

回復名譽之適當處分及強制登報道歉的合憲性

黃 茂 榮*

【目 次】

壹、問題緣起	捌、關於聲請解釋憲法的要件
貳、名譽及其侵害	一、適用之法律有牴觸憲法之疑義
參、人格權之一般保護規定	二、適用之命令判例決議有牴觸憲法之疑義
肆、關於名譽之特別保護規定	三、欠缺例外規定之原則規定是否違憲
伍、如何回復名譽	四、判例之引用
陸、回復名譽之適當處分	玖、回復名譽之適當處分的憲法限界
一、處分的內容在於除去、防止侵害	一、程序要件
二、具體回復名譽之處分是否適當	二、實體要件
三、道歉與消極不表意的自由	三、關於登報道歉之判決的釋憲解釋
四、道歉的概念與強制道歉之可能性	拾、結論與建議
柒、法律違憲或判決違憲	

壹、問題緣起

民法第一百九十五條第一項後段規定，「名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」司法實務並因受害人之請求，依該規定判決加害人登報道歉，做為回復名譽之適當處分。於是，引起以登報道歉為回復名譽的方法是否違反言論自由，及該項後段規定是否因為可能導出違反言論自由之判決結果而亦構成違憲的問題。

貳、名譽及其侵害

足以損害他人名譽之信息的散布，可能侵害他人名譽並引起損害。可能侵害與引起損害是兩個不同層次的問題。其對抗，在前者，藉助於除去或防止侵害之消極義務，此即防禦請求權（Abwehrensprüche）；在後者，藉助於損害賠償的積

* 司法院大法官、台灣大學法律學院兼任教授。

極義務，此即賠償請求權（Ersatzansprüche）¹。關於是否構成侵害名譽，最高法院九十年度臺上字第六四六號民事判例認為「民法上名譽權之侵害非即與刑法之誹謗罪相同，名譽有無受損害，應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據，苟其行為足以使他人之社會上之評價受到貶損，不論其為故意或過失，均可構成侵權行為，其行為不以廣佈於社會為必要，僅使第三人知悉其事，亦足當之。」歸納之，所謂名譽指他人對於特定人之社會評價。其侵害行為之特徵為：散佈足以貶損名譽之信息。至於散佈的方法從口頭、書面傳單信函、刊登報章雜誌、出版書籍，以至在電台電視廣播。只要具有傳遞信息之功能皆可。上述媒體有些具有保存信息的功能，有些不具備。具備保存信息之功能者，其存在有繼續不斷散佈信息，持續侵害的作用。不論是哪一種情形，其最後造成侵害都是因為所散佈之信息為他人所接收，入於記憶，影響其對於該信息所涉之特定人的評價。

名譽為人格權之一種。所以其保護首先受關於人格權之一般保護規定的適用，而後才依關於名譽之特別規定加以調整。

參、人格權之一般保護規定

人格權受侵害時，民法第十八條第一項規定，受害人得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。至於請求損害賠償或慰撫金，依同條第二項，以法律有特別規定者為限。歸納該條規定可得：（1）關於人格權的保護有第一項所定之侵害除去及防止請求權及第二項規定之損害賠償請求權。（2）第一項所定之請求權源自不得侵害他人的不作為義務。因為一個人本來即有不得侵害他人之不作為義務，所以該不作為之請求不以加害人有故意或過失為要件。此與侵權行為之損害賠償請求權，以加害人有故意或過失為要件者，不同。（3）關於侵害人格權之損害賠償，不論所請求賠償者是財產上或非財產上的損害，其請求皆以法律有特別規定者為限。此即關於人格權之保護的特別人格權主義²。

¹ Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München 2004, § 8 Rn. 51ff.

² 由於人格權的內涵多樣，隨外部世界之變遷而增長，所以，其保護之需要因經濟、社會及科技的發展而升高。其結果，在概念或類型上人格權具有類似於一般條項之高度的不確定性及開放性，必須逐步具體化。是故，關於人格權之保護，在立法上也從特別人格權主義向一般人格權

實務上還認為如有故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人的人格權或人格利益³，亦得依民法第一百八十四條第一項後段請求損害賠償⁴。過去司法實務上尚有借用關於人格權的規定，保護身分法益的情形⁵。民法第一百八十四條第一項

主義發展。即便在已經肯認一般人格權的法系，在實務上要引用關於一般人格權的規定請求損害賠償，還是必須審查，是否有一般人格權的侵害存在（Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 8 Rn.3, 8）。這事實上審查有無應受保護之人格權受侵害。一般人格權指以人之存在為基礎，一個人對於自己享有之全部的各種可能態樣之權利。特別人格權指構成一般人格權之各種人格權中，有法律以明文給予特別名稱加以規定，並提供特別保護的人格權。不區別人格權之種類，對於一切人格權，規定給予保護者為：民法第十八條第一項。民法第一百九十五條第一項所稱「其他人格法益」亦具有涵蓋該條所定特別人格權以外之一般人格權的意義。因此可謂：關於非財產上損害之賠償，民法第一百九十五條第一項顯示，民法有朝向一般人格權主義發展的趨勢。一般人格權主義，指只要因人格權受侵害而有損害，依一般侵權行為法的規定，即無差別的肯認其財產上及非財產上的損害賠償請求權。反之，特別人格權主義，指關於人格權之侵害，以法律對特種人格權有特別明文規定者為限，始得因該種人格權受侵害而有損害，請求損害賠償。關於一般人格權及其保護的問題，請參考黃茂榮，債法總論增訂三版第二冊，2010年9月，頁229以下。

- 3 司法院 71.3.13.司法業務研究會第一期之四十四：「最高法院二十九年度上字第470號判例，謂：『上訴人明知被上訴人之所在，竟主使被上訴人之夫甲，以生死不明逾三年為原因，訴請離婚並利用公示送達之方法，使被上訴人無法防禦，因而取得離婚判決，致被上訴人受有精神上之損害，對於被上訴人自應負賠償責任。』此處所稱之『精神上損害』，係人格權受侵害之損害，抑人格利益所受之損害？〔司法院第一廳研究意見〕本件係配偶以外之第三人為破壞他人婚姻關係之圓滿，嗾使配偶之一方，故意以背於善良風俗之方法加損害於他方，致引起被上訴人精神上痛苦，被上訴人所受之損害，應係人格利益受損害尚非人格權受不法侵害，應依民法第一百八十四條第一項後段規定請求賠償其非財產上損害。」
- 4 司法院 71.3.13.司法業務研究會第一期之四十八：「甲男與乙男素有嫌隙，探悉乙男與丙女感情頗篤，某夜瞥見乙丙，倆相偕進入某旅店房間，竟秘將兩人之幽會情節，予以錄影後，頻對丙女透露上情；丙女不堪其擾，精神痛苦不已，請求甲男賠償其非財產上損失，有無理由？〔司法院第一廳研究意見〕按我國民法雖未就秘密權（亦稱隱私權）設有特別規定，惟秘密權亦屬人格權之一種。秘密權旨在保護個人之私生活為其內容，侵害秘密權，固常伴隨名譽權亦併受侵害，惟前者重在私生活之不欲人知；後者重在社會評價之低落，兩者仍有區別。本題甲男之行為係故意以背於善良風俗之方法加損害於丙女，丙女依民法第一百八十四條第一項後段規定，請求甲男賠償其非財產上損失，應予准許。」
- 5 最高法院五十九年度臺上字第八一七號民事判決「他人與夫妻之一方相姦，既足以破壞夫妻間共同生活之圓滿與家庭之安全，對於配偶之他方自屬以違背善良風俗之方法，侵害其人格權，依民法第一百八十四條第一項後段規定，被上訴人請求賠償其精神上之損害，即無不當。」關於身分法益的保護，民法第一百九十五條雖已增定第三項規定：「前二項規定，於不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者，準用之。」亦即侵害他人身分法

後段本屬關於侵權行為之法律補充的授權規定，所以，其保護之法益不但不受同項前段關於權利之限制，而且也不受民法第十八條第二項關於必須是明文以一定人格權為其保護對象之規定的限制。民法第一百八十四條第一項前、後段為兩套不同之侵權行為的態樣。其主要差異在於：（1）違法性基礎不同，前段為法律及契約所定之保護義務的違反；後段為善良風俗，（2）主觀要件不同，前段以故意或過失為要件；後段限以故意為要件。

肆、關於名譽之特別保護規定

因為民法第十八條第二項之上述規定，就人格權之侵害，民法第一百八十四條第一項前段不足為請求損害賠償之充分依據。為請求損害賠償，該項前段尚必須與民法第十九條或第一百九十二條至第一百九十五條等明文以一定種類之人格權為其規範對象的特別規定之一，結合起來為其依據，其規定方始完全⁶。民法第一百九十五條對於第一百八十四條之關係是：具體規定對於一般規定之補足關係，共同構成一套保護人格權或名譽的完全規定⁷。是故，第一百八十四條之規定只要與第一百九十五條不衝突，對於人格權之侵害案件即有適用。這特別指故意或過失之主觀要件，以及侵害行為之違法性要件。

名譽係民法第一百九十五條第一項明文規定加以保護之人格權（民法第十八條第二項）。此外，名譽亦是刑法第三百十條規定加以保護的法益。

益而情節重大者，其被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。惟如要請求財產上損害賠償，仍必須依民法第一百八十四條第一項後段規定。

⁶ 請參考王澤鑑老師，*侵權行為法第一冊（基本理論：一般侵權行為）*，1998/09，頁一一七之圖示。該圖中以民法第一百八十四條第一項前段為要件，以第一百九十二條至第一百九十五條的規定為侵害各該特別人格權之財產上及非財產上損害賠償的規範基礎。其意旨即是由上述規定結合成一套完全規定。

⁷ 法學方法論上稱完全規定，指具備構成要件及法律效力的一套規定。這很少能夠由一個法條來構成。至其由多少法條來構成，其實在具體情況也難以數盡。通常都只是在具體案件，為法律之適用，相對必要的情況下，引用相關規定組成一套為處理該案件所需之完整的規範系統，充為其規範基礎。在具體案件，因有多數法律規定構成各種態樣之競合時，該問題的存在會特別明顯的表現出來。關於完全法條或完全規定，請參考 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., Heidelberg 1983, S. 247ff.; 黃茂榮，*法學方法與現代民法*，2006/04 五版，頁二三二以下。

民法第一百九十五條第一項規定，「不法侵害他人之……名譽……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。」該條雖未將故意或過失規定為其損害賠償請求權之成立要件，但鑑於侵害名譽係一種侵權行為，所以仍應有民法第一百八十四條第一項前段關於侵權行為之過失責任主義的適用。是故，侵害名譽之損害賠償請求權仍以有故意或過失為其成立要件。第一百八十四條規定中關於主觀要件的部分亦適用於民法第一百九十五條第一項關於名譽之侵害的損害賠償。這有雙重意義：（1）其侵害應有故意或過失，（2）受該條第二項關於過失推定之適用。

刑法第三百十條規定，「意圖散布於眾而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金（第一項）。散布文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金（第二項）。對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限（第三項）。」依其內容，該條應可認定為民法第一百八十四條第二項所定之保護他人之法律。所以，符合該條規定之誹謗所構成之侵權行為，依該項規定，應推定為有過失。惟如僅請求法院除去或防止其侵害，則其請求並不以故意或過失為要件（民法第十八條第一項）。

伍、如何回復名譽

關於名譽的侵害，其保護規劃有二個層次：（1）除去與防止侵害（防禦請求權），（2）賠償財產上及精神上損害（賠償請求權）。民法第一百九十五條第一項未所定之「回復名譽之適當處分」有可能屬於除去侵害的層次，亦有可能屬於精神上損害之安撫的層次。除去侵害的方法，原始的為回收足以侵害名譽的資料，引伸者為以與侵害行為之散佈方法相同的方法，發佈澄清的聲明。常見者為登報澄清足以侵害他人名譽之信息。澄清與賠償一樣，皆應以足夠為度，否則，便違反比例原則。進一步引起討論者為：最高法院六十二年度臺上字第二八〇六號民事判例、最高法院五十一年度臺上字第二二三號民事判例及其後之判決一再判予之回復名譽的處分：登報道歉，是否為適當之回復名譽的處分。這要從原告請求登報道歉的目的為何論斷？其在於除去精神上侵害的狀態或在於填補精神上損

害？其所以有除去精神上侵害狀態的作用，乃因其能澄清事實。至於其所以有填補精神上損害的作用，究竟是因為登報能澄清事實，還是因為被告認錯道歉具有之安撫的作用？如意在於澄清，則登報已足。如在於安撫，則假使被告無意道歉，法律強制之道歉聲明如何能有安撫的效果？

按一定內容之聲明，即使因非屬意思表示，不需包含法效意思，但與道歉有關之聲明，還是必須包含表意人之一定主觀的觀念認識：認錯賠禮。該主觀的觀念認識如果不存在，徒具外部形式之道歉啓事，並不具有認錯賠禮的實質。因此，不能定性為道歉。將之類比為意思表示，這是一種相對人知其為欠缺法效意思之心中保留（通謀虛偽意思表示）。該意思表示無效。將之類推適用到道歉這種觀念通知，這是一種不存在之道歉。至其是否有效果，應分從法律效力及事實效果論斷。就法律效力而論，道歉不會引起任何法律效力。至於事實效果則視道歉對於被害人之作用而定。這主要指道歉對於被害人之精神上的安撫作用。即使無認錯賠禮意願之道歉實質上不成其為道歉，但不具實質內容之道歉具有安撫被害人之作用，減輕其精神上損害是可能的。在此意義下，必要時為安撫被害人之特殊的精神狀況，以判決強制加害人對於被害人道歉是可以考慮的。例如由於系爭侵害名譽事件，使受害人發生類如燥鬱症等精神症狀。經醫師鑑定，如不以受害人希望之道歉的方法，回復其名譽，將難以使其精神狀況回復正常。在這種情形，以判決強制命加害人道歉，即便除受害人外，雖然其他人都知道是在演戲，但還是適合命加害人為道歉。這是關於道歉只求形式，而不求其實質的例外。然假設無此種特殊情況，道歉之作用如僅在於安撫，則是否應以較高之慰撫金替代有疑問之道歉⁸，值得考量。

⁸ 基於民法第十八條第二項規定，人格權受侵害時，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。學說與實務傾向於認為，該項所定之慰撫金與非財產上損害或精神上損害是同義詞。德國學說就與慰撫金相當之概念 *das Schwenzengeld*，認為其在嚇阻意義下之預防功能外，尚有對所受之精神上損害的補償與安撫功能（Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München 2004, § 8 Rn. 56; Esser/Weyers, *Schuldrecht Band II, Besonderer Teil, Teilband 2*, 8. Aufl., Heidelberg 2000, § 61 II）。換言之，慰撫金在德國民法具有超出賠償精神上損害以外的作用：嚇阻。是故，法院在賠償額的裁量上，能夠從懲罰性賠償的觀點立論，使慰撫金具有懲罰性賠償的機能。這使一個人，無論如何富有，面對人格權之侵害的慰撫金賠償義務，皆可能有賠不起的感受。在此意義下，窮人的人格權才可能受到富人之應有的敬重。

陸、回復名譽之適當處分

民法第一百九十五條第一項末所定之「回復名譽之適當處分」有幾個問題：
（1）該處分的內容在於除去、防止侵害或賠償損害。（2）具體回復名譽處分是否適當。（3）如有法院依關於「回復名譽之適當處分」之效力規定，在具體案件所做之具體處分違反比例原則時，究竟是民法第一百九十五條第一項末所定之「回復名譽之適當處分」的效力規定，或依該規定所做之判決，違反憲法第二十三條，應宣告為違憲？

一、處分的內容在於除去、防止侵害

該處分的作用在於客觀消除侵害名譽之行為造成之侵害狀態，或防止繼續侵害者，屬於防禦請求權。該請求權源自不得加害他人的義務。這不但為民法第十八條第一項所肯定，而且依該項規定，該請求權並不以加害人有故意過失為必要。例如判令登報澄清所散佈足以貶損特定人名譽之信息。惟在命為登報之範圍仍不得逾越澄清事實所必要之程度。

依該項所定之防禦請求權得請求為澄清者，實務上傾向於只以原始散佈侵害他人名譽之信息者為對象，而不包括援引該信息為報導、擴大其散佈者。其結果，這些未盡查證義務，擴大該侵害名譽事件之損害者，不但不用負澄清的責任，反而可因為法院以判決命原始散佈者，在相關散佈之媒體刊登澄清廣告，而獲利。此外，還因刊登費用過鉅，以致遲遲不能以原始散佈者之費用，刊登澄清信息，儘快有效回復其名譽。今設受害人正確依民法第十八條第一項訴請，法院並因此判令，各援引原始散佈者之信息而為刊登之媒體，以自己之費用刊登澄清信息，則不但會使命登報澄清之判決的強制執行較為容易，而且各媒體競相報導侵害他人名譽之信息的風氣應當也可以獲得一定程度之改善。

然所謂澄清，有時因信者恆信，不信者恆不信，以致效果有限。何況，即使所報導者屬實，如僅「涉於私德而與公共利益無關」，或非「可受公評之事」，亦不得加以指摘或傳述。該怎麼辦？制度的設計及裁判上應多利用慰撫金之懲罰

性賠償。不過，其相關制度之發展，衡諸媒體現狀，顯然還需要一段相當長的時間來溝通意見，形成社會的共識。

二、具體回復名譽之處分是否適當

名譽因他人散布不實信息而受侵害時，其回復名譽的方法有除去侵害及賠償損害。除去或防止侵害屬於防止損害發生或擴大的防禦方法。其具體措施為回收原來散佈侵害名譽之信息的刊物，或發佈澄清的信息，以更正造成侵害他人名譽之結果的事實。賠償方法指填補因侵害名譽對於受害人引起之財產上及非財產上損害。

除去侵害的方法沒有疑問的是：刊登澄清啓事。賠償損害的方法為金錢賠償或回復原狀。其中比較有困難的是：精神上損害之數量化及非金錢的回復原狀方法究當為何，方始適當？這特別是指判令登報及道歉的情形。

關於侵害他人名譽之信息的更正、澄清，只能以事實性之信息的提供為之，其主要手段為在原來散佈侵害信息之媒體，刊登更正、澄清啓事。然因信者恒信，不信者恒不信，刊登更正、澄清啓事能有多大釐清作用，有時並不盡如預期。是故，在個案有時澄清難以提供有效的救濟。

至於在更正、澄清啓事的刊登前後，已發生及因後遺效果而可能陸續發生之財產上及非財產上損害，只能透過賠償來填補。這應發展適當之賠償方法，提供盡可能有效的救濟。賠償的方法有：回復原狀與金錢賠償（民法第二百十三條）。

在諸多回復原狀的方法中，特別是針對精神上損害之回復的情形，由於精神損害不但如何才能撫平受害人之精神創傷，在具體案件常因人而異，而且在不得不必須以金錢為賠償方法時，又難以貨幣的形式量化，其損害之填補有一定程度之困難。傳統上有沿街逐戶贈送在當地有道歉之象徵的物品（例如請吃檳榔或香菸）或設宴請相關的人吃飯；近年有登報道歉。所求者不外乎是：一笑泯恩仇。不過，這些方法都必須至少是通過第三者斡旋後之自願的和解給付。若非自願，而由公權力機關，例如法院以判決介入，則對於加害人將引起侵害其不表意自由之憲法層次的問題。此外，精神上損害賠償，除在於填補損害外，當也希望促成加害人與受害人雙方的和解。按「權利之行使，不得.....以損害他人為主要目的」

（民法第一百四十八條第一項）。以報復加害人為主要目的，以安撫受害人，其賠償的結果將反增雙方的怨恨，不具透過賠償，填補損害及回復法律和平的作用。這亦構成該項所禁止之權利濫用。

具體回復名譽處分是否適當，可能從該具體處分之必要性、可能性及妥當性的標準認定之。在具體案件之判決，這涉及法院之效力裁量，是否違法或是否有濫用的問題。不論是違法裁量，或是裁量權之濫用，其司法救濟最後皆至終局確定判決為止。至於其裁量所依據之客觀抽象標準，亦即自民法第一百九十五條第一項後段關於「回復名譽之適當處分」的規定具體化下來之處分的類型，因具有一般規範的性質，所以有是否違憲之審查餘地。在實務上常見被具體化下來之回復名譽之適當處分中與登報及道歉有關的類型因具有一般規範的抽象性，所以有其是否違憲之審查餘地。

其中關於登報的部分，其釋憲審查之可能性固無疑問，不過，其最後終局判決決定之登報處分的內容，雖有因為違反比例原則而違法違憲的可能，但命登報之抽象的處分可能性，如不違反比例原則，並不因其具體裁量可能違反比例原則而構成違憲。要之，命為登報澄清不屬於方法違法。必須其命為刊登之書刊、報紙、雜誌的數量、版面、次數、內容超出澄清所必要之程度時，始可能因裁量結果違反比例原則，而違法或違憲。

關於道歉，其所以成為問題，有二個主要理由：（1）基於消極不表意的自由，是否得強制一個人道歉。（2）道歉係一種觀念或感情通知，在於表達一個人內心的意念。如該意念不存在，事實上即不可能由外部以公權力強制的方法，產生一個道歉的表示。

三、道歉與消極不表意的自由

言論自由所保障之自由，含積極表意自由及消極不表意的自由。言論自由並非絕對的權利，與其他基本權利一樣，有正當理由者，仍得以法律為必要之限制（憲法第二十三條）。在侵害名譽的事件，法院如依民法第一百九十五條第一項，命加害人以自己之名義，對於受害人道歉，做為回復名譽的方法，則該判決之內容即可能有命加害人為其所不願為之表意的情事。因為一個人基於憲法第十一條

保障之言論自由，有不為表意之自由，引起該回復名譽的方法與言論自由之保障的衝突問題。該問題應考量多樣之防禦方法及賠償方法對於言論自由之附隨限制或衝擊的程度，依比例原則，為適當之利益權衡解決之。

關於消極不表意自由之憲法保障，首見於司法院大法官釋字第五七七號解釋解釋文：「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。商品標示為提供商品客觀資訊之方式，應受言論自由之保障，惟為重大公益目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制⁹。」按關於一定意思、事實認知或情緒，一個人有表意或不表意的自由。消極不表意自由之限制，有言論自由之層次的問題，亦有事實上是否可能之存在面層次的問題。

屬於言論自由之層次問題者，主要關切是否可違背一個人之不表達的意志，強制其為一定內容之表達？這一般的涉及基本權利之限制，應受法律保留及比例原則之適用。

其中關於道歉部分，因如欠缺主觀道歉意思，會使道歉成為不可能（可能性）。此外，以公權力強使一個人為違反其意志之道歉表示，亦違反不表意自由/不道歉自由。正如言論自由，必要時雖非不得加以限制，但仍以課以消極不為表示為限，不得積極課以為一定表示之義務。如規範上有使其為一定表示之必要，其規範手段應藉助於擬制的表示，而非強制人，為一定之表示¹⁰。何況，實務上尚有以較高慰撫金替代強制道歉的可能。捨此不圖，而命強制道歉，在回復名譽之方法的選擇上亦有違比例原則。是故，強制道歉的規定或裁判應論為違反憲法第十一條保障之言論自由。

⁹ 司法院大法官釋字第五七七號解釋所強制表示之內容為客觀的信息，而非受表示之強制者之主觀的意見。因此其強制表意無事實不能的問題。此與強制道歉不同。

¹⁰ 據命為一定意思表示之執行名義，依強制執行程序，命一個人為一定之意思表示，其執行，事實上係以擬制的方法，而非真正強制執行債務人，為一定內容之意思表示。所以，強制執行法第一百三十條規定，「命債務人為一定意思表示之判決確定或其他與確定判決有同一效力之執行名義成立者，視為自其確定或成立時，債務人已為意思表示（第一項）。前項意思表示有待於對待給付者，於債權人已為提存或執行法院就債權人已為對待給付給予證明書時，視為債務人已為意思表示。公證人就債權人已為對待給付予以公證時，亦同（第二項）。」該條兩項規定皆以「視為……債務人已為意思表示」的擬制方法，強制執行「命一個人為一定之意思表示」之確定判決。

四、道歉的概念與強制道歉之可能性

屬於事實上是否可能之存在面層次者，涉及意思表示、意思通知、觀念通知及感情通知等之擬制可能性。其中涉及意思表示（強制執行法第一百三十條第一項）或意思通知者，因權利人所要得到的是一定之法律效力，所以，規範上有可能以法律規定在一定的要件下，擬制義務人已有為一定之表示的方法強制之，以達到規範目的；反之，以個人一定觀念或感情之有無為表意內容者，則不一定能夠透過擬制強制之。蓋內心認識或感情既不能因強制而當然發生，其有無自不能擬制。這涉及事實不能的問題。道歉即具有此種感情通知的特徵。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。因此，名譽被侵害者，得否依民法第一百九十五條，請求加害人以道歉的方法為回復受害人之名譽的適當處分，產生疑問。

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，該判決之執行不但在手段上不存在道歉之實質，而且在目的上對於正常人無受道歉之實質結果，不能達到目的。以不可能之標的為判決之內容，其手段與要達到之目的顯不匹配，不待言論。是故，除非係因受害人之特殊的精神狀況，為安撫受害人而命加害人道歉，不宜判決以強制道歉為回復名譽之適當方法。然在因考量受害人之特殊的精神狀況，而命加害人道歉的情形，其道歉已非道歉，而是一種精神治療的方法。命與受命雙方皆悉，這是假戲真作的道歉。

要之，基於回復名譽請求權所提出之請求，應以回復名譽所必要者為度。不得超出該限度請求，強制加害人為一定之表示：登報道歉。勉強為之，違反比例原則。蓋一方面強制道歉剝奪基於言論自由之不為表意之自由，另一方面登報啟事固有澄清事實以回復名譽的作用，而強制道歉的功能則重在安撫受害人的精神創傷，而不在於回復名譽。不具道歉意思之道歉的表示，不成其為道歉，不能強制執行。

柒、法律違憲或判決違憲

民法第一百九十五條第一項末關於回復名譽之適當處分的效力規定，屬於衡平規定。其適用，由法院在具體判決中權衡個案具體情形認定之。鑑於侵害名譽之情節及當事人雙方之身分與經濟情形都可能有相當的差異，所以其受害情形及需要之有效的回復名譽方法亦難以一概而論，必須針對個別情況釐定，始能切合實際。換言之，法院適用該效力規定，衡平裁量所做之處分可能不違反憲法第二十三條所定之比例原則，也可能違反。是故，尚不能因為該效力規定沒有明文將可能違反比例原則之態樣，以窮盡負面表列的方式排除在法院得為裁量的處分之外，而將該規定宣告為違憲。有疑問者為：法院具體化之回復名譽的具體處分，如因違反比例原則而不適當時，是否得依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款，以該判決所持見解有牴觸憲法之疑義，聲請解釋憲法？

捌、關於聲請解釋憲法的要件

一、確定終局裁判所適用之法律有牴觸憲法之疑義

人民、法人或政黨聲請解釋憲法，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款應符合下述要件：「二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」

民法第一百九十五條第一項關於受害人「得請求回復名譽之適當處分」的規定，係屬立法機關就回復名譽的方法，對於法院賦予裁量權的規定。其規定內容之本身並不因其使用「適當」之不確定的評價性概念而當然違憲。蓋回復名譽之方法具有多樣性，立法機關在立法時，就禁止之回復名譽的方法，不一定可能即為窮盡之負面表列方面的規定。是故，在實務上有讓諸法院逐案逐步具體化的必要。在法院之具體化過程中，如有課以不適當之回復處分的判決，這首先涉及判決違背法令，而非法律違憲的問題。當其違背法令的結果侵害憲法保護之基本權利，才進一步引起判決違憲的情事。問題是：在這種情形如不能將確定終局裁判所適用之法律宣告為違憲，則依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款，必須其適用之命令發生有牴觸憲法之疑義時，始得依該款規定聲請解釋憲法。

二、所適用之命令或判決先例有牴觸憲法之疑義

依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款，除確定終局裁判所適用之法律發生有牴觸憲法之疑義得聲請解釋憲法外，所適用之命令發生有牴觸憲法之疑義者，亦得聲請解釋憲法。

在該規定的基礎上，司法院大法官會議釋字第一五四號解釋引入相當於命令之規範的觀點，認為最高法院及行政法院判例如有違憲情形，應有司法院大法官會議法第四條第一項第二款（按：為修正後之司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款）之適用¹¹。司法院大法官釋字第二三八號等號解釋將最高法院民、刑庭總會決議、第六二〇號解釋之解釋理由書將經法官於裁判上援用之最高行政法院關於適用法律見解之決議包括進來¹²。司法院大法官釋字第三九五號解釋之解釋理由書並認為，依釋字第一五四號解釋之意旨，公務員懲戒委員會依其處務規程第七十八條，設立『案例編輯委員會』，選輯之『案例』與最高法院或行政法院之判例或決議相當，既經公務員懲戒委員會援引其案號或其具體內容為審議之依據，亦有司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之適用¹³。另行政函釋「經

¹¹ 司法院大法官會議釋字第一五四號解釋「按司法院大法官會議法第四條第一項第二款（按：為修正後之司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款）關於確定終局裁判所適用之『法律或命令』，乃指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令或相當於法律或命令者而言。依法院組織法第二十五條規定：『最高法院各庭審理案件，關於法律上之見解，與本庭或他庭判決先例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。』及行政法院處務規程第二十四條規定：『各庭審理案件關於法律上之見解，與以前判例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。』（現行條次為第三十八條第一項）足見最高法院及行政法院判例，在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第四條第一項第二款之適用，始足以維護人民之權利，合先說明。」

¹² 司法院大法官釋字第六二〇號解釋，解釋理由書「最高行政法院在具體個案之外，表示其適用法律見解之決議，原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，雖不能與判例等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（行政法院組織法第三十條及最高行政法院處務規程第二十八條），又為代表最高行政法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相當，許人民依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請本院解釋，業經本院釋字第三七四號解釋闡釋有案，合先說明。」

¹³ 司法院大法官釋字第三九五號解釋理由書「司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款

法官於確定終局裁判所引用者，即屬前開法條所指之命令，得為違憲審查之對象，迭經本院著有解釋在案（釋字第二一六號解釋）」（司法院大法官釋字第三七四號解釋理由書）¹⁴。釋字第三七四號解釋並再重申：司法機關在具體個案之外，表示其適用法律之見解的判例及決議，如經法官於裁判上援用時，應認與命令相當，容許人民依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請司法院解釋。

歸納司法院大法官上述釋憲案中之解釋，可謂不論是司法機關或行政機關所做之有權的司法解釋或行政解釋，只要經法官於確定終局裁判所引用，即屬前開法條所指之命令，得為違憲審查之對象。惟一件司法解釋或行政解釋所持見解即使一再為法院確定終局裁判所引用，但只要法院在判決中不引用持該見解之司法解釋或行政解釋的文號，這些確定終局裁判所依據之見解，即便已是終審法院一貫所持的見解，人民亦不得依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請司法院解釋。這顯示現行裁判實務不要求法院引用判決先例的成規值得

所稱：『確定終局裁判所適用之法律或命令』，乃指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令或相當於法律或命令者而言，業經本院釋字第一五四號解釋理由書釋示在案。公務員懲戒委員會依其處務規程第七十八條，設立『案例編輯委員會』，負責案例之編輯，就審議之案件，擇其案情或法律見解足以為例者，選輯為案例，作為案件審議之重要參考。其所選輯之『案例』與最高法院或行政法院之判例或決議相當，既經公務員懲戒委員會援引其案號或其具體內容為審議之依據，依本院釋字第一五四號解釋之意旨，仍有首開規定之適用，合先說明。」

¹⁴ 司法院大法官釋字第三七四號解釋理由書「司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。其中所稱命令，並不以形式意義之命令或使用法定名稱（如中央法規標準法第三條之規定）者為限，凡中央或地方機關依其職權所發布之規章或對法規適用所表示之見解（如主管機關就法規所為之函釋），雖對於獨立審判之法官並無法律上之拘束力，若經法官於確定終局裁判所引用者，即屬前開法條所指之命令，得為違憲審查之對象，迭經本院著有解釋在案（釋字第二一六號、第二三八號、第三三六號等號解釋）。至於司法機關在具體個案之外，表示其適用法律之見解者，依現行制度有判例及決議二種。判例經人民指摘違憲者，視同命令予以審查，已行之有年（參照釋字第一五四號、第一七七號、第一八五號、第二四三號、第二七一號、第三六八號及第三七二號等解釋），最高法院之決議原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（法院組織法第七十八條及最高法院處務規程第三十二條），又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相當，許人民依首開法律之規定，聲請本院解釋，合先說明。」

檢討。蓋這一方面在終審法院的層次，阻礙司法見解之統一；另一方面又在人民對於確定終局裁判所適用之司法裁判上的一貫見解，發生有牴觸憲法之疑義時，剝奪其聲請解釋憲法的權利。

另值得注意者是：一個法律規定或條文之文義所及的範圍，如部分有解釋為合憲，部分有解釋為違憲之可能時，該法律規定或條文是否由於未就其可解釋為違憲的部分明文以例外規定加以排除，而可認定其部分違憲？此為欠缺例外規定是否導致原則規定違憲的問題。

三、欠缺例外規定之原則規定是否違憲

關於請求權內容及範圍的問題，有民法第一百九十五條第一項末規定「得請求回復名譽之適當處分」。此為關於回復名譽之方法的原則性或一般性規定。法院依該規定，為具體之回復名譽處分的判決時，如所判決之回復名譽處分的內容，違反比例原則而不適當或可認為侵害妨害他人名譽者之基本權利時，該規定是否在此限度內違憲，或只是依該規定所做成之判決違憲？

鑑於立法機關在立法上不能避免引用不確定的評價性概念做為構成要件或法律效力的規定內容，以一方面避免就規範對象掛一漏萬，另一方面避免使法律效力趨於僵化，俾執行機關或裁判機關得按個案之具體情況，為妥當之衡平裁量或裁判。所以，不宜因為立法機關引用不確定的評價性概念做為構成要件或法律效力的規定內容，便認為該法律條文或規定當然違憲。關於此種規定，司法實務認為，應在其具體適用情形，就表現其適用所持的見解的行政函釋、司法判例、決議，審查其是否違憲。

依該見解，在上述情形，侵害名譽者如要就其所受不利判決聲請解釋憲法，由於民法第一百九十五條第一項之效力規定並非當然違憲，實務上可能認為必須其終局確定判決適用之司法判決先例、判例、決議或行政函釋有違憲情事，始滿足司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定之程序要件。是故，一個判決中所持法律見解必須曾為他確定判決所採，並為本件判決所援用，才符合該程序要件。於是，引起三個問題：（1）何謂適用？是否限於明白引用相關文號之形式上的適用？是否包含不引用相關文號，而只引用其內容或意旨之實質上的適

用。(2)對於所持法律見解，第一次在確定判決發生實質違憲的判決，或雖非第一次，但不引用相關司法判決先例、決議或行政函釋之文號及其內容而為判決時，要對此種判決聲請解釋憲法時，可能遭遇不備上述程序要件的質疑。(3)原審(高等法院)判決中有明白引用司法判決先例、決議或行政函釋之文號及其內容而為判決，而其確定判決未引用該司法判決先例、決議或行政函釋之文號，但顯然持與原審判決之內容相同之見解者，依民事訴訟法第四百四十九條是否可認為該確定判決已引用其前審法院所引用之司法判決先例、決議或行政函釋。從而在所引用之司法判決先例、決議或行政函釋有牴觸憲法之疑義時，人民、法人或政黨得以其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害為理由，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款聲請解釋憲法？

民事訴訟法第四百四十九條規定，「第二審法院認上訴為無理由者，應為駁回之判決(第一項)。原判決依其理由雖屬不當，而依其他理由認為正當者，應以上訴為無理由(第二項)。」該條規定，依同法第四百八十一條，於第三審程序準用之。依上述規定之意旨，倘最高法院認為其維持原審判決，另有不同於原審法院之理由，應在判決中明白予以指明。否則，即應認為最高法院採與原審法院相同之理由。在最高法院維持原審判決，而未敘明其判決係依其他理由始認為正當者，應認為該確定判決已引用其前審法院所引用之司法判決先例、決議或行政函釋。然因同法第四百七十五條規定，「第三審法院應於上訴聲明之範圍內，依上訴理由調查之。但法院應依職權調查之事項，或有統一法令見解之必要者，不在此限。」所以，最高法院就前審判決理由之實質引用的認定，自以最高法院依同法第四百七十五條應為調查之範圍所涉之前審判決理由為限。

法律規定之規範對象，經具體化的結果產生之數種態樣中，經認定有部分違憲，有部分不違憲時，應就具體態樣，認定其構成違憲，而不宣告其抽象規定違憲。法律規定之規範對象，經解釋的結果認為有為合憲解釋之可能者，應在合憲之解釋範圍內，認定該規定合憲。上述情形，最後都只能以關於其適用之行政解釋或司法解釋構成之命令有牴觸憲法的疑義，聲請解釋憲法。

四、判例之引用

肯認得判決以道歉爲民法第一百九十五條所定回復名譽之適當處分的判例有二：最高法院六十二年度臺上字第二八〇六號民事判例「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。」最高法院五十一年度臺上字第二二三號民事判例「被上訴人請求登報道歉以求回復名譽一節，原審酌核情形，認有必要，判予准許其請求於法尙無違背。」該二判例雖未爲最高法院九十三年度臺上字第八五一號判決明白以明示文號的方式予以引用。但對其前審判決以明示文號的方式予以引用，除未加以質疑外，在實質上採相同的見解：「原審本其裁量權酌定回復被上訴人名譽之適當處分，命上訴人連帶於中國時報、聯合報、自由時報、工商時報刊登道歉聲明及原判決主文暨理由，經核於法並無違誤。」故可謂已實質引用該二判例。

玖、回復名譽之適當處分的憲法限界

一、程序要件

民法第一百九十五條第一項後段授予法院以裁量權，使法院得因受害人之請求，針對不同案件之具體情況，爲回復名譽之適當處分的判決。在效力規定上，這並無當然違憲的情事。至於法院依據該規定，在具體案件或類型裁量後，判決之回復名譽的處分，如有違反前開意旨的情形，應循上訴或再審程序尋求司法救濟。必須是法院就此種案件之處理，已形成判例或做成決議，對於將來之裁判有一般拘束力的情形，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款，始得以確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義爲理由，聲請解釋憲法。經判決引用之判例或決議視爲該款所定之命令。雖有判例或決議，而終局確定判決並未明白引用各該判例或決議之文號，而僅實質引用其內容者，應論爲已引用該判例或決議，以防止法院就其裁判，規避違憲審查。至於僅有判決先例，而尙無判例或決議者，是否得以法院已有二次以上之判決爲理由，准許人民依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款，以該等判決意旨所持意見發生有牴觸憲法之疑義爲理由，聲請解釋憲法，這值得立法機關將來在司法院大法官審理案件

法第五條第一項第二款的修正上，予以檢討。目前依該款規定，其聲請解釋憲法之受理，尚有程序要件上的障礙。

二、實體要件

按法律手段除必須有其必要之規範基礎外，還必須在事實上具有一定之作用機制，才能夠產生預期之規範機能。

民法第十八條規定，「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之（第一項）。前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金（第二項）。」第一項規定者為侵害之除去或防止請求權。第二項規定者為損害賠償請求權。

就名譽之侵害，上述規定之請求權中，與侵害之除去或防止有關者，應指具有澄清作用的方法。其與損害賠償請求權有關者，應指賠償財產上及精神上損害的方法。

按為損害之賠償，必須先將所受損害量化。這在財產上損害是無論如何必須充分的構成要件。至於在精神上損害，其損害之證明及量化皆有一定的困難，這是有些立法例所以肯認懲罰性賠償的道理¹⁵。蓋懲罰以公權力為基礎，予以科處。

¹⁵ 現行法有少數明文規定，被害人得請求懲罰性賠償金。惟依這些法律，得請求之懲罰性賠償金是否僅適用於財產上損害，或及於精神上損害，並無明文。實務上有判決據之只可請求賠償財產上損害。其結果，得請求之懲罰性賠償金的計算基礎亦限於財產上損害，例如最高法院九十七年度臺上字第2443號民事判決「按消保法第五十一規定，係以企業經營者提供之商品或服務，與消費者之損害之間，具有相當因果關係為要件，且其損害係屬財產上之損害，並不包含非財產上之損害。是倘上訴人所受之損害係非財產上之損害，自不得適用該條規定請求……賠償懲罰性賠償金。」因為在規定上使用與消費者保護法第五十一條相近之語法，而可認為實務上可能會採相同見解者，例如健康食品管理法第二十九條、證券投資信託及顧問法第九條第一項。有些因使用之語法略有不同，而在實務上有可能認為及於非財產上損害，例如千禧年資訊年序爭議處理法第四條規定，「資訊年序錯置依其他法律或契約規定所得請求之懲罰性賠償金，不得逾損害額之一倍。但因事業之故意行為或因侵害生命、身體或健康所生者，不在此限。」該條但書既特別明文規定以人格權之損害為要件，則依該規定得請求賠償之損害自有可能及於非財產上損害。不過，因該但書未像民法第一百九十五條第一項明文規定，「被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」所以，依該規定，是否得請求非財產上損害及其懲罰性賠償金，仍非無疑問。然因依該但書規定，得請求之懲罰性賠償金的倍數並無限制，實務上

在懲罰額度之裁量，受害人之實際損害固為其考慮因素之一，但懲罰額度不需與精神上損害的數量有量上之正比關係。因之，可避開精神上損害之證明及量化的難題。與慰撫金一樣，回復名譽之適當處分的意義應在於安撫受害人的精神創傷。是故，具體裁量結果之回復名譽的適當處分，應從其安撫受害人之精神創傷的實際作用判斷其必要性及妥當性。

名譽受侵害者，依民法第一百九十五條第一項後段，受害人「得請求回復名譽之適當處分。」在個案之適當處分的內容應當為何，始能回復名譽，屬於法院之裁量權。該裁量權之行使除受上級審之司法審查外，其終局確定判決中之具體裁量結果，命加害人對於受害人登報道歉者，是否得以其違反比例原則或侵害受憲法保障之言論自由為理由，聲請司法院大法官為違憲審查？

按登報的作用在於除去侵害，道歉的作用在於安撫受害人之榮譽感情，降低受害人因名譽受損而可能遭受之精神上損害。這皆有其防止損害擴散、回復名譽或填補損害的作用。惟其中，登報部分仍應以防止損害擴散、回復名譽，除去損害所必要者為限；道歉部分應以事實上可能，及倫理上妥當為度。

關於登報部分，法院具體裁量後所命應登報之數量（報紙家數、版次、篇幅、次數），超出防止損害擴散、回復名譽，除去損害所必要之範圍者，其裁量即違反憲法第二十三條規定之比例原則。惟尚難因此認為，登報之方法在抽象的層次，已涉及方法當然違憲。

關於道歉部分，有事實上可能及倫理上妥當的問題。所謂道歉之事實上可能，指道歉係一種觀念通知，加害人如無認錯及道歉之意思，以判決強制其為道歉之表示，並不能獲得道歉之實質。所謂倫理上妥當，指其應不違反加害人受憲法保障之言論自由，亦即應不侵害其不表意之自由。言論自由或不表意自由雖非絕對，只要不違反比例原則，仍得加以限制，但其限制的內容或程度，涉及強制加害人為一定內容之積極表示者，仍應限於以擬制的方式為之，不得在事實上強制其違反自己之意思，以自己之名義，為一定內容之表示。意圖本諸公權力，在事實面強制以假為真，屬於事實不能（自然不能），強求無益。基於上述認識，法院依民法第一百九十五條第一項後段，違反加害人之意志，判令其公開道歉的裁量，

可能使之成為賠償非財產上損害及其懲罰性賠償金之隱藏的規範基礎。可惜因該項但書僅針對千禧年資訊年序爭議發生之損害賠償事件而為規定，在制度的發展上意義不大。

違反憲法第十一條保障之言論自由，應已逾越民法第一百九十五條第一項後段授予法院之裁量權。

此外，為安撫受害人因名譽受侵害而受到之精神上損害，在人格權之損害賠償方法中，該條第一項尚規定有精神上損害賠償的項目。在具體案件，視情形提高精神上損害的慰撫金金額，一定的程度當還能夠替代道歉的回復手段。捨此不為，而直接訴諸於強制道歉，其裁量權之行使及結果自有違反憲法第二十三條規定之比例原則的疑義。

三、關於登報道歉之判決的釋憲解釋

就法院依民法第一百九十五條第一項後段規定，判令被告登報道歉是否違背憲法第二十三條比例原則，牴觸憲法對不表意自由之保障，司法院大法官釋字第656號解釋：「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。」

拾、結論與建議

一、結論

名譽為人格權之一種。在其受侵害時，受害人除得依民法第十八條第一項請求除去或防止侵害其人格權外，並得依民法第一百九十五條第一項，請求非財產上損害之賠償及判令加害人為回復受害人名譽之適當處分。由於名譽受侵害之損害在數量上證明不易，回復名譽的方法難以周全，所以，如何透過民法第一百九十五條第一項所定回復受害人名譽之適當處分給予救濟，便顯得特別重要。基於以上理解，要在民法第一百九十五條第一項的層次，將其後段透過「回復名譽之適當處分」的要件，賦予法院在個案之裁量權的規定，論為違憲，並不妥當。

司法實務上依該規定判決之回復處分，其引起爭議者為：登報道歉。關於登

報部分，其爭議主要存在於命令刊登之報刊究竟過多或是不足？有無因過多或不足而違反比例原則的情事？如有，其司法救濟途徑除上訴外，是否含向司法院大法官聲請解釋憲法，審查其確定判決是否違憲？這涉及裁量權之濫用問題。其司法救濟原則上應止於上訴與再審。司法院大法官並不適合擔任第四審的工作。關於強制道歉部分，因違反言論自由中之不表意自由，且事實上不能強制一個人道歉，所以，道歉之強制除有特殊理由必須假戲真做外，有一般論為當然違法的可能。從而因有是否抵觸憲法之疑義，而可聲請司法院大法官解釋憲法。

此外，一個侵害名譽之事件所以造成嚴重的損害，除原始加害人散布足以侵害名譽之信息外，各大眾傳播媒體之爭相援引報導亦是導致損害擴大之重要因素。因此，至少應讓援引報導者同負澄清的責任，以提高澄清之補救措施的效果，並避免因原始加害人無財力刊登澄清廣告，以致在除去侵害這部分難以快速產生效果。必須讓援引報導者共同負責除去侵害尚有因果關係上的理由。蓋如果各媒體不爭相報導，一個侵害名譽之事件能夠引起之非財產上的損害及名譽的扭曲，便比較有限。而對於這些因其他媒體之援引報導而擴大之宣染或損害，原始加害人很可以主張與其加害行為並無因果關係。暫且不深論援引報導者之賠償責任，至少其不以故意或過失為要件之除去侵害的澄清義務，應不可免¹⁶。

二、建議

由於民法第一百九十五條第一項之解釋或具體化有極為分歧之解釋上的困難，上述問題要靠司法實務獲得圓滿解決，一時自屬不易。所以，如果能夠透過修法，規範可能自該項具體化下來之回復名義的適當處分，應是比較經濟有效的

¹⁶ 按意圖散布於眾而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事而構成之誹謗罪（刑法第三百十條參照）的侵害態樣，在其傳述行為停止前，屬於繼續犯。在侵權行為上亦屬於繼續性之侵權行為。在此種侵權行為，他人能夠在其繼續中，參加為共同侵權行為人。這特別是在司法院六十六年例變字第 1 號變更判例，肯認過失共同侵權行為後更有此可能：「民事上之共同侵權行為，（狹義的共同侵權行為即共同加害行為，下同）與刑事上之共同正犯，其構成要件並不完全相同，共同侵權行為人間不以有意思聯絡為必要，數人因過失不法侵害他人之權利，苟各行為人之過失行為均為其所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為。」依該判例，大眾傳播媒體轉述他媒體構成誹謗之報導者，應負過失共同侵權行為責任。

方法。爰建議增定民法第一百九十五條之一如下：

新增條文草案	理由
<p>民法第一百九十五條之一</p> <p>法院得依前條第一項規定，命原始侵害他人名譽者，在適當媒體；命援引報導該侵害他人名譽之信息者，在其援引報導之媒體，按法院指定之內容、次數、篇幅、時段及時間長度，刊登或廣播澄清啓事，以回復受害人之名譽。其不依判決所命刊登或廣播澄清啓事者，法院並得按刊登或廣播澄清啓事所需之費用三倍以下，酌增慰撫金之數額，以補償受害人之精神損害。</p> <p>法院依前條第一項規定判令加害他人名譽者，對於受害人道歉時，該道歉之確定判決不得強制執行。加害人拒絕依該判決對受害人道歉者，法院得依受害人之請求，按刊登道歉啓事所需之費用三倍以下，酌增慰撫金之數額，以補償受害人之精神損害。</p>	<p>一、為回復受害人之名譽，法院得判決命原始侵害他人名譽者及援引報導之媒體，刊登或廣播澄清啓事，以除去侵害。其不依判決刊登或廣播澄清啓事者，法院得按刊登或廣播澄清啓事所需之費用三倍以下，酌增慰撫金之數額，以補償受害人之精神損害。</p> <p>二、依情加害人固應向受害人道歉。但因強制加害人道歉違反其不表意之自由，所以，除受害人之精神狀況因名譽侵害事件而有特殊情形外，不得為之。</p> <p>三、道歉之作用在於安撫受害人降低其精神上的損害。是故，如果加害人不願意道歉，則應以慰撫金之賠償，替代的減少受害人之精神上的損害。為鼓勵其為文明的道歉，其如不願為道歉，應按其刊登道歉廣告所需之費用酌定一定倍數的慰撫金，賠償受害人。</p>