法第 195 條第 1 項後段之中，「道歉」終究只是一種「處分」的可能選項；系爭規範是否確實有意藉由「道歉及其他處分」撫平傷痛並解決紛爭，似值斟酌。再從立法資料及法條文義以觀，系爭條文是否

<sup>70</sup> 由於「信用權」係指經濟上活動的可信賴性，同樣涉及「第三人對於權利人的評價」。因此，學理上遂有主張民法第 195 條第 1 項後段之規定，亦應類推適用於「信用權侵害」之案型。參閱王澤鑑，前揭註 4，頁 201、205-206。果爾，「肖像權」是否同樣涉及「他人評價」，而有類推適用之餘地，仍待斟酌；相反意見，詳參劉春堂（2016），〈肖像權之研究〉，氏著，《民商法論集（三）：人格權法專論》，頁 352-355，元照。

<sup>71</sup> 黃瑞明大法官提出、詹森林大法官加入之不同意見書，頁 2-4；類似意旨，併參閱詹森林大法官提出、黃瑞明大法官加入之部分不同意見書，頁 8。此外，黃茂榮，前揭註 8，頁 23-24：在極其例外的情形中，系爭規定兼含有「撫慰」之目的。

<sup>72</sup> 司法院釋字第 656 號解釋陳新民大法官部分協同、部分不同意見書，頁 11-12；許宗力大法官部分協同意見書，頁 7；李震山大法官部分協同意見書，頁 9-10；憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決理由第 10 段；蔡明誠大法官提出、吳陳鑽大法官加入之不同意見書，頁 8-9；詹森林大法官提出、黃瑞明大法官加入之部分不同意見書，頁 8；黃瑞明大法官提出、詹森林大法官加入之不同意見書，頁 3-4。其他相關討論，例如李念祖，前揭註 8，頁 33-35。其他國家的相關討論，則得參閱 Choi, *supra* note 4, at 218-220; Brent T. White, *Say You're Sorry: Court-Ordered Apologies as a Civil Rights Remedy*, 91 CORNELL L. REV. 1261, 1265-68 (2006); Robyn Carroll, *Apologies as a Legal Remedy*, 35 SYDNEY L. REV. 317, 321-24 (2013).

有意追求「回復名譽」以外之目的，同樣啟人疑竇<sup>73</sup>。此外，從體系的觀點出發，相較於生命、身體健康、性自主權等「其他重要人格法益」，名譽權是否果真具有特別重要之地位，系爭規範從而有意獨鍾「名譽權的被害人」，依舊令人懷疑<sup>74</sup>！

### (3) 小結

民法第 195 條第 1 項後段作為損害賠償體系的一環，其所謂「適當處分」，旨在回復貶損的社會評價。此項見解，不僅與法條及立法理由之文義相符，亦與損害賠償法體系相容。果爾，民事法院裁量作成之「適當處分」，是應有助於此項「回復名譽」目的之達成；在此「規範目的」的面向之中，「加害人的謝罪」確實可能恢復權利人的社會評價，強制道歉從而成為一種可能的選項。至於其他道歉的正面意義，則非系爭規範目的之所在，應予區辨<sup>75</sup>。

## 2. 回復名譽之必要手段

道歉處分，固然有助於「回復名譽」立法意旨之達成。然而，誠如憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決所言：「法院本應採行足以回復名譽，且侵害

<sup>73</sup> 就此而言，文獻上也大多認為：「民法第195條第1項後段」以及「道歉處分」不具有「懲罰制裁應報」之目的。參閱例如：憲法法庭111年憲判字第2號判決理由第11段；司法院釋字第656號解釋李震山大法官協同意見書，頁9；李念祖（2009），〈良心的賠償還是懲罰？：論釋字第656號解釋的射程〉，《法令月刊》，60卷8期，頁17-20；蘇永欽，前揭註32，頁150；陳忠五，前揭註1，頁203。

<sup>74</sup> 相對於我國民法之設計，中國民法將「賠禮道歉」通則化，成為一般民事責任內容的一種，則屬另一種立法例（中華人民共和國民法總則第179條）；由是觀之，中國民法確有發展不同損害賠償體系之潛力。不過，對於此種「道歉處分一般化」的保留意見，參閱王澤鑑，前揭註4，頁529。

<sup>75</sup> 不同規範可能具有不同立法目的，從而構成比例原則的不同審查理由與結論。因此，憲法法庭111年憲判字第2號判決理由特別補充：「至法律要求行使公權力之國家機關或公務員應向被害人道歉，或容許檢察官或法官於刑事程序中命被告向被害人道歉等法規範，不在本件判決之審查範圍，併此敘明」（第21段參照）。同旨併參照司法院釋字第656號解釋李震山大法官協同意見書，頁9。不同理由的相同結論，參閱陳忠五，前揭註1，頁196-197。

較小之適當處分方式」。因此，是否存在「其他適當處分」亦足當此大任？答案如為肯定，民事法院課予道歉義務，即生違憲疑慮；答案如為否定，「道歉」作為回復名譽的手段，則屬適當且必要。此種「手段必要性」的審查，亦為本件判決的操作重點之一。

#### (1) 刊載判決書之全部或一部？

首先，本件判決理由第 11、12 段舉例說明：「在合理範圍內由加害人負擔費用，刊載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部刊載於大眾媒體等替代手段，而不得逕自採行侵害程度明顯更大之強制道歉手段。按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。」相對於上開多數見解主張「刊載判決書」作為強制道歉的替代手段<sup>76</sup>，詹森林大法官提出不同意見<sup>77</sup>：「本判決更未考量，關於加害人侵害被害人名譽之陳述係屬不實，判決書須以大量篇幅記載，以表明其心證所由得；而判決所命加害人道歉之聲明內容，則簡短清晰。因此，以刊登於報紙而言，刊登道歉聲明之費用，遠低於刊登判決書之一部，更遑論刊登全部。」

由是觀之，上開二種見解針鋒相對之處，主要在於：「公開（全部或一部的）判決書」等其他處分方式，是否屬於「成本較低」之替代手段？換言之，民事法院課予道歉義務，是否為「達成制度目的相同有效」的「侵害較小手段」，從而屬於回復名譽的「必要」處分<sup>78</sup>？

對於一般人而言，判決書的文字向來被認為晦澀難懂，加上較高的論證密度，刊載「判決書」與「道歉聲明」二者，對於「社會評價的影響或回復」

<sup>76</sup> 同旨參閱陳忠五，前揭註1，頁207-208。

<sup>77</sup> 引用自憲法法庭111年憲判字第2號判決詹森林大法官提出、黃瑞明大法官部分加入之部分不同意見書，頁9。類似意見，參閱憲法法庭111年憲判字第2號判決蔡明誠大法官提出、吳陳鑽大法官加入之不同意見書，頁8-9。

<sup>78</sup> 關於「必要性原則」之意義，參閱李惠宗，前揭註24，段碼05306-05309；董保城、法治斌，前揭註55，頁86。

是否相同有效，令人懷疑<sup>79</sup>。再就「最小侵害」觀之，對於賠償義務人而言，刊載判決書固然不涉及其內心情感之表示，但其「刊載成本」卻可能造成因此增加。綜合而言，「刊載判決書」似乎並非必然屬於負擔較小的替代手段。

## (2) 刊登澄清啟事？

雖然「刊載判決書」並非相同有效但更小侵害的替代手段；然而，「道歉處分」是否即為不可或缺的必要手段，仍待進一步說明之必要。

觀諸我國審判實務，所謂「道歉啟事」，往往包含「侵害名譽事實之澄清說明」以及「歉疚感情之公開表示」二者<sup>80</sup>。以原因案件之一【保險業務員痞客邦案】為例，法院判令聲明之文字內容如下<sup>81</sup>：「道歉人朱育德，於民國 101 年 12 月 30 日至 102 年 1 月 2 日間在『聯合踹人天地』及『南山的小朱』此二網誌上，多篇文章內發表許多公然侮辱言語攻擊趙宏昌先生，嚴重損害趙宏昌先生之名譽，特此公開道歉，以回復趙宏昌先生之名譽。」在此背景之下，本案判決因而認為：道歉啟事不僅關乎「客觀事實陳述之表意」，也同時涉及「意見或價值之立場、良心與信念」<sup>82</sup>。

就前段「說明先前不實言論或惡意言論」的「澄清啟事」部分而言，乃是針對被害人社會評價減損之原因加以澄清，固然有利於其名譽之回復；問題是，後段「歉疚感情之聲明」部分（例如：「特此公開道歉」、「道歉人」等文字），是否同樣有助於社會評價之回復？換言之，愧歉表示此部分的「邊際效益」，是否果真存在<sup>83</sup>？

<sup>79</sup> 類似質疑，參見司法院釋字第656號解釋陳新民大法官部分協同、部分不同意見書，頁20。

<sup>80</sup> 相同觀察結論及更多判決之分析，參閱憲法法庭111年憲判字第2號判決詹森林大法官提出、黃瑞明大法官部分加入之部分不同意見書，頁3-6；陳忠五，前揭註1，頁201。

<sup>81</sup> 臺灣高等法院高雄分院103年度上字第138號民事判決。

<sup>82</sup> 參閱判決理由段碼9、15。

<sup>83</sup> 強調此一面向者，參照司法院釋字第656號解釋李震山大法官部分協同意見書，頁11。

倘若受訴法院採取「肯定結論」的立場，從而選擇「刊登道歉聲明」作為個案中回復名譽手段，固無不可<sup>84</sup>。反之，倘若受訴法院採取「否定結論」的立場，則「道歉部分」並不具備回復社會評價之機能<sup>85</sup>；果爾，相較於「道歉啟事」，單純說明侵害名譽事實的「澄清啟事」，即屬相同有效且侵害更小之手段。在此見解之下，法院判決便不得課予（有違憲確信的）強制道歉義務<sup>86</sup>。

### (3) 司法者的裁量空間與說理義務

綜上所述，在「手段必要性」的審查框架之下，民事法院不得課予相同有效但侵害較大的義務內容。惟若論諸實際，各種不同處分類型的成本與效益，往往並不一致，從而無法成為彼此的替代方案。舉例而言，刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事、刊登判決書之全部或一部等處分類型，究竟孰優孰劣，難有定論；在此範圍內，受訴法院不論採取何種終局處分，均難謂有違必要性原則。至於道歉處分是否屬於必要的處分種類，則應端視「歉疚感情表示」部分是否有助於「回復名譽」此種制度目的之達成。

在此觀點之下，必要性原則固然劃定了司法機關裁量的界線；然而，有鑑於「必要性原則的侷限性<sup>87</sup>」，司法機關實則仍然保有極為寬廣的裁量空間。果爾，民事法院針對個案中具體法律效果的取捨之間，負有一定的論證

<sup>84</sup> 採此見解者，例如：日本國最高法院昭和31年7月4日大法庭判決田中耕太郎法官協同意見，轉引自陳洸岳（譯），前揭註3，頁110。

<sup>85</sup> 採此見解者，例如：憲法法庭111年憲判字第2號判決；司法院釋字第656號解釋許宗力大法官部分協同意見書，頁9；李念祖，前揭註8，頁30-31；陳忠五，前揭註1，頁203。

<sup>86</sup> 舉例而言，【第二次強制道歉案】的原因案件之一【中正教授臉書案】，臺灣高等法院高雄分院104年度上更(一)字第14號民事判決，命被告刊登如下道歉啟事：「道歉人盧映潔因一時思慮未周，於民國102年4月2日利用facebook（臉書）社群網站，發表惡意不實之言論侵害陳慈幸之名譽，特登本啟事向陳慈幸道歉並公告周知。道歉人：盧映潔」。值得注意者，受訴法院刪除原告聲明啟事中「深感悔悟」等文字，理由在於「非回復名譽所必要」。不過，另一方面，「向陳慈幸道歉」等文字，何以即為「回復名譽所必要」，則或有進一步說理之空間。

<sup>87</sup> 併請參閱張永健，前揭註65，頁130-134。

說理義務。事實上，司法院釋字第 656 號解釋所稱之「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」，便帶有此種「指導意味」<sup>88</sup>！

#### （四）在強制道歉違憲之後

不論如何，憲法法庭已經作成 111 年憲判字第 2 號判決，宣告「民法第 195 條第 1 項授權法院為道歉處分之部分」違憲，失其效力；因此，審判法院再也無權作成「刊載道歉啟事作為回復名譽手段」之判決，而僅得採擇「刊登澄清聲明<sup>89</sup>」或「刊載判決內容」等其他可能選項。

在兩次強制道歉案的背景之下，民法第 195 條第 1 項後段正處於「私法憲法化」的浪尖之上。在大法官的殷殷企盼與諄諄教誨之下，晚近最高法院的審查重點，似乎已經不再僅止於「狹義比例原則下利益權衡」。面對原審法院課予「刊登一部判決」之義務，最高法院 110 年度台上字第 3211 號民事判決表示：「惟因如准以加害人負擔費用，由被害人自將判決內容刊載於外，係因法院審酌各種情事所為之適當處分，亦有損害填補性質，所准登載判決之內容，仍以完成本條項後段法規目的，回復被害人損害發生前之名譽為限，法院行使裁量權時，自應符合比例原則與妥適性原則。」

同院 111 年度台上字第 2435 號民事判決則指出：「涉及上訴人不表意自由與人格權保護之權衡退讓，產生基本權之衝突，對上訴人個人主體性與人格自由發展有無受到危害，而有損及其人性尊嚴之危險？該方式有無違反

<sup>88</sup> 參閱李建良，前揭註 8，頁 230；蘇永欽，前揭註 32，頁 152-154。

<sup>89</sup> 臺灣高等法院 108 年度上字第 1365 號民事判決命被告刊登如下聲明，即屬適例：「本人黃景裕於 107 年 7 月 13 日上午 3 時許，明知廖祥帆先生先前已取得『山本堂』商標，非『商標蟑螂』，竟於本人經營臉書法虎堂粉絲專頁中，辱罵廖祥帆先生為『商標蟑螂』，嚴重侵害其個人名譽，特此澄清事實，以回復廖祥帆先生名譽。」

比例原則？有無其他侵害較小之適當處分方式？非無再為詳細審酌之餘地。」

依據上開判決意旨，關於「適當處分」之具體裁量，受訴法院應審酌「回復名譽」的規範意旨、各種可能手段之間的取捨，以及個案當事人間利益的權衡等因素，進而決定終局的處分種類、內容與形式。在此種「法律效果層次的司法裁量」案型之中，最高法院對於「具體操作比例原則」以及「提高論證密度」的要求，適足回應司法者的憲法誠命。

蘇永欽教授曾經說道<sup>90</sup>：「整個法院體系的憲法意識當然還有很大的成長空間，但我們已經沒有悲觀的理由。」現在看來，在憲法法庭與普通法院來回對話之間，蘇教授的樂觀確實顯得有幾分道理。

## 肆、結 論

裁判憲法審查新制的施行，無疑提醒了民事法院：解釋適用法律，應具備憲法意識。就此而言，民事財產法的釋義學，也將受此「私法與憲法匯流」的影響，值得重視。總結以上分析，本文提出以下數點結論：

第一、因立法行為等「國家行為」而生的民事義務，同樣也構成基本權的干預措施，從而有受憲法法庭違憲審查之可能與必要。在此範圍之內，無涉學理上「基本權第三人效力」之討論。在【強制道歉案】之中的「道歉義務」，即屬一例。

第二、「法規範」的合憲性審查，固然必須判斷「立法者自為預先決定的內容」是否違憲；但並不以此為限。在類如「法律效果層次的司法裁量」的規範模式之下，立法者在框架內積極授權的違憲選項，亦屬「立法違憲」的一種態樣。因此，「道歉處分」作為民法第 195 條第 1 項後段立法者有意的授權內容，應受基本權體系之檢驗；就此而言，屬於一種法規範的違憲審查。

---

<sup>90</sup> 蘇永欽，前揭註 32，頁 154。

第三、司法者作為國家機關之一環，同受基本權直接效力之拘束，從而不得為「過度限制基本權」之裁判；倘若其裁量處分涉及基本權之保護範圍者，則應自我檢視其合憲性。因此，關於民法第 195 條第 1 項後段的解釋適用與裁量，民事法院不應止步於「道歉聲明形式、內容的控制」或「狹義比例原則下利益權衡」，毋寧更應審酌並說明「回復名譽」的規範意旨、各種可能處分種類的取捨，以及個案當事人間各種利益之權衡等各種情事。此等要求，亦得認為傳統上「合憲性解釋」或「憲法指向的解釋」等方法的實踐。

## 參考文獻

### 一、中文部分

- K. Larenz (著), 陳愛娥 (譯) (1996), 《法學方法論》, 五南。
- 王澤鑑 (2012), 《人格權法：法釋義學、比較法、案例研究》, 自刊。
- (2018), 《損害賠償》, 校正 3 版, 自刊。
- (2020), 《法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系》, 校正 2 版, 自刊。
- 吳佳霖 (2008), 〈你給我道歉！：論判決公開道歉之合憲性〉, 《法學新論》, 2 期, 頁 67-85。
- 吳庚、陳淳文 (2021), 《憲法理論與政府體制》, 增訂 7 版, 自刊。
- 吳明軒 (2009), 〈試論大法官釋字第 656 號解釋之當否〉, 《台灣法學雜誌》, 127 期, 頁 253-255。
- 吳信華 (2021), 《憲法釋論》, 增訂 4 版, 三民。
- (2022), 〈「憲法訴訟法」的幾個立法缺失〉, 《月旦法學雜誌》, 322 期, 頁 53-70。 <https://doi.org/10.53106/1025593132203>
- 李念祖 (2009), 〈良心的賠償還是懲罰？：論釋字第 656 號解釋的射程〉, 《法令月刊》, 60 卷 8 期, 頁 4-20。  
[https://doi.org/10.6509/TLM.200908\\_60\(8\).0001](https://doi.org/10.6509/TLM.200908_60(8).0001)
- (2020), 〈良心自由：德治與憲治的分野：釋字第 656 號解釋的短板與啟示〉, 收於：虞平 (編), 《法治流變及制度構建：兩岸法律四十年之發展：孔傑榮教授九秩壽辰祝壽文集》, 頁 26-43, 元照。
- 李建良 (2009), 〈強迫公開道歉與人性尊嚴之憲法保障：民事侵權事件中不表意自由與名譽權之法益權衡：釋字第 656 號解釋〉, 《台灣法學雜誌》, 127 期, 頁 221-232。

- (2020), 〈民事審判與裁判憲法審查：基本權效力的體系思維〉，收於：最高法院學術研討會（編），《最高法院一〇八、一〇九年度學術研討會》，頁 51-127，最高法院。
- (2022)，〈行政法院審判與裁判憲法審查〉，《月旦法學雜誌》，322 期，頁 6-31。https://doi.org/10.53106/1025593132201
- 李惠宗 (2019)，《憲法要義》，8 版，元照。
- 林明鏘 (2014)，〈比例原則之功能與危機〉，《月旦法學雜誌》，231 期，頁 65-79。https://doi.org/10.3966/102559312014080231005
- 林紀東 (1998)，《中華民國憲法逐條釋義（一）》，修訂 8 版，三民。
- 姚志明 (2002)，《侵權行為法研究（一）》，元照。
- 孫森焱 (2020)，《民法債編總論上冊》，修訂版，自刊。
- 翁岳生 (1990)，《行政法與現代法治國家》，自刊。
- 張永健 (2020)，《社科民法釋義學》，新學林。
- 張嘉尹 (2009)，〈人性尊嚴的重量：評析大法官釋字第 656 號解釋〉，《世新法學》，2 卷 2 期，頁 1-33。
- 許育典 (2009)，〈人性尊嚴作為公開道歉的界限？〉，《月旦法學教室》，82 期，頁 6-7。
- (2021)，《憲法》，11 版，元照。
- 許宗力 (2003)，〈基本權利：第五講：基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，9 期，頁 64-74。
- 陳忠五 (2022)，〈強制道歉是否為回復名譽的「適當處分」？：憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，324 期，頁 192-210。https://doi.org/10.53106/1025593132412
- 陳洸岳 (譯) (2002)，〈請求刊登道歉啟事事件：道歉啟事與憲法上之良心自由〉，收於：司法院 (編)，《日本國最高法院裁判選譯（第一輯）》，頁 107-118，司法院。
- 陳敏 (2019)，《行政法總論》，10 版，自刊。
- 陳新民 (2022)，《憲法學釋論》，增訂 10 版，三民。

- 陳聰富(2018)，《民法債編總論(一)：侵權行為法原理》，2版，元照。
- 曾世雄(2005)，《非財產上之損害賠償》，元照。
- 程明修、張嘉尹、陳清秀、胡博硯、宮文祥、范文清、范秀羽、楊奕華(2022)，  
《憲法講義》，增修3版，元照。
- 黃茂榮(2010)，〈回復名譽之適當處分及強制登報道歉的合憲性〉，《植  
根雜誌》，26卷8期，頁19-40。
- 黃舒芃(2010)，〈法律授權與法律拘束：Hans Kelsen 的規範理論對德國  
行政法上「不確定法律概念」拘束功能的啟示〉，《政治與社會哲學評  
論》，33期，頁47-95。<https://doi.org/10.6523/168451532010060033002>  
----- (2016)，〈比例原則及其階層化操作：一個著眼於司法院釋憲實務  
發展趨勢的反思〉，《中研院法學期刊》，19期，頁1-52。
- 楊子慧(2010)，〈法規範、法解釋與適用之違憲審查：大法官釋字第五六  
六號解釋之釋憲客體評析〉，《裁判時報》，5期，頁5-16。
- 董保城、法治斌(2021)，《憲法新論》，8版，元照。
- 詹森林(2020)，〈憲法之基本原則及基本權在民事裁判上之實踐〉，收於：  
最高法院學術研討會(編)，《最高法院一〇八、一〇九年度學術研討  
會》，頁147-200，最高法院。
- 劉玉中(2014)，〈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》，21期，頁1-38。
- 劉春堂(2016)，《民商法論集(三)：人格權法專論》，元照。
- (2020)，《民法債編通則(下)：無因管理、不當得利、侵權行為》，  
自刊。
- 蔡維音(2006)，〈財產權之保護內涵與釋義學結構〉，《成大法學》，11  
期，頁31-74。
- 蘇永欽(1994)，《合憲性控制的理論與實際》，月旦。
- (2009)，〈夏蟲語冰錄(十八)：為賦新詞強說愁〉，《法令月刊》，  
60卷6期，頁150-154。[https://doi.org/10.6509/TLM.200906\\_60\(6\).0009](https://doi.org/10.6509/TLM.200906_60(6).0009)

## 二、英文部分

- Carroll, R. (2013). Apologies as a Legal Remedy. *Sydney Law Review*, 35, 317-347.
- Choi, D.-K. (2000). Freedom of Conscience and the Court-Ordered Apology for Defamatory Remarks. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 8 (2), 205-224.
- Grundmann, S. (2008). *Constitutional values and European contract law*. Kluwer Law International.
- Hohfeld, W. N. (1913). Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, 23 (1), 16-59.  
<https://doi.org/10.2307/785533>
- Hristakopoulos, M. (2021). On the Moral and Constitutional Perversity of Court-Ordered Apologies. *Vermont Law Review*, 45 (3), 365-385.
- Mak, C. (2008). *Fundamental rights in European contract law : a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*. Wolters Kluwer Law & Business.
- Micklitz, H.-W. (2014). *Constitutionalization of European private law*. Oxford University Press.  
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198712107.001.0001>
- Siliquini-Cinelli, L., & Hutchison, A. (2019). *More Constitutional Dimensions of Contract Law: A Comparative Perspective*. Springer International Publishing.
- White, B. T. (2006). Say You're Sorry: Court-Ordered Apologies as a Civil Rights Remedy. *Cornell Law Review*, 91 (6), 1261-1311.

## 三、德文部分

- Alexy, R. (1994). *Theorie der Grundrechte* (2. Aufl.). Suhrkamp.
- Canaris, C.-W. (1984). Grundrechte und Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, 184, 201-249.

- (2013). *Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz. Stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998.* De Gruyter.
- Dauner-Lieb, B./Langen, W. (Hrsg.) (2021). *Nomos Kommentar BGB: Schuldrecht* (4. Aufl., Bd. 2/1). Nomos.
- Diederichsen, U. (1998). Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht: ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre. *Archiv für die civilistische Praxis*, 198, 171-260.
- Epping, V./Hillgruber, C. (Hrsg.) (2022). *BeckOK Grundgesetz* (52. Aufl.). C. H. Beck.
- Fuchs, M./Pauker, W./Baumgärtner, A. (2017). *Delikts- und Schadensersatzrecht* (9. Aufl.). Springer.
- Habersack, M. (Hrsg.) (2020). *Münchener Kommentar zum BGB* (8. Aufl., Bd. 7). C. H. Beck.
- Herresthal, C. (2014). Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht. *Juristische Schulung*, 2014, 289-298.
- Kelsen, H./Jestaedt, M. (2008). *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (Studienausgabe der 1. Aufl. 1934). Mohr Siebeck.
- Krüger, W. (Hrsg.) (2022). *Münchener Kommentar zum BGB* (9. Aufl., Bd. 2). C. H. Beck.
- Lüdemann, J. (2004). Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen. *Juristische Schulung*, 2004, 27-30.
- Medicus, D. (1992). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, 192, 35-70.
- Neuner, J. (2007). *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht.* Mohr Siebeck.

- Ruffert, M. (2001). *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtsentwicklung des Grundgesetzes*. Mohr Siebeck.
- Schlaich, K./Korioth, S. (2021). *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen* (12. Aufl.). C. H. Beck.
- von Staudinger, J. (Begr.) (2017). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: § 823 A-D*. (Unerlaubte Handlungen 1 - Teilband 1). de Gruyter.
- (Begr.) (2021). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 249-254* (Schadensersatzrecht). de Gruyter.

## Constitutional Court, Civil Court and Constitutional Review of Civil Law Based on the “Court-ordered Apology” Case

*Yi-Wen Chang\**

### Abstract

The fundamental rights are still unfamiliar to the civil law system. However, the introduction of "constitutional review of court decisions" in the new era is likely to lead to a stronger influence of constitutional principles in private law. In this regard, this article uses the court-ordered apology case as an example to discuss whether both "legislators" and "judges" in civil matters are bound with the system of fundamental rights.

Many duties in civil law, which are derived from the law, can also be seen as interventions by the state in fundamental rights. Within this context, the notion of "third-party effect of fundamental rights" should not be relevant. The duty to apologize of a wrongdoer in the defamation case is an example, and thus should also be subject to the “direct” effect of fundamental rights.

Article 195(1) of the Civil Code authorized the court to discretize the legal consequence. Under this legislative model, the focus of the "constitutional review of legislative acts" is on whether the authorization is constitutional or not. In court-ordered apology cases, for instance, it is clear that the “apology printed on newspaper”, which is included in the legislative records, is a possible option to the civil court within the authorized framework. This Article as the legal basis for the "duty to apologize", should be subject to the review of the fundamental rights, especially the principle of proportionality.

The civil courts should also make interpretations and judgments in accordance with the Constitution. When conducting proportionality reviews, the

---

\*Assistant Professor, College of Law, National Taiwan University ; Ph. D., College of Law, University of Munich.

E-mail: yiwenchang@ntu.edu.tw

focus should not be limited to controlling the form and content of apology statements. Instead, it should consider the purpose of the norms, the trade-offs of various types of remedies, and the balancing of various interests in individual cases, among other factors.

**Keywords:** court-ordered apology, constitutionalization of private law, authorization to discretize the legal consequence, restitution, principle of proportionality, proper measures for the rehabilitation of the reputation

