

民法上的赔礼道歉责任 及其强制执行

葛云松^{*}

内容提要：赔礼道歉可以缓解受害人的精神痛苦，具有填补损害的功能，可以达到抚慰金所不能实现的效果，也符合普通民众的公平感，作为侵权责任的一种形式具有积极意义。但对赔礼道歉的间接强制执行违反了比例原则，构成违宪。公布判决书并不能获得与被告道歉相当的效果，并非一种适当的替代执行方式。由原告或者法院以被告名义草拟道歉启事并予以公布的观点也不妥当。而以受害人发表谴责声明而由被告负担其费用的方式替代执行，则不失为一种妥当的方式。如果受害人不选择以该方式强制执行，则可以请求被告支付一定的金额，其数额应由法院在判决书中确定。

关键词：赔礼道歉 强制执行 谴责声明 替代执行 赔偿执行

侵权责任法将赔礼道歉规定为侵权责任的一种，这是对民法通则以及一些民事特别法规定的延续。赔礼道歉的性质、目的、内容、如何判决、如何强制执行等，涉及诸多的价值判断问题，需要综合考虑侵权人和受害人两方面人格尊严的保护以及平衡。它不仅是一个民法问题，而且涉及在宪法、民事强制执行法上的复杂考量。本文着重就赔礼道歉作为一种侵权责任的意義及其强制执行问题进行分析，既涉及解释论，也涉及立法论。

一、民法中的赔礼道歉责任：现状与学说

（一）法律、学说和司法实践中的赔礼道歉

现行法上赔礼道歉责任的历史，可以追溯到民国时期解放区的司法实践。在制定民法通则时，为了吸取我国“文革”期间严重侵害人格权的教训，也是作为我国处理民事纠纷的传统经验的总结，民法通则第134条第1款第10项将“赔礼道歉”规定为民事责任的一种。^{〔1〕}2009年制定的侵权责任法延续了该规定，将赔礼道歉列为侵权责任的一种形式（第15条第1款第7项）。现行法中明确规定发生赔礼道歉责任的，主要有民法通则第120条（侵害姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权）、消费者权益保护法第43条、第25条（侵害消费者的人格尊严或者人身自由）、著

^{*} 北京大学法学院教授。

〔1〕 魏振瀛：《论请求权的性质与体系——未来我国民法典中的请求权》，《中外法学》2003年第4期。

著作权法第47条、第48条（侵害著作权和邻接权）。此外还有一些司法解释涉及赔礼道歉问题（见下文）。

学说上一般认为，赔礼道歉责任适用于侵害各种人格权益的情形，而不适用于侵害财产权益的情形。^{〔2〕}在司法实践中，法院通常也持该立场。^{〔3〕}法院在侵害名誉权案件中判决赔礼道歉最为常见。在姓名权、肖像权、隐私权等精神性人格权受侵害的案件中也会判决赔礼道歉。侵害身体权、健康权的，有的法院会判决赔礼道歉。^{〔4〕}此外，即便没有侵害法律规定的某种特别人格权，当法院认为被告侵害了人格尊严或者其他可以被归入理论上“一般人格权”之下的利益时，也可能会判决赔礼道歉。^{〔5〕}最高人民法院的法官也持比较宽泛的观点。^{〔6〕}

在知识产权领域，就著作权而言，法院一般仅在侵害著作人身权时判决赔礼道歉，而在侵害著作财产权时则会驳回原告的这一请求。^{〔7〕}对于专利权和商标权，法院一般认为它们仅为财产权，因此不适用赔礼道歉责任。^{〔8〕}

在适用赔礼道歉责任时，法院不会指定道歉的具体内容，但是会指定道歉的方式。主要有以下方式：（1）被告应向原告口头道歉。^{〔9〕}（2）被告应向原告在特定的人士面前或者在特定场合下口头道歉。^{〔10〕}（3）被告应向原告书面道歉。^{〔11〕}（4）被告应在特定的媒体上、在特定的时段内刊登对原告的道歉声明，其内容须经法院审查。很多法院还会在判决主文中直接说明，如果被告逾期不履行，法院将在特定媒体上刊登判决书的主要内容，其费用由被告负担。^{〔12〕}

在判决赔礼道歉后，如果被告没有道歉，或者道歉的方式或内容不被原告认可，原告就可能申请强制执行。执行法院会尽量以各种方式促使被告主动履行。比如，在媒体广泛关注的徐大雯（谢晋先生的遗孀）诉宋祖德、刘信达名誉权案中，原告申请强制执行后，在法院的督促下，被告连续十天在四家门户网站和数家报纸上刊登了道歉声明。^{〔13〕}

假如被告在强制执行程序中仍然拒绝履行，法院如何执行？

《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》（以下简称“名誉权解答”）第11条作出了如下解答：“问：侵权人不执行生效判决，不为对方恢复名誉、消除影响、赔礼道歉的，应如何处理？答：侵权人拒不执行生效判决，不为对方恢复名誉、消除影响的，人民法院可以采取公告、登报等方式，将判决的主要内容及有关情况公布于众，费用由被执行人负担，并可依照民

〔2〕 参见王利明：《侵权责任法研究》上卷，中国人民大学出版社2010年版，第648页；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2010年版，第678页。

〔3〕 财产权受到侵害的原告有时也会要求赔礼道歉，但是通常被法院以没有法律依据为由而驳回。但是也有个别法院在侵害物权的案件中判决赔礼道歉，例如崔梅娥与杨伦等财产损害赔偿纠纷上诉案。检索自“北大法宝”中国法律检索系统（<http://vip.chinalawinfo.com>）。下文引用案例如未特别注明出处，也检索自该系统。

〔4〕 例如任某某等与南阳市财政局等身体权、健康权纠纷再审案。

〔5〕 例如成莫愁、李伟德诉上海安吉尔饮用水销售中心赔偿纠纷案，载乔宪志主编：《上海法院案例精选》（2001年），上海人民出版社2002年版，第110页。

〔6〕 参见奚晓明主编：《最高人民法院法官阐释侵权法疑难问题》，中国法制出版社2010年版，第61页。

〔7〕 例如王玉芳等诉长城出版社等侵犯著作权纠纷案。

〔8〕 参见《最高人民法院民三庭庭长蒋志培在全国法院专利审判工作座谈会上的总结讲话（2003年10月29日）》，<http://vip.chinalawinfo.com/NewLaw2002/SLC/SLC.asp?Db=chl&Gid=109383>，2010年12月5日访问。

〔9〕 例如中国工商银行股份有限公司新疆维吾尔自治区分行营业部与黄燕等姓名权纠纷上诉案。

〔10〕 在一起侵害名誉权的案件中，原告离职时雇主（被告）搜查了原告的手包，法院判决被告应当在分公司员工大会上向原告赔礼道歉。参见《擅自搜查他人手包，公司开大会向当事人公开道歉》，<http://bjgy.chinacourt.org/public/detail.php?id=664>，2010年12月10日访问。

〔11〕 例如新疆兴旺外运运输有限公司与张军等名誉权纠纷上诉案。

〔12〕 例如引起媒体广泛关注的庄羽与郭敬明等侵犯著作权纠纷案。

〔13〕 参见《宋祖德连续十天刊登道歉声明，欲求谢晋遗孀谅解》，<http://www.chinanews.com.cn/yl/yl-mxzz/news/2010/06-21/2352592.shtml>，2010年12月14日访问。

事诉讼法第一百零二条第六项的规定处理。”尽管该司法解释仅针对名誉权，但法院常将其适用范围扩及于各种人格权益受侵害时的赔礼道歉，而且如上所述，常常直接在判决主文中写明。

该司法解释并没有全面回答自己所提出的问题：问题是侵权人不执行三种责任该怎么办，回答却仅针对恢复名誉、消除影响。似乎可以认为，该司法解释的意思是，恢复名誉、消除影响的责任可以通过法院对判决书内容公告、登报的方式替代执行，但是对于赔礼道歉，却没有好的替代执行方式，只能将其视为民事诉讼法第106条第6项所规定的拒不履行法院生效判决的行为，而由法院处以拘留、罚款，并可以追究刑事责任，即只能进行间接执行。

但在司法实践中，绝大多数法院采取的方法是将判决书的主要内容予以公布，然后要求被告负担其费用。费用执行完毕就视为对赔礼道歉的判决执行完毕。^[14]除极个别例外，^[15]执行法院通常不对被告采取拘留、罚款的措施或者追究刑事责任。不仅在判决登报道歉时法院会如此执行，在判决要求口头道歉时也可能这样做。^[16]一种非常特殊的做法是，有个别法院以被执行人名义撰写道歉声明，以此来强制执行。在一起侵害名誉权案件的执行中，某法院以被告的名义拟定了一封《道歉函》，以电子邮件的形式向曾经接收侵权邮件的人群发送，并强制要求这封《道歉函》在网络中保留15天。法院则在此期限内定期派出技术人员进行检查。^[17]

（二）关于赔礼道歉责任妥当性的学术争论

关于赔礼道歉责任妥当性的争论，历史上由来已久。罗马法上并无赔礼道歉责任的规则。中世纪之后，欧陆的学说和司法发展出了与赔礼道歉类似的规则，但在19世纪法国和德国的法典化过程中又被放弃。^[18]在美国，主流观点认为，由法院在民事案件中判决被告赔礼道歉违反联邦宪法第一修正案保护的言论自由和良心自由，因此并无该制度。^[19]

从比较法来看，日本民法以及受其影响的韩国民法、民国时期的中国民法以及我国台湾现行民法有赔礼道歉制度。^[20]其适用范围仅限于名誉权受侵害的情形，其性质是恢复名誉的一种具体方法。在日本、韩国和我国台湾地区，均发生了关于赔礼道歉判决的合宪性的宪法诉讼。韩国宪法法院认为其违宪，但是在日本^[21]和我国台湾地区^[22]则认为不违宪。

在我国，近年来有不少学者对于民法上设置赔礼道歉责任提出了质疑，认为不宜以其作为民

[14] 参见王承晔、张文如：《“公开道歉”判决的执行？——不凡帝范梅勒糖果（中国）有限公司申请执行案》，《人民法院报》2006年4月2日。

[15] 参见《被告两年不道歉，法院强制执行》，<http://news.sina.com.cn/c/2007-04-05/035611569995s.shtml>，2010年10月2日访问。在该案中，被告被判令赔礼道歉，经多次催促执行未果后，法院称如若对生效的法律文书不履行，将对其课予最高15天的拘留。

[16] 参见《教授与前妻发短信对骂，法院判相互道歉否则登报》，<http://news.eastday.com/s/20090625/u1a4458483.html>，2010年10月2日访问。

[17] 参见《发电邮侮辱诽谤他人，法院责令其在局域网道歉》，http://news.xinhuanet.com/legal/2006-04/03/content_4377231.htm，2010年10月2日访问。

[18] 参见[美]詹姆斯·戈德雷：《私法的基础》，张家勇译，法律出版社2008年版，第354页以下；Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, pp. 1070-1074, 1090.

[19] Brent T. White, *Say You're Sorry: Court-Ordered Apologies as a Civil Rights Remedy*, 91 Cornell L. Rev. 1261, 1298-1299 (2005-2006).

[20] 日本民法典第733条规定，名誉受侵害的受害人可以请求“恢复名誉的适当处分”。在解释上，这种处分通常是指在报纸上登载“谢罪广告”。参见于敏：《日本侵权行为法》，法律出版社2006年版，第355页。我国台湾民法第195条第1款的规定类似。

[21] 日本的有关宪法诉讼和合宪性考量，参见[日]幾代通：《对侵害名誉者命道歉启事之判决》，庄柏林译，台湾《法学丛刊》第15期；同上引，于敏书，第355页。

[22] 参见《大法官解释释字第656号》，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=656，2010年10月2日访问。

事责任形式。争论的焦点主要集中在赔礼道歉责任的功能及其合宪性或合理性两个方面。

其一,关于赔礼道歉责任的功能。肯定说认为,对受害人来说,赔礼道歉的功能主要体现在使受害人的愤恨得以发泄,并在最大程度上修补其精神创伤,是对精神损害的一种救济。^[23]即使是强制的道歉,仍然具有修复受害人心理的功能。^[24]对侵权人来说,赔礼道歉具有自我补偿和道德恢复功能,为其悔过提供了一个表达的场域。^[25]

但否定说则认为,消除影响、恢复名誉、精神损害赔偿等责任形式完全可以达到弥补受害人精神损害的目的,并无必要设置赔礼道歉责任。^[26]强制的道歉不可能实现心理补偿和道德恢复功能,也不可能使侵权人受到良心上的谴责。^[27]因为赔礼道歉只有在内心愿意的情况下才有实际效果,否则,即便在法院的威慑下勉强道歉,也只是自欺欺人而已,^[28]惟一的效果是对侵害人实施了惩罚,但这种惩罚还不如金钱制裁更有效果,也从根本上违背了赔礼道歉心理补偿的初衷。^[29]

其二,关于强制执行赔礼道歉的合宪性及合理性。否定说基于宪法基本权利及法律与道德的关系,认为强制赔礼道歉违反了作为基本人权的良心自由和表达自由,因为它迫使侵权人违背意愿进行扭曲的表达,是对人的内心世界、道德观念的强制。^[30]它违背了道德主观主义,因为每个人都是自己的道德立法者。^[31]作为反驳,肯定说认为,即使是金钱赔偿,也会在一定程度上限制侵权人的自由。因此,以是否限制自由来评价赔礼道歉是否人道并不恰当。即使赔礼道歉不能真正被强制执行,也不影响其作为民事责任的一种方式。因为我国现行法上并非所有的民事责任都可以强制执行,而赔礼道歉更多是通过民众的认同和自觉遵守来实现的。^[32]

有持否定说的学者从心理学的角度认为,道歉的心理基础是良心,具体讲是自向性的负罪感和他向性的悔恨情感。虽然道歉客观上可以减轻受害人的精神痛苦,但在主观意义上它是一种自爱行为,排解良心上的不安与内疚才是道歉的直接目的,抚慰受害人的精神创伤只是表达歉意的自然结果。^[33]另外,精神痛苦无法准确估算,以何种道歉形式来弥补、弥补到什么程度才适当,都无法确定。^[34]由于赔礼道歉的内容不确定,当事人之间难以履行,法官也难以把握其标准。强制道歉的实际效果可能适得其反。^[35]

除上述两种相反意见外,还有一种比较折中的观点认为,赔礼道歉作为一种民事责任具有积极意义,但是强制赔礼道歉会发生诸多问题。这类学者大体上认同质疑赔礼道歉的观点,但并不主张直接取消该制度,而是建议严格限制其适用范围及条件。比如,付翠英教授建议,判决赔礼道歉必须获得侵权人的同意,并且非经其同意不得采用公开方式,此外,它仅能适用于主观恶性大的案件。^[36]王利明教授也认为判决赔礼道歉应以侵权人自愿以及过错严重为条件。^[37]

[23] 黄忠:《认真对待“赔礼道歉”》,《法律科学》2008年第5期;周中举:《论我国精神损害赔偿责任之完善》,《社会科学研究》2010年第2期。

[24][25] 黄忠:《赔礼道歉的法律化:如何可能以及如何实践》,《法制与社会发展》2009年第2期。

[26] 杜文勇:《认真对待“良心自由”》,《河北法学》2010年第5期。

[27] 付翠英:《论赔礼道歉民事责任方式的适用》,《河北法学》2008年第4期。

[28] 柳经纬:《我国民法典应设立债法总则的几个问题》,《中国法学》2007年第4期。

[29] 前引[26],杜文勇文。

[30] 吴小兵:《赔礼道歉的合理性研究》,《清华法学》2010年第6期。

[31] 周友军:《我国侵权责任形式的反思》,《法学杂志》2009年第3期。

[32] 前引[24],黄忠文。

[33] 王立峰:《民事赔礼道歉的哲学分析》,《判解研究》2005年第2辑,人民法院出版社2005年版,第27页以下。

[34] 前引[26],杜文勇文。

[35] 夏秀渊:《论取消侵权责任法的“赔礼道歉”责任》, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=43065>, 2010年10月15日访问。

[36] 前引[27],付翠英文。

[37] 前引[2],王利明书,第648页。

二、赔礼道歉作为一种侵权责任形式的意义

（一）赔礼道歉的功能

侵权行为致人损害后所产生的侵权责任，目的在于填补损害。所以，赔礼道歉是否应当作为侵害名誉权以及某些其他权利的一种责任形式，要看它是否具有填补损害的功能。

从心理学的角度看，当一个人的人身或者财产被侵犯时，他经常感到羞辱，可能受到多种心理上的折磨，包括焦虑、愤怒以及无力感等。道歉帮助受害人重新获得自我价值的意识以及尊严感，而这二者是人的心理最为基本的方面。对罪责的承认是让人感到羞耻的事情，并且，道歉使受害人处于一种可以决定是否宽恕的地位。即使一个被强迫的道歉，受害人仍然有权决定是否接受道歉。这种受羞辱地位的转换以及主动地位的转换，可以恢复受害人的尊严，进而缓解其心理痛苦。^{〔38〕}另外，道歉的过程常常表现出加害人的自责、羞愧等痛苦的体验，这种痛苦体验不仅被看作诚意的表现，而且，由于受害人在此过程中感到公平，故有助于缓解其心理痛苦。^{〔39〕}

在侵权法所保护的权益之中，有些权益的保护范围并不包含精神利益，比如通常情形下的物权。因此，即便因为物权受侵害而发生精神痛苦，此种痛苦也不能获得相应的法律救济。但是，对于那些保护精神利益的权益，包括各种人格权益，法律承认精神损害赔偿（下文称为“抚慰金”）是一种救济方式，从立法论来看，均可以考虑使加害人承担赔礼道歉责任。^{〔40〕}事实上，赔礼道歉的功能也可以通过与抚慰金的比较来说明。德国和我国台湾的通说认为，抚慰金具有两种功能：填补损害、慰抚受害人的精神痛苦。^{〔41〕}显然赔礼道歉也有这样的功能。

一个可能的疑问是，赔礼道歉责任是否具有惩罚性。的确，对于很多人来说，赔礼道歉令其感到羞辱。但拉伦茨教授指出：抚慰金的出发点是填补损害、慰抚受害人，对加害人的制裁乃是其反射作用而已，并非抚慰金制度的目的。^{〔42〕}同样，赔礼道歉尽管客观上会让加害人感到痛苦，但是这并非该制度的目的，仅是其反射作用而已。加害人因为承担法律责任而有痛苦感受，乃是普遍现象。即使是普通的金钱赔偿，对责任人来说也常常伴随失去财产的心痛和败诉的屈辱。而侵权责任形式的设计，首先考虑的是它能否填补受害人的损害，在此前提下，才会进一步考虑它对责任人的消极影响是否被控制在法律政策允许的范围内。

（二）赔礼道歉与消除影响、恢复名誉的关系

将赔礼道歉规定为一种侵权责任形式，还必须厘清它与消除影响、恢复名誉的关系。

一般认为，消除影响是一种在侵害人格权时所应承担的消除其不良后果的责任；恢复名誉则是采取措施将受害人的名誉恢复如初的责任。王利明教授认为，消除影响、恢复名誉都主要适用于侵害名誉权的情形。^{〔43〕}但也有学者认为消除影响可以适用于名称权等其他人格权受侵害的场合。^{〔44〕}由于赔礼道歉责任的适用范围更广，比如侵害健康权、自由权等情形，在此范围内，不

〔38〕 [美] 阿伦·拉扎尔：《道歉》，王绍祥译，商务印书馆2008年版，第61页。关于中国人的道歉观念的一项研究，参见王怡红：《中国式道歉的沟通方式：请罪、谢罪、赔罪》，《中国传媒报告》2010年第2期。

〔39〕 同上引，拉扎尔书，第72页以下。

〔40〕 关于赔礼道歉的意义，笔者的观点与崔建远教授类似。参见崔建远：《债法总则与中国民法典的制定》，《清华大学学报》2003年第4期。

〔41〕 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》第2册，北京大学出版社2009年版，第184页以下。

〔42〕 同上书，第188页。

〔43〕 前引〔2〕，王利明书，第649页以下。书中说“主要”适用于侵害名誉权，但是未提及任何其他权利，因此似乎可以理解为“仅仅”适用于名誉权。

〔44〕 前引〔2〕，魏振瀛主编书，第679页。

存在消除影响、恢复名誉的问题。但是在“重合”的部分，则有必要分析其相互关系。

在我国台湾，侵权行为的法律后果是（广义的）损害赔偿，包括回复原状和金钱赔偿两种具体方式。我国台湾学说一般认为，侵害名誉权而发生损害赔偿义务时，依其民法第213条，应以回复原状为原则。第195条第1款所规定的“回复名誉之适当处分”，乃是关于侵害名誉权时回复原状的具体方法的注意规定。^{〔45〕}日本民法上的见解也是如此。^{〔46〕}在这种观点之下，赔礼道歉是恢复名誉的一种手段，而恢复名誉是回复原状的一种具体情形。

笔者认为，这一观点在理论上不能成立。名誉权是一种以社会评价（“名誉”）为保护对象的权利。在侵害名誉权而导致受害人的社会评价下降时，如果仅考虑客观的社会评价，那么恢复受害人应有的社会评价的方式，就是消除那些影响了其社会评价的因素。比如，如果加害人散布了虚假事实，回复原状的方法就是澄清事实。具有填补损害效果的并非加害人的道歉行为，而是让真正的事实为人所知并相信。所以，名誉能否得到恢复，与加害人是否表示歉意并无关系。

但是，名誉权的保护范围不仅包括客观的社会评价，还包括一个人基于其社会评价而享有的精神利益。这体现在，在侵害名誉权时，加害人还可能应就受害人的精神损害承担金钱赔偿的责任（抚慰金），以此来抚慰精神痛苦。这种赔偿与社会评价的恢复无关，只和精神痛苦的消除有关。既然名誉权的保护范围也包括精神上的安宁，那么恢复的手段就不仅有金钱赔偿，赔礼道歉在这方面具有重要的意义，其意义甚至超过金钱赔偿。

在司法实践中，特别在侵害名誉权的场合，法院通常不会判决侵权人分别赔礼道歉和消除影响、恢复名誉，而只要求其赔礼道歉，这实际是要求其将消除影响、恢复名誉的内容表达于同一份道歉声明中。的确，在日常生活中，一个道歉行为并非单纯表达歉意，其中通常也包括承认自己做了“错事”。但从侵权责任的角度看，须分辨其性质。真正的（纯粹的）赔礼道歉应仅关涉内心感受的表达，也就是表示后悔、对于对方所受伤害表示歉意以及表达引以为戒的意愿。

既然赔礼道歉的功能是弥补精神损害，判决与否要看其他责任方式对精神损害的影响。法院判决受害人胜诉就可以给他一定的精神抚慰。加害人如果履行了消除影响、恢复名誉的判决，也有精神抚慰作用。因此只有当仍有未获弥补的精神损害时，才能判决赔礼道歉或（和）抚慰金。

以上分析也适用于侵害其他人身权益并应承担消除影响责任的情形。比如，冒用他人姓名发表作品，如果作品的品质低劣，会使读者误以为被冒名者的水平低劣。所以侵权人应当在一定范围内消除影响，还可能承担赔礼道歉的责任。如上所述，一份道歉声明可以同时包含澄清真实作者身份（以达到消除影响的效果）和表示歉意两个内容，但二者的性质并不相同。

（三）民法上对赔礼道歉问题的几种可能的制度安排

赔礼道歉具有填补精神损害的功能，并且具有与消除影响、恢复名誉不同的意义。民法上应如何处理赔礼道歉，有几种可能的模式。

第一，赔礼道歉不作为侵权责任的一种形式（即无论加害人是否主动道歉，法院都不会判决道歉），但如果加害人在侵权后、一审法庭辩论终结前主动道歉，那么作为一个事实问题，法院可据以判定受害人的精神损害已获得全部或者部分的弥补，从而不再判决抚慰金或者减少其数额。

第二，加害人负有赔礼道歉的责任（义务）。假如加害人在一审法庭辩论终结前主动道歉，其性质乃是债务的履行。如果道歉方式适当，可以消灭该债务，法院自然不可也不必再判决道歉。如果道歉已经消除了受害人的全部或者部分精神痛苦，应不再判决抚慰金或者减少其数额。假如加害人拒不道歉，或者道歉方式并不适当，由于赔礼道歉责任的各种特殊性（基于质疑其合

〔45〕 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第221页；王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2009年版，第111页。不同见解，参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第384页。

〔46〕 前引〔20〕，于敏书，第355页。

宪性、合理性的各种理由), 法院只判决较高数额的抚慰金, 而不判决被告赔礼道歉。^[47]

第三, 基本同上, 但是假如加害人在一审法庭辩论终结前拒不道歉, 或者道歉方式并不适当, 仍然认为该债务属于可以强制执行的债务 (尽管不能直接执行, 但是可以用其他方式执行), 法院应当判决赔礼道歉。判决后加害人仍不道歉的, 依法强制执行。

英美法采第一种模式。^[48]在不承认赔礼道歉责任的大陆法系国家, 第一种模式在理论上也是可能的。^[49]而日本和我国台湾地区采第三种模式。^[50]

在我国司法实践中, 如果被告在法庭上赔礼道歉并得到原告认可, 法院会直接接受其结果, 认为赔礼道歉的责任已经承担完毕, 不再判决被告赔礼道歉。^[51]但是法院应当在判决中叙明。^[52]如果被告主动道歉, 而原告仍然坚持要求法院判决赔礼道歉的, 法院可能会斟酌案件事实, 确定被告的道歉是否已经达到了法院认为应达到的效果。如果结论为肯定的, 则不再判决赔礼道歉。^[53]

此外, 如果主动道歉达到了减轻精神痛苦的效果, 法院在确定抚慰金时应考虑酌减其数额。依据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(以下简称“精神损害赔偿司法解释”)第8条和第10条, 赔礼道歉具有消除精神损害的意义, 而“侵权行为所造成的后果”乃是确定抚慰金数额的考虑因素之一。

所以, 从理论言之, 真正发生问题的是, 在加害人未主动道歉的情况下法院应如何判决。其实, 第二种模式在逻辑构成上反而不如第一种模式简洁, 尽管二者的效果基本相同 (只是推理过程不同)。因此, 只有妥当说明加害人未主动道歉时法院应当判决赔礼道歉, 并且有适当的方法强制执行之, 才能最终说明将赔礼道歉作为一种责任形式的合理性。

(四) 法院判决赔礼道歉的意义

从现行法来看, 我国采用了第三种模式。笔者赞同这一模式。

其实, 从可操作性角度考虑, 很容易得出不同的结论。上文提及, 质疑赔礼道歉的一个观点是, 赔礼道歉责任的内容难以确定。的确, 当法院判决口头道歉时, 也许侵权人木讷得很, 除了“对不起”三个字, 什么也说不出来, 受害人并不满意。或者, 侵权人在口头道歉时并不正视对方, 或者面露不屑甚至带着笑容, 不仅没有达到道歉的效果, 反而激起更大的愤怒。此时法院如何应对? 书面道歉自然可以免去这些微妙的判断。但是, 也许被告文化程度很低, 写不出几个字来。此时, 是不是由法院代他写一个道歉书?

从这个角度看, 既然道歉是否“适当”难以判定, 似乎还不如不把这一难题留给执行程序, 而只是在审判中考察被告是否主动道歉及其情节, 以决定抚慰金的数额, 但不判决赔礼道歉。

[47] 从现行法来看, 这种处理是类推适用合同法第110条。该条规定, 债务人不履行非金钱债务的, 假如债务的标的不适于强制履行, 那么债权人不能请求继续履行。根据第107条、第113条, 债权人只能请求赔偿损失。

[48] 在英国和美国, 法院不会判决赔礼道歉, 但侵权人主动道歉的, 陪审团可以根据受害人精神痛苦的减轻情况, 酌情减少金钱赔偿的数额或在决定是否判处惩罚性赔偿金时予以考虑。参见胡雪梅:《英国侵权法》, 中国政法大学出版社2008年版, 第291页以下; Richard A. Epstein, *Torts*, Aspen Law & Business, 1999, pp. 501-503; Daniel W. Shuman, *The Role of Apology in Tort Law*, 83 *Judicature* 180, 188-189 (2000)。

[49] 这要取决于特定国家对精神损害赔偿的计算方法。对此, 各国极不相同。参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》下卷, 焦美华译, 法律出版社2004年版, 第200页以下。在德国法上, 确定抚慰金数额时应当考虑一切可以考虑的因素。参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》, 杜景林、卢谔译, 法律出版社2004年版, 第495页。

[50] 在日本法上, 主动道歉可导致减少精神损害赔偿金。参见前引[21], 幾代通文。我国台湾法上的观点, 参见前引[45], 曾世雄书, 第413页以下, 第387页以下。

[51] 例如韦观与刘建明道路交通事故人身损害赔偿纠纷上诉案。

[52] 参见《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第162条第2款。

[53] 例如侯某某诉印某某名誉权纠纷案。

但是,笔者认为,这种方案并没有真的避免上述问题。在第一、二种模式之下,如果被告主动道歉,法院仍然不得不判定这种道歉在多大程度上产生了抚慰效果,并基于此来决定是否判决抚慰金及其数额。所以,这种可能非常困难的判断工作无论如何难以回避。

另一种可能的质疑是,即便按照笔者下文所主张的替代执行以及赔偿执行的方式执行,原告仍然没有得到被告的赔礼道歉,这一责任还有何意义?

笔者认为,法院判决赔礼道歉本身就具有一定的意义。法律救济能够实现一种表达功能(expressive function),它能够有效地传达社会规范,告诉人们什么行为是可接受的。关于赔礼道歉的判决也有这一功能。^[54]

假如没有赔礼道歉责任,法院就只能借助判决抚慰金来弥补精神损害。基于各种合理的理由,抚慰金的数额不可能非常高。比如,上海法院判决精神损害赔偿一般不会超过5万元。^[55]不难想象,一个加害人可以吹着口哨把钱送到法院,声称自己已经完成了法律的所有要求。相反,如果判决他赔礼道歉,尽管他拒绝道歉时法院的强制执行手段有限,但是毕竟加害人不再可以宣称自己已经履行了判决。并且,依照笔者下文的主张,假如以受害人发表谴责声明、加害人负担费用的方式替代执行,对于一个富人来说其“面子”的损失远远大于区区几万元的抚慰金。

尽管在法律意义上,抚慰金并非受害人精神痛苦的“价格”,但是一般公众常常会有这样的观感。这种朴素的观念虽然不“正确”,但是应当引起法律人的深思。从经济意义来说,加害人或许会将其法律责任视为侵害行为的“成本”。但就受害人的精神痛苦而言,假如这个“成本”的构成仅为金钱(并且数额有限),就可能使受害人以及公众产生人格权益“不值钱”的不平之感。相反,假如法院判决并执行赔礼道歉,则相当于昭示:人格权益是“无价”的。

另外,如果法院不能判决赔礼道歉,那么加害人即便在败诉后愿意主动道歉,也失去了法律意义,所以很可能因此而倾向于不再道歉。而受害人可能更需要一个道歉而不是一笔钱(否则就不会提出该诉讼请求,或者不会申请强制执行),即便道歉发生在判决之后。所以,判决赔礼道歉,给了加害人一个道歉的机会,也给了受害人获得道歉的机会。即使加害人仍然拒不道歉,以笔者下文主张的方式来强制执行,受害人所获得的救济也好于或等于直接判决抚慰金。

还有一个可能的疑问:到一审法院辩论终结之前都拒不道歉的人,真的还会主动道歉吗?至少很难保证它是一个真诚的道歉,从而达不到道歉的效果。但是,社会心理学上的认知失调理论(cognitive dissonance theory)认为,一个人对于认知有一个心理需求,就是保持认识元素之间的和谐一致,否则个体会感到不安并且有动机去调整其认知。^[56]因此,至少从理论上来说,一个一直拒绝道歉的人,在法院判决要求其道歉之后,有可能改变自己的观点。^[57]

即使是不真诚的道歉,对很多受害人来说仍是有意义的。道歉的动机,常常源于加害人因为冒犯他人而产生的愧疚和羞耻感,因此需要主动道歉来恢复自己的尊严感和荣誉感。另外一种动

[54] 前引[19], Brent T. White文,第1278页。

[55] 参见上海市高级人民法院《几类民事案件的处理意见》(沪高法[1999]528号) (“盲目地追求高额赔偿而不加以限制,只会贬低精神损害赔偿的意义,误导人们追求不当利益”)。最高人民法院副院长唐德华也明确指出,抚慰金并不是对精神损害“明码标价”,“盲目攀比、一味求高,只能事与愿违”。参见唐德华主编:《最高人民法院〈关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释〉理解与适用》,人民法院出版社2001年版,第5页。

[56] 参见[美]利昂·费斯汀格:《认知失调理论》,郑全全译,浙江教育出版社1999年版。

[57] 相反,如果一个人没有被要求做一件事情,就不会产生这种认识失调,相应地,也就较少有动机去改变自己的认知。所以,如果法律上不设置赔礼道歉责任,被告主动道歉的可能性会小一些。本文此处的观点参考了前引[19], Brent T. White文,第1287页以下。上文提及的徐大雯诉宋祖德一案中,法院判决宋祖德登报道歉后,他一开始仍然试图敷衍了事,但是后来转变了态度。从其表现来看,似乎还是有诚意的。参见《宋祖德自称“孙子”向谢晋遗孀道歉,补缴15万元现金》,《京华时报》2010年5月25日。

机来自外界的强大压力,即为了避免背负恶名、为人不齿或者为了逃避报复或惩罚而道歉,这是一种“策略性”的道歉。一个人具体的道歉动机可能是上述二者之一,也可能是二者的结合。即便是基于第二种动机的道歉,仍然可以满足受害人的心理需要,并有助于社会的和谐,因此不应贬低其有效性。^[58]其实,即便加害人在诉前或诉讼中主动道歉,也可能是策略性的。对于很多受害人来说,得到一个不真诚的道歉,总比得不到道歉要好一些。^[59]

需要注意的是,法院判决赔礼道歉应以受害人明确提出请求为前提。如果受害人未请求道歉而只请求抚慰金,则表明受害人并不认为道歉有弥补其精神痛苦的作用。此种感受并非罕见,也并非不合理。从加害人的角度看,金钱赔偿并不必然更加困难。因此,法律应尊重原告的选择。如果法院认为精神损害较轻,判决一个小额的抚慰金即可。

三、赔礼道歉责任的强制执行

赔礼道歉责任的强制执行问题不仅涉及强制执行制度适用时的困难,而且是持否定说的学者质疑该制度的合宪性、合理性的焦点。尽管这些学者通常只是笼统地说“强迫”或者“强制”赔礼道歉会产生某种消极的后果,但实际上,法院关于赔礼道歉的实体判决在性质上不过是一种宣告,它本身并不直接具有强制的效果。赔礼道歉的强制性体现在强制执行过程中。可是,对赔礼道歉的强制执行有几种可能的方式,它们对侵权人的“强制”程度有巨大的差别,可能的消极后果也极为不同,不可笼统地加以判断。必须对所有可能的强制执行方式进行细致研究,分析各种不同方式的利弊,只有每一种强制执行方式都弊大于利时,才可以在立法论上否定赔礼道歉责任的妥当性,或者在解释论上得出尽量限制其适用的结论。

在美国,之所以在一般民事案件中判决赔礼道歉有违宪法上的言论自由和良心自由,是因为这种判决在强制执行时唯一可能的方式就是间接执行,即拒不道歉的人会构成藐视法庭罪而须承担刑事责任。在此前提下,笔者理解并赞同美国的一般观点。但是中国的强制执行法主要继受了大陆法的框架,执行方式多样,执行法院的能动性也很强,应当作谨慎的分析后才能得出结论。

霍姆斯大法官的一个非常著名的观点是,尽管法律义务(legal duty)的含义包含了道德的意味,但是从一个“坏人”的角度看,它只是一种对于法院判决的预测:如果他做了法律禁止的事情,他就会被判入狱或者被迫支付一定的金钱。比如,所谓的合同义务不过意味着债务人可以预测到,他如果违约,就不得不以金钱赔偿损失。所以,与其说一个人有义务做某事,不如说他是在做某事和承担法律规定的不做此事的不利结果之间进行选择而已。^[60]

这一观点启示我们,当法院判决被告赔礼道歉时,与其分析被告违心的道歉会让他受到何种心灵的扭曲,不如分析被告拒不道歉时会承受何种后果。如果这种后果合理而容易承受,就完全可以坦然接受它而不必言不由衷地道歉。只有当这种后果过于严峻,以至于一般人宁可选择违心道歉时,赔礼道歉本身的妥当性、违宪性问题才会凸显出来。

在理论上和现行法上,强制执行可分为直接执行、间接执行、替代执行与赔偿执行几种方式。直接执行指依照执行机关的执行行为直接实现私权的内容的执行方式。间接执行,指执行机关不直接以强制力实现权利人的请求权,而是赋予义务人一定的不利益,以迫使其自行履行义务的执行方式。替代执行,指执行机关命第三人代义务人履行义务,其费用由义务人负担的执行方式。赔偿执

[58] 前引 [38], 拉扎尔书, 第 161 页以下。

[59] 前引 [19], Brent T. White 文, 第 1296 页。

[60] [美] 小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《法律的道路》,载 [美] 斯蒂文·J·伯顿:《法律的道路及其影响》,张芝梅、陈绪刚译,北京大学出版社 2005 年版,第 416 页以下。

行,指义务人不履行其义务时,执行机关命义务人赔偿权利人之损害,以代替原定给付的执行方式。^[61]行为和不为行为的请求权的执行,在性质上通常无法采取直接执行的方式,只能考虑间接执行、替代执行等其他执行方式。具体而言,应当考虑债务人的行为是否可替代。如为可替代行为,执行机关采取替代执行的方式;如为不可替代行为,通常仅能以间接执行方法执行。^[62]

对赔礼道歉的强制执行,属于对一定行为的强制执行,因此不可能被直接执行,只能考虑其他执行方式。具体而言有以下几种可能的选择:1. 间接执行。执行法院可以处以罚款、拘留甚至判处刑罚。2. 替代执行。又有三种可能的具体方式。第一种,由执行法院以一定的方式将判决书的主要内容公布,由侵权人承担相应的费用。第二种,执行法院以侵权人的名义草拟道歉声明(或者由受害人草拟、经法院审定),并公布于特定场合或者媒体,其费用由侵权人负担。第三种,执行法院通知受害人草拟一份谴责声明,经法院审定后,公布于特定场合或者媒体,并由侵权人承担相应的费用。这里的第三种替代执行方式是笔者所“独创”,容后详论。3. 赔偿执行。执行法院可以要求侵权人支付一定的赔偿金给受害人,以代替赔礼道歉。

总的来说,有三大类、共五种可能的强制执行方式。

(一) 间接执行方式评析

在我国台湾地区,一般认为,法院如果判决被告当面道歉,则道歉属于不可替代的行为,只能以间接执行的方式加以执行。^[63]在中国大陆,赔礼道歉的间接执行,在现行法之下以民事诉讼法第106条第6项(罚款、拘留的强制措施)^[64]以及刑法第313条(拒不执行判决、裁定罪)为可能的主要依据。“名誉权解答”第11条就侵害名誉权时这些规定的适用直接作出了说明。尽管司法实践中很少采取该种方式,但是并不能因此认为我国没有间接执行问题。如前所述,司法实践中有个别采用间接执行措施的例子,也有法官和学者在理论上主张当面道歉或者在电视节目中道歉的行为具有不可替代性,应采取间接执行的方法。^[65]所以,在理论上有必要就现行法之下可否间接执行作出分析。

在间接执行方式之下,一个不愿意道歉的侵权人不仅可能被罚款,而且可能失去人身自由,侵权人可能会在恐惧之下被迫道歉。相对于替代执行和赔偿执行方式来说,间接执行方式对侵权人的强制程度最高、“威慑”最大。关于赔礼道歉的合宪性问题在间接执行方式之下最为尖锐。

笔者认为,我国宪法第35条保护公民的言论自由,在解释上应当包括不表意的自由。因此,赔礼道歉责任的合宪性问题,可以在言论自由的层面加以考察。宪法第36条保护公民的宗教信仰自由,被法院判定须赔礼道歉的行为,可能与侵权人的宗教信仰有关,强迫赔礼道歉可能违反其宗教信仰,因此也须在此层面加以考察。另外,宪法第38条规定了公民的人格尊严不受侵犯,强迫赔礼道歉是否构成对侵权人人格尊严的侵犯,也是宪法上的问题。^[66]

我国并无正式的违宪审查制度。从理论上说,违宪审查标准可以借鉴源于德国法的比例原

[61] 杨与龄:《强制执行法论》,中国政法大学出版社2002年版,第10页。

[62] 参见董少谋:《民事强制执行法论纲》,厦门大学出版社2009年版,第295页以下。

[63] 参见陈瑞堂:《债务人应向债权人道歉之行为义务之执行》,载杨与龄主编:《强制执行法争议问题研究》,台湾五南图书出版公司1998年版,第411页。

[64] 并参见《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第60条第1、3款。此外,“迟延履行金”也有一定的间接执行的效果。参见民事诉讼法第229条第2句、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(1992年)第295条。其实际效果与罚款类似,因此下文不作特别分析。

[65] 参见赵晋山:《行为请求权强制执行研究》,载最高人民法院执行工作办公室编:《强制执行指导与参考》总第7集,法律出版社2003年版,第275页;孙加瑞:《中国强制执行制度概论》,中国民主法制出版社1999年版,第621页。

[66] 我国宪法并未明文规定良心自由,并且上述宪法权利均部分涉及良心自由的实质内容,因此至少就赔礼道歉问题而言,在我国宪法上无法直接从良心自由的角度加以说明。

则。^[67] 该原则包括三个方面：(1) 妥当性原则（或译为“适合性原则”），即国家的一种措施是可以达到特定目的的手段。(2) 必要性原则，即在所有能够达成特定目的的方式中，必须尽可能选择对于人民的权利侵害最少的方式。(3) 均衡原则（狭义比例原则），即国家的这种措施所欲达成的目的与其对于人民的基本权利的限制之间，并非不成比例，或者说，它虽然是达成目的所必要，但是仍不可以使人民承受过度的负担。这三方面的内容也是检验合宪性的三个阶段。^[68]

第一，间接执行赔礼道歉是为了保护受侵害的人格权益。上文提及，即使是被迫作出的道歉，对于受害人仍然具有减轻精神痛苦的意义。因此，间接执行符合妥当性原则。

第二，间接执行措施的最佳结果，是促使加害人主动道歉，执行措施本身对于受害人来说并无意义。而采取间接执行措施后加害人如果仍然顽固地拒绝道歉，这些措施不可能无限制地重复适用。此时，根据一种重要的观点，只能由执行法院裁定由加害人以金钱方式赔偿损失，然后作为金钱债权执行。实际上是转而使用了赔偿执行的方法。^[69] 笔者认为，法律在抚慰金之外设置赔礼道歉责任，就是认为赔礼道歉可以发挥金钱所不能达成的效果。而笔者所主张的由受害人发表谴责声明、加害人负担其费用的替代执行方式，其效果与加害人主动道歉类似，也就是说，其效果好于金钱赔偿。所以，间接执行的效果比起笔者下文所主张的谴责声明方式的替代执行与赔偿执行相结合的执行方式，显然较差。即使二者是达成立法目的（弥补精神损害）的同等有效的手段，间接执行对加害人基本权利的侵害也更为严重。所以，间接执行方式违反必要性原则。

第三，尽管间接执行方式是达成立法目的的一种有效手段，但是它使加害人的基本权利受到过分严厉的限制，与其所欲达成的保护受害人的尊严的目的相比，不成比例。

上文提及的一种赞成赔礼道歉责任的观点认为，任何法律责任（包括金钱赔偿）都会限制侵权人的自由，因此赔礼道歉责任并无特殊之处。这种观点不妥当，因其未考虑狭义比例原则。

民事诉讼中被判决赔礼道歉的被告，可能基于各种不同的原因而拒绝道歉：(1) 认为法院认定的事实有误，即自己根本没有从事侵权行为。(2) 法院认定的事实虽然正确，但是在法律上并不满足侵权行为的构成要件，因此不应承担侵权责任。(3) 自己虽然应当承担侵权责任，但是其中不应包括赔礼道歉责任。(4) 虽然自己依法应当承担赔礼道歉责任，但是法律本身不公正或者不合理。(5) 虽然对于判决结果无话可说，但是仍然因为特殊原因而不愿意道歉，比如因为义愤而殴打一个为害乡里的人，认为其罪有应得，所以不愿意道歉；更为常见的原因则是觉得道歉让自己感到羞耻。^[70] 以下依次分析。

首先，法院审判的性质决定了其认定的事实可能并非真实。新闻报道揭露了我国近年来多起死刑错案，^[71] 令人痛心疾首。美国也有不少死刑错案。^[72] 死刑案件尚且如此，民事案件中此类

[67] 赞同在中国的宪法理论上借鉴比例原则的观点，参见张翔：《基本权利冲突的规范结构与解决模式》，《法商研究》2006年第4期；聂鑫：《宪法基本权利的法律限制问题——以中国近代制宪史为中心》，《中外法学》2007年第1期。

[68] 参见陈新民：《德国公法基础理论》，山东人民出版社2001年版，第368页以下；汤德宗：《违宪审查基准体系建构初探》，载廖福特主编：《宪法解释之理论与实务》第6辑，台湾新学林出版社2009年版，第13页以下。

[69] 最高人民法院主持起草的《民事强制执行法草案》第一稿的第393条明确承认了这种措施。但是在其后的第二至四稿中，删除了该规定。参见沈德咏主编：《强制执行法起草与论证》第1册，中国法制出版社2002年版，第125页。不过，该观点仍然获得很多法官和学者的赞同。参见江必新主编：《民事执行新制度理解与适用》，人民法院出版社2010年版，第441页；黄金龙：《〈关于人民法院执行工作若干问题的规定〉实用解析》，中国法制出版社2000年版，第192页；董少谋：《民事强制执行法》，中国政法大学出版社2008年版，第283页。

[70] 前引[38]，拉扎尔书，190页以下。

[71] 如聂树斌案，参见《聂树斌案绝处逢生》，<http://news.sohu.com/20071101/n252994975.shtml>，2011年1月8日访问。

[72] 研究显示，1973年以来美国共有126人被错判死刑，并且1900年以来，已经被错误执行死刑的有23人。参见《美国：126名被错判的死刑犯》，<http://www.dffy.com/faxuejieti/xs/200712/20071229203140.htm>，2010年10月4日访问。

“错案”的数量可想而知。比如,《羊城晚报》1998年曾经报道足球裁判陆俊“吹黑哨”,被法院认定构成诽谤,侵害了名誉权,判决其赔礼道歉。^[73]《羊城晚报》履行了法院判决。可是,在最近的足坛“打假扫黑”风暴中,陆俊因为涉嫌受贿已被逮捕。^[74]媒体的报道也许是有依据的,只是由于难以举证而败诉。这类案件意味着即使被告明知什么是真相,也不得不承认一个“假相”为真并因此向原告道歉。

其次,虽然在有的案件中法院对事实的认定无误,但是有关法律问题却存在争议,如肖传国与方舟子之间的纠纷。方是民(网名方舟子)发表文章或者接受采访时,对肖传国的学术成就提出尖锐的质疑,被肖传国分别在武汉和北京两地起诉(对方是民的两次访谈)。尽管方是民在两次访谈中所提及的事实和观点几乎完全相同,但是两地法院却基于不同的法律观点得出了完全不同的结论:方是民在武汉被认定构成侵权并被判决赔礼道歉,在北京则完全胜诉。^[75]

很多权利本身边际不明,将不可避免地造成法律适用的不确定性,增加前述情形的发生率。这在名誉权、隐私权、肖像权等经常与他人的表达自由相冲突的权利群中尤其明显。^[76]如果赔礼道歉责任被间接执行,被告面临的可能是牢狱之灾的严重“威胁”,他们可能屈服于此,尽管他们原本在“正义”的一方。这种赔礼道歉将给个人和社会带来严重的消极影响。

当然,法律上设置规则通常假定法院可以准确地发现事实、妥当地适用法律。但是,如果一种规则可能导致无可挽回的结果,其设置就需要特别慎重。我国为死刑设置死刑复核程序,即为适例。赔礼道歉的严重程度虽然远不及死刑,但也是无法挽回的。即便以后通过再审程序或者其他方法还自己以清白,也不能洗刷被迫道歉所带来的屈辱。

再次,赔礼道歉本身带有强烈的道德色彩,被告与原告、法院甚至社会上多数人的法律观念和道德观念可能有很大分歧,并因此认为自己不应承担该责任,或者认为这样的法律不公正。比如,著名演员孙海英公开宣称,同性恋不仅仅是道德堕落、败坏,更是一种犯罪,激起了很多人的愤怒。^[77]这种说法乃是基于孙海英的基督教信仰。假如孙海英因此被诉并被判赔礼道歉,他就不得不在自己的宗教信仰和罚款、拘留甚至判刑之间作出抉择。法律不应使人陷于此种境地。

当然,假如被告并不认为自己有什么错误,败诉的结果与赔偿金的支出也可能构成一种屈辱。但是,这种屈辱的感受是任何败诉者都可能有的。败诉的被告固然不得不容忍法院对其财产进行执行,但是这种容忍并不意味着对判决的同意。而赔礼道歉则意味着必须公开表示同意,这是赔礼道歉与一般民事责任的根本区别。^[78]

韩国宪法法院认为,国家命令加害人道歉是对个人感情的一种强迫,是对其人格的极端不尊重。尽管它可能带来一定的效果,但是超过了必要的限度,是对国民基本权利的不必要的限制。^[79]我国台湾地区司法院的数位大法官也认为强迫公开道歉违反比例原则。^[80]就间接执行方式而言,

[73] 该案中,该媒体报道陆俊在一场比赛中收取了20万元,被北京市第一中级人民法院二审判决赔礼道歉并赔偿损失。

[74] 参见《首起“黑哨”名誉权纠纷期待翻案,报纸可能上诉》, <http://news.163.com/10/0326/17/62NGBI2A000146BD.html>, 2010年10月4日访问。

[75] 参见肖传国诉中国协和医科大学出版社、方是民言论失实侵犯其名誉权案(武汉市中级人民法院判决);肖传国与北京雷霆万钧网络科技有限公司等名誉权纠纷上诉案(北京市高级人民法院判决)。此类问题的另一例子是陈永贵的遗属诉吴思、北京青年报社名誉权案。参见汪庆华:《名誉权、言论自由和宪法抗辩》,《政法论坛》2008年第1期。

[76] 参见苏力:《〈秋菊打官司〉案、邱氏鼠药案和言论自由》,《法学研究》1996年第3期。

[77] 参见《孙海英不惧惹众怒,炮轰“同性恋犯罪”绝不道歉》, <http://yule.sohu.com/20070816/n251610650.shtml>, 2010年10月4日访问。

[78] 同说,参见前引[21], 幾代通文。

[79] 韩大元:《韩国宪法法院关于赔礼道歉广告处分违宪的判决》,《判解研究》2002年第1辑,人民法院出版社2001年版,第198页以下。

[80] 同前引[22]。

笔者赞同这些观点。

（二）公布判决书内容的替代执行方式评析

替代执行是针对可替代行为的执行方式。所谓可替代行为，是指作为给付内容的行为，不论由债务人为之与还是由第三人为之，其经济上利益和法律效果对债权人并无差别，例如拆除建筑物、除去妨害物。执行时，由法院指定第三人完成该行为（或者在法院未指定时由权利人选定第三人或者自行代为该行为），使权利人获得与被执行人亲自履行相当的效果，而由被执行人负担相应的费用。^{〔81〕}我国民事诉讼法第228条规定了替代执行措施。

如上所述，“名誉权解答”第11条的规定以及司法实践中的常见做法是，如果被告拒不执行赔礼道歉的判决，法院会公布判决书的主要内容，并要求被告支付相关费用。笔者认为，这种做法从民事实体法来说，混淆了赔礼道歉和消除影响、恢复名誉的关系；从强制执行法来说，实际上没有以任何方式执行赔礼道歉，并非真正的替代执行。

按前文的分析，在一定范围内公布判决书的内容，可以澄清事实，达到消除影响、恢复名誉的效果。就此而言，它是消除影响、恢复名誉责任的有效的替代执行方式。但是，这样做显然没有在任何意义上达到相当于赔礼道歉的效果，因为赔礼道歉乃是通过道歉的言语或者行动来直接抚慰受害人的精神痛苦。^{〔82〕}

一个可能的反对理由是：公布判决书内容可以导致名誉的恢复、影响的消除，这样就消除了精神痛苦，达到了赔礼道歉责任的目的。另外，公布判决书具有某种谴责的意思，受害人可以从法院的这种具有谴责性的工作中获得某种安慰，减轻精神痛苦。

笔者认为，如上文所述，只有当法院认为消除影响、恢复名誉的措施所带来的抚慰效果仍不足以弥补全部的精神痛苦时，才考虑判决赔礼道歉。因此，以公布判决书内容的方式替代执行消除影响、恢复名誉，仍未触及判决中希望以赔礼道歉方式弥补的精神痛苦。

法院公布判决书内容所体现出的谴责意味，的确具有某种抚慰效果。但是这种谴责是间接的。判决书的内容只涉及案件事实以及相应的法律适用，并不包含道德评价，所以公布判决书并不直接体现道德姿态。而道歉是一个道德上的要求，其语言也是道德性的。更重要的是，公布判决书内容所包含的谴责意味，最多和侵权人主动采取消除影响、恢复名誉措施所隐含的自我谴责意味相当，它的抚慰作用也仅相当于侵权人主动消除影响、恢复名誉。

所以，以公布判决书的方式来替代执行赔礼道歉，并未让受害人获得与加害人亲自道歉相同的利益，不符合替代执行的性质，在强制执行法和民法上都不能成立。

（三）“捉刀”的替代执行方式评析

我国台湾地区的学说和实务一般认为，如果法院判决被告将一定的道歉文字刊载于新闻报纸，以达到对不特定人公开之目的，该道歉行为属于可替代行为，可以由法院命第三人代为履行，而由债务人负担费用。理由是，将道歉启事刊登于报纸的义务，无论由债务人亲自为之还是由第三人为之，其效果并无不同。在实务上，通常由原告（受害人）在起诉时以被告名义草拟一份道歉启事，法院如果判决原告胜诉，会在判决中确定道歉启事的内容（如有必要，会对原告草拟的内容加以修改）。如果被告不依照判决刊登道歉启事，执行法院即授权债权人刊登该启事，费用由受害人代垫，经其申请，执行法院再命令债务人归还。^{〔83〕}比如，在吕秀莲诉《新新闻》名誉权案中，法院判决《新新闻》等被告登报道歉，但被告拒不道歉，于是吕秀莲垫付费用以被

〔81〕 陈荣宗：《强制执行法》，台湾三民书局2000年版，第601页以下。

〔82〕 同说，参见冀宗儒：《论赔礼道歉作为民事救济的局限性》，《人民司法》2005年第9期；前引〔30〕，吴小兵文。

〔83〕 参见前引〔63〕，陈瑞堂文。

告名义刊登了道歉声明,再由法院向被告执行该费用。〔84〕

基于民事诉讼法第228条对替代执行方式的承认,从理论上说,中国大陆也存在像台湾地区那样解释赔礼道歉的可替代性、进而由原告或者法院代写并公布道歉声明的可能性。司法实践中已出现此类执行案例,学说上也有赞成意见,〔85〕有必要在理论上对此执行方式予以考虑。

从实体法来说,公布道歉声明的目的是抚慰精神痛苦。“捉刀”的替代执行方式虽然在形式上使公众看到一个由被告作出的道歉声明,但是它能像真正的道歉声明一样达到抚慰效果吗?

从受害人的角度看,侵权人并没有真的道歉,因此上文所述的道歉(包括被迫道歉)的抚慰作用并不存在。尽管被告需负担一定的费用,但他在自愿履行判决时也要负担该费用,并未发生额外的经济负担。原告最多自欺欺人地向“不明真相”的人宣布被告已经道歉,但能够因此而获得抚慰的受害人恐怕很少。甚至在这种“假”道歉发表后,被告可能另外声明自己并未道歉,此时的原告恐怕就非常尴尬了。比如吕秀莲诉《新新闻》案,吕秀莲在被告拒不履行判决后自付费用以被告名义刊登道歉启事,而作为署名的道歉人之王的建壮在接受采访时明确表示该启事并非由他刊登。〔86〕所以,“捉刀”的替代执行方式根本达不到与赔礼道歉相当的精神抚慰效果。

另外,“捉刀”的替代执行方式也有合宪性方面的问题。我国台湾地区的许宗力教授认为,此种做法仍然给被告造成公开屈辱,并且,违反被告的意思而以其名义登载道歉启事,侵犯了其姓名权,构成某种意义上的伪造文书。〔87〕笔者赞成这一见解。

(四) 谴责声明:另一种替代执行方式

探讨赔礼道歉是否具有可替代性时,需要考察所设想的替代行为是否可以达到与被执行人亲自履行相当的效果,对此应以社会的一般观念为判断标准。

一个人受到他人的冒犯或者侵害后,如果获得对方的真诚道歉,自然可以减轻甚至消除精神上的不快。如果受害人可以义正词严地把对方责备一番,而对方只能洗耳恭听,受害人的不快情绪通常可以得到一定的发泄,从而舒缓心情。这一点是社会一般观念所认可的。所以,在侵权人拒绝道歉时,赋予受害人以公布谴责声明的方式来达到相当的弥补精神损害的效果,并由侵权人负担费用,应认为是一种合理的替代执行方式。

从侵权人的角度看,这种替代执行通常并没有增加其经济负担,因为谴责声明的范围、方式应当与判决书所确定的赔礼道歉的范围、方式相当。在这个意义上,此种替代执行方式没有让侵权人承受额外的威慑。尽管这种谴责声明会包含道德上的负面评价,包含了羞辱的因素,但是至少侵权人无须言不由衷,法律只是要求其忍受而已,因此并不构成对其人格尊严的过度侵害。即便出现了上文提及的错误判决,被告所感受到的屈辱和不公也会小于被迫道歉。将来如果有机会还自己以公道,还可能有权要求原告承担赔礼道歉的责任并要求其在道歉时述及这一情节,或者在自己发表的谴责声明中述及这段屈辱。

上述见解可能受到一个质疑:既然谴责声明具有弥补精神损害的功能,为什么在实体法上没有它的地位。笔者认为,谴责声明是受害人自己的行为,而侵权责任制度考虑的是侵权人应为何种行为来填补损害,因此无法直接规范谴责声明。但可能发生的问题是,如果受害人因发表谴责声明而发生了费用,在民法上是否有权请求侵权人负担?由于精神痛苦的不确定性,受害人缓解

〔84〕 参见《新新闻拒绝道歉,吕秀莲自费刊登道歉广告》, <http://gb.chinareviewnews.com/doc/1010/8/9/6/101089666.html?coluid=7&kindid=0&docid=101089666>, 2011年1月10日访问。

〔85〕 参见前引〔65〕,赵晋山文。

〔86〕 参见《吕秀莲胜诉,〈新新闻〉今登报道歉》, <http://iservice.libertytimes.com.tw/liveNews/news.php?no=273687&type=%E5%8D%B3%E6%99%82%E6%96%B0%E8%81%9E>, 2011年1月10日访问。

〔87〕 同前引〔22〕。

痛苦的方法各异，其中有的需要金钱成本，有的不需要。如果将这些费用一概看作侵害人格权益所发生的损害并应当赔偿，会导致法律的高度不确定性。并且，从理论上说，抚慰金可以由受害人用于这些途径，要求侵权人既赔偿此类费用又支付抚慰金会导致重复赔偿。所以，原则上不应承认发表谴责声明或者其他自行采取的缓解痛苦措施产生的费用可以请求赔偿。但是，如果法院判决了赔礼道歉，就表明法院期望能够以这种非金钱的方式更有效地弥补受害人的痛苦。由于谴责声明在范围、方式上与道歉声明相同，费用基本相同，效果相当，并且符合一般观念，所以，在执行程序中例外地承认谴责声明具有可替代赔礼道歉的性质，理论上是可行的。

当然，这种替代执行方案需要谨慎为之。受害人的谴责声明应当经过法院审定，以避免其采用过激的言辞。法院审查时，应注意谴责声明的内容与侵权的情节、过错程度等相适应。

从合宪性的角度看，侵权人在这种替代执行方式下只承担金钱责任，并无丧失自由之虞。其金额在多数情形下与其主动道歉时相同，即便超出也非常有限。由于“威慑”程度较低，被告基本上可以按照自己的意愿选择主动道歉或承担受害人发表谴责声明的费用。即便法院判决存在认定事实或适用法律上的错误，执行的消极后果也小得多。所以，从比例原则来看，并无违反之处。

（五）赔偿执行方式评析

我国现行法上有多处承认赔偿执行。比如，被执行人应交付特定标的物的，如原物确已变质、损坏或灭失，执行法院应当裁定折价赔偿或按标的物的价值强制执行被执行人的其他财产。^{〔88〕}上文也提及，对于不可替代的行为，如果对被执行人采取间接执行措施后仍无效果，我国的一种重要意见认为执行法院应当裁定被执行人金钱赔偿，赔偿完毕即执行完毕。此外，还有一种观点认为，被执行人拒绝履行不可替代行为的，不必经间接执行的过程，只要权利人申请，法院就可以裁定被执行人支付一定的赔偿金，赔偿完毕即执行完毕。^{〔89〕}

赔偿执行虽然在理论上属于一种与“本旨执行”^{〔90〕}对应的执行方式，但是它导致执行标的发生变更。是否发生了变更的原因，变更的具体内容如何，原本是民事实体法问题，严格来说，应通过诉讼程序解决。将其作为一种执行方式，是为了简化程序，减少讼累。尽管现行法上的赔偿执行在救济途径上仍有不足，略嫌草率，但是总体上不失为有价值的制度安排。

赔礼道歉是一种为特定行为的义务。尽管上文分析了受害人的谴责声明相对于赔礼道歉来说常常具有可替代性，但是特定的受害人未必认可谴责声明对自己的意义，或者在隐私权受侵害时并不希望“大张旗鼓”的谴责声明带来隐私的二次伤害。所以仅在受害人同意时，赔礼道歉责任才具有可替代性（以受害人的谴责声明替代），否则就应认为其不具有可替代性。

上文已经分析，间接执行的方式并不妥当。但是，加害人不履行法院判决的赔礼道歉责任，应承担迟延履行履行的责任。德国民法典第 281 条第 1 款规定了迟延履行时债权人请求替代原定给付的金钱赔偿（理论上称为“替补赔偿”或者“填补赔偿”）的权利。我国民法虽无类似规定，但解释上应当认为，债务人迟延履行主要债务，经债权人催告后在合理期限内仍未履行的，债权人可以拒绝受领原定给付而请求替补赔偿。^{〔91〕}如果加害人在收到执行法院的通知后仍然不在指定

〔88〕《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 57 条。其他例子，参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 291 条、《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 58 条。

〔89〕参见杨荣誉主编：《强制执行立法的探索与构建——中国强制执行法（试拟稿）条文与释义》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 420 页以下。

〔90〕参见前引〔61〕，杨与龄书，第 10 页。

〔91〕参见韩世远：《履行障碍法的体系》，法律出版社 2006 年版，第 78 页。

期限内道歉,应认为受害人在实体法上有权请求替补偿。由于赔礼道歉的意义在于弥补精神损害,因此替补偿也应依照可以弥补该精神损害的方式予以确定,其性质相当于抚慰金,其金额应与赔礼道歉的抚慰作用相当。所以,一个可能的制度安排是,经受害人申请,执行法院可以参考法律上确定抚慰金的各种因素确定一个金额,裁定加害人支付,支付后视为执行完毕。从强制执行法理论来看,这是对不具有可替代性的行为请求权在不能适用间接执行措施的情形下所采取的赔偿执行,在我国法上,可以类推适用有关法律和司法解释而获得其法律依据。

不过,也许还有更好的制度安排。德国民事诉讼法第510条之2规定:“判决命履行某种行为时,可以同时依原告的申请,判令被告如不于一定期间内履行时应支付损害赔偿;损害赔偿,由法院依自由裁量确定之。”也就是说,法院首先判决被告无条件地为特定的行为,进而判决如果被告在法院指定期限内未为该行为,则应赔偿一定的金额。从理论上说,后半部分的判决是一种附停止条件的判决。^[92]其前提是,必须原告依据实体法享有损害赔偿请求权,法院才能作出这种赔偿的判决。^[93]这种实体法依据以德国民法典第281条第1款的替补偿为典型。这一规定的特殊意义在于,如果原告仅诉请被告为特定行为,法院判决其胜诉,在被告不履行判决时,原告仅可以另行起诉请求损害赔偿,即不履行关于为特定行为的判决的损害赔偿问题原本是一个独立的实体诉讼标的。德国法允许法院在一个诉讼中一并解决,免去了当事人另诉的麻烦。^[94]日本法将这种损害赔偿请求称为代偿请求,并且在其民事诉讼法第31条第2款规定了执行方法。^[95]

典型的赔偿执行是指由执行法院(而非审判法院)在特定情形下将执行标的变更为金钱,是一种特殊的执行方式,无须判决中具体说明。但是,审判法官最熟悉整个案情,也最知道假如加害人不道歉时赔偿多少金额为宜,所以不如由法院在判决中直接确定被告拒不道歉时应赔偿的金额。这也可以给被告一个明确的预期,使其知道拒不道歉的后果。

当然,这一主张可能面临两个问题:第一,我国目前的司法实践中并无这种判决方式。但是这一主张具有可操作性,虽然判决方式复杂,但实际上减少了执行法院的负担,也并无法律禁止这样判决。所以笔者建议司法实践中有所尝试。第二,既然由审判法院在判决中确定拒不道歉时的赔偿金数额,那么对该金额的执行是否仍属于赔偿执行?此问题不无探讨的余地,但仅有理论意义,故暂不讨论。为了简便起见,仍称之为赔偿执行。

从合宪性角度看,赔偿执行应无问题。它既没有用过分的威胁手段(罚款、拘留、判刑)来迫使侵权人赔礼道歉,也没有“冒充”侵权人的名义。侵权人所受的“威胁”仅仅是一定的金钱支出,它的性质是抚慰金,其数额仅相当于假如不判决赔礼道歉而应支付的数额。

在谴责声明方式的替代执行与赔偿执行的关系上,一种可能的观点是,由于前者的操作不如后者简便,不如只承认赔偿执行。这是笔者不能赞同的。赔偿执行仅仅使受害人获得一笔金钱,而谴责声明方式则大体达到了与赔礼道歉相当的效果,因此,只要受害人有此要求,它就应当是首选的执行方式。另外,抚慰金的数额不可能很高,而刊载道歉声明的费用可能远高于抚慰金。所以,当侵权人拒不道歉时,如果受害人只能请求赔偿执行,会给侵权人带来不当的激励,因为拒不履行可能更“省钱”。所以,应当赋予受害人以选择权。在执行程序中,如果侵权人经法院通知履行后未道歉或者未作出适当的道歉,法院即应通知受害人在一定期间内作出选择。逾期未作出选择,应视为选择了赔偿执行(这样比较方便),法院可命令侵权人支付相应金额并转交受害人。

[92] [德] 汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第286页。

[93] Georg Furtner, Das Urteil im Zivilprozeß, 4. Aufl., München: Verlag C. H. Beck, 1978, S. 251.

[94] MüKoZPO/Deubner, Münchener Kommentar zur ZPO, 3 Aufl., München 2008, § 512 b, Rn. 9.

[95] 参见[日] 竹下守夫:《日本民事执行法理论与实务研究》,刘荣军、张卫平译,重庆大学出版社1994年版,第75页以下。

结 语

总的来说,笔者赞成在民法上将赔礼道歉作为侵害人格权益时的一种侵权责任形式。但是比起典型的肯定说,笔者反对间接执行,主张以谴责声明的替代执行和赔偿执行这两种方式来强制执行赔礼道歉,是一种较为缓和的肯定说,也可以算是折中说。

民法上赔礼道歉制度的设计和解释,应当尽可能地鼓励适当的道歉,但是并不以过度的威慑来强迫侵权人。在此原则之下,我国的相关理论完全可以作出在比较法上具有独特性的贡献,也完全有可能在解释论的层面上作出有价值的制度创新。

Abstract: Apology is one of the forms of tortuous liabilities when a right of personality is infringed under Chinese law. Regarding whether this is a constitutional or reasonable rule in law, a heated argument is going on among Chinese scholars. This paper argues that, apology helps to redress a victim's emotional and psychological wounds, therefore serves the function to repair harm just as other forms of tortuous liabilities. If the defendant fails to make an appropriate apology voluntarily before the end of court debate, the court should order the defendant to apologize in the judgment. Although an apology under a judgment may be insincere, it is still valuable for many victims. Moreover, based on the theory of cognitive dissonance, the judgment may induce the defendant to adjust his attitude and lead to a sincere apology.

The most difficult part of this question is the compulsory enforcement of apology. This paper examines the possible measures of enforcement provided in the civil procedure law. Indirect enforcement measures, mainly fine or imprisonment, are unconstitutional in light of the principle of proportionality for violation of the freedom of expression, freedom of religion and human dignity protected by Chinese constitution. Publication of the content of judgment is not an appropriate form of substitutional enforcement because it cannot reach a similar effect as apology. Another suggestion, that the plaintiff or the court drafts a letter of apology on behalf of the defendant and publishes it when the defendant refuses to do so, also flaws. This paper proposes a special form of substitutional enforcement that the victim should be allowed to publish a declaration of reprimand and the defendant should be ordered to pay the cost, because a reprimand by the victim could redress his emotional and psychological wounds as well as a personal apology of the defendant. If the victim doesn't want to do so, a sum of money, the amount of which is determined in the judgment, should be paid by the defendant.

Key Words: apology, compulsory enforcement, a declaration of reprimand, substitutional enforcement, compensational enforcement
