

關於「藝術自由之界限（國旗污蔑案）」之裁定

——聯邦憲法法院裁判集第八十一卷第二七八頁以下

譯者：吳綺雲

目錄

要旨

正文

理由

A、刑法第九十 a 條條文

I、1 BvR 266/86

1. 事實及前審判決

2. 憲法訴訟提起人之主張

a) 聯邦法務部之意見

b) 黑森邦邦長之意見

II、1 BvR 913/87

1.事實及前審判決

2.憲法訴訟提起人之主張

3.黑森邦政府之意見

B、憲法訴訟有理由

I、聯邦憲法法院應介入之情形

II、前審判決不合憲法之要求

1.系爭照片具有為藝術活動之本質的要求

a) 拼貼畫為圖畫藝術而受基本法第五條第二項第一句之保障

b) 在第二件訴訟案之情形亦同

c) 介紹功能的人享有藝術自由之基本權利

2.適用刑法第九十條之一第一項第一款之可能性

a) 於個案中為法益之衡量

b) 國家之標誌應受保護之情形

c) 此等保護不能推至極端

3.對二訴訟提起人之判決並不符合憲法上之要求，就1 BvR 266/86而言

- a) 高等法院之判決源於錯誤之解釋
 - aa) 對諷刺畫應有特別之評價標準
 - bb) 高等法院之判決為錯誤的評價
 - b) 區法院之判決不合基本法案第五條第三項第一句之要求
- 次就 1 BvR 913/87 而言
- a) 前審法院之判決源於錯誤之判斷
 - aa) 地方法院之解釋為正確
 - bb) 地方法院對藝術自由不正確的設下界限
 - b) 區法院之判決為錯誤

〈裁定要旨〉

1. 藝術自由不僅有其不得侵犯第三人之基本權利的限制。它亦有可能與其他憲法所保障之權益發生衝突。
2. 基本法第五條第三項第一段之規定並不一般性地排除因以藝術性表達方式污辱聯邦旗幟，而依刑法第九十條之一第一項第二款之規定加以處罰。

一九九〇年二月七日第一庭裁定

——案號1 BvR 266/86和913/87——

本案件係關於J.K.先生——代理人Friedrich Schmidt律師，Bernhard Gerdt律師，Michael Roth律師和Vrike Halz律師，地址：Friedrichstrasse 17, Gießen——不服a)美因河畔法蘭克福高等法院一九八六年一月十七日之判決（案號2 Ss 124/83，b)基森（Gießen）區法院一九八二年十一月十九日之判決（案號51 Ls-7 Js 1169/82——1 BvR 266/86——，2. B先生——代理人Dr. Sebastian Cobler律師事務所由之承辦人Eberhard Kamp律師，地址：Eckenheimer Landstrasse 17, Frankfurt am Main 1——不服a)美因河畔法蘭克福高等法院一九八七年六月十日之裁定（案號5 Ss 8/84），b)達姆斯大（Darmstadt）地方法院一九八二年九月二十日之判決（案號2 Js 10855/82 Cs——1 Ns, c)米歇爾斯大（Michelstadt）區法院一九八三年四月十九日之判決（案號2 Js 10855/82 Cs——1 BvR 913/87，所提之憲法訴願。

判決主文

1 美因河畔法蘭克福高等法院一九八六年一月十七日之判決（案號2 Ss, 24/83）和基森區法院一九八三年十一月十九日之判決（案號51 Ls-7 Js 1169/82）侵害憲法訴願人D)（即K先生）基於基本法

第五條第三項第一段受保障之基本權利。該此判決應予以廢棄。該案發回原區法院。

2. 美因河畔法蘭克福高等法院一九八七年六月十日之裁定（案號5 Ss 8/84）和達姆斯大地方法院一九八三年九月二十日之判決（案號2 Js 10855/82 Cs—1 Ns）及米歇爾斯大區法院一九八三年四月十九日之判決（案號2 Js 10855/82 Cs）侵背憲法訴願人2）（即B先生）基於基本法第五條第三項第一段受保障之基本權利。該此判決應予以廢棄。該案發回原區法院。

3. 黑森邦應償還憲法訴願人其支出之必要費用。

判決理由

A、

訴願人不服因污辱聯邦旗幟而受到處罰。判決處罰所根據之刑法條文規定如下：

第九十條之一

污辱國家及其象徵

(1) 公然於一集會或以散布文件之方式，為左列行為之一者，處三年以下有期徒刑或罰金：

1. 辱罵或惡意蔑視德意志聯邦共和國或其各邦或其合憲之秩序者。
2. 污辱德意志聯邦共和國或其各邦之象徵、旗幟、徽章或國歌者。

(2) ……

(3) ……

I、案號1 BvR 266/86案之訴訟程序

1. 訴願人係一書籍經銷公司之業務經理人。一九八一年和一九八二年間，該公司銷售了無數本一名為「就請讓我身處和平吧！」的袖珍本書籍。該書是一本被稱作是屬「讀本」類，內容以漫畫和拼貼畫予以生動活潑化，集結反軍國主義散文和詩編印而成的書。書的前面封面是一骷髏頭，戴鋼盔的軍人。書的背面封面是由兩張攝影圖片組成的拼貼畫，它也是本案刑事訴訟的起因。該封面的下半部是一張黑白攝影照片，所描繪的是聯邦軍隊的發誓典禮，其中一位軍人手持一面開展的聯邦旗幟。它的背景可以看出是一個軍營的建築物。在軍營之前立有一個以聯邦旗幟裝飾而成的講台。在講台旁站有另一位軍人。該軍人和軍營間是一根升起旗幟的旗杆。該書背面封面的上半部則是一張彩色照片，背景即是上述軍營建築物的天空。上半部照片所描繪的是一個穿有襯衫和褲子的男人黏土雕像的膝蓋到臀部的部分。該男人雕像就像是一巨人，高聳在軍營屋頂之後。男人褲子的鈕扣蓋是被其右手以排尿的方式遮蓋住。在該手之後則噴出黃色的尿液。利用照片剪輯的方式，尿液就對準灑在封面下半部所描繪的開展的旗幟。旗幟下方的地面上則描繪出有一攤黃色的尿液。

區法院判處訴願人應科予九十日之罰金，以五十馬克折算一日。法院判定該書背面封面乃是有辱德意志聯邦共和國之象徵和旗幟，其理由為，向聯邦旗幟噴灑尿液，依其形式和內涵，代表的是一種與嚴

重傷害名譽同等意義的污辱。對於訴願人是否得引用基本法第五條第三項第一段規定的問題，區法院之見解原文如下：

吾人姑且不論即使是藝術也並非是毫不受限制，而是有其法律之界限的。除此之外，本庭對於本案所描述之照片亦看不出任何一點其應被認為是基本法所保護的藝術的徵兆。雖然有可能會有一位教授依其主觀之評價，會在該照片中發現任何一點所謂的藝術，但是本庭並不受此一種評價之拘束。

高等法院駁回訴願人之越級上訴的理由如下：

本案系爭之拼貼畫由於其是蔑視聯邦旗幟的「圖像的塑造」，因此應被視為是一藝術作品。該項象徵對於國家秩序有高層次的價值。在區法院所確認事實之基礎上對本案所作的衡量所得的結果是，該拼貼畫所描繪的，是屬於一種特別惡意的詆毀。象徵德意志聯邦共和國及其自由、民主基本秩序的聯邦旗幟被貶低了。該旗幟所象徵的國家和其秩序的聲譽和形象，也因而受到嚴重的損害。該項詆毀之攻擊也並非是針對那些依該書題材所含理念，而對聯邦旗幟有所濫用之人，而是對準聯邦旗幟及其所象徵的國家性本身。這特別是因為在該封面中所描繪的是該旗幟在聯邦軍隊的一項旗幟宣誓儀式中的情形。在儀式中所涉及的是國家的一種表示，國家且以慶典之形式突顯出其所代表之意義。基於此緣故，不管吾人對該項公開的宣誓所持看法如何，在該種時機對聯邦旗幟的污辱，是對國家一種嚴重的輕蔑行為。該拼貼畫也會有很廣的影響力。以圖片的方式在一本書的封面為公開的誹謗所產生的影響，要遠比以散發傳單的方式來得長遠、持久。此時，個人的社會關聯性所導致的結果是，藝術自由的保證應該退縮。

2. 訴願人斥責其受基本法第五條第三項第一段和第二條第一項所保障之基本權利受到侵害。

訴願人之陳述如下：對刑法第九十條之一的解釋應顧慮到藝術優先的意義。吾人應該問：該具體的藝術自由的活動是否與其他同樣在憲法上受保護的法益產生衝突。但是，在基本法中，並沒有一條條又列有刑法九十條之一所保護之法益。雖然吾人可能會想到，將規定德意志聯邦共和國是一民主、法治和社會聯邦國家之規定解釋成是與基本法第五條第三項第一段衝突之憲法上的條文。但是，聯邦憲法法院已判定之見解是，藝術自由唯有可能因其他憲法上最高的基本價值而受到限制，且唯有在「最壞之情形」下，亦即在當德意志聯邦共和國之存在和其自由，民主之基本秩序受到危害時，方得加以設限。聯邦旗幟並不屬於最高的憲法價值。憲法本身僅規定了它的顏色。在一政治性藝術作品之範圍內利用聯邦旗幟，絕對不會意味著是對德意志聯邦共和國之存在及其基本秩序有直接和現存的危險。

此外，對系爭剪輯而成之照片作一正確之解釋得知，德意志聯邦共和國之象徵並沒有被污辱。照片中諷刺性的攻擊乃是針對聯邦軍隊的宣誓典禮，在該典禮中必然須利用到聯邦旗幟。由該書「就請讓我身處和平吧！」之整體關聯性可看出，其所為之批評乃是反對在德國公共生活的軍事化。依此觀點，系爭剪輯而成之照片是否符合刑法第九十條之一的構成要件都已有疑問。

訴願人爲了支持其申述，提出了一份 *Opinion* 教授的法律鑑定意見。該鑑定所得的結論是，刑事法院是在對系爭拼貼畫多個可能的解釋中，採用了其中一個不考慮其上下文內容關係，結果是應受刑法處罰之解釋。如此的話，則原創作者本身對該作品所賦予之另一種可能的意義，亦即認爲其所為之批評並非

是針對聯邦旗幟，而是針對他所認為對聯邦旗幟所作的濫用，至少與刑事法院之解釋同樣是可信的。除此之外，由於一個藝術作品所含之意義內容，並非是該藝術創作者單方的「訊息」，而是一種互相交流過程的結果，因此，還可想像有其他無數更多的解釋。它是隨著各個參與人之標準而改變。此外，法院還應考慮到，系爭之拼貼畫是一政治性的諷刺作品。它是在與扮演該旗幟宣誓典禮相同層次之層面上作出反應。將一事件在其應成爲笑柄之層面予以表達，乃是漫畫和政治性諷刺作品的本質。任何將以諷刺作品方式損害國家之形象、象徵和其個別之表示作爲刑罰之對象者，乃是剝奪政治性諷刺作品它影響效果的一主要部分，因而是破壞了藝術的自由。

3. 聯邦法務部也代表聯邦政府和黑森邦邦長，對於本案之憲法訴願表示了意見。

a) 聯邦法務部認爲該訴願無理由：系爭之拼貼畫依聯邦憲法法院所確立之標準，是否應被視爲是藝術，看來即已有疑問。該拼貼畫所涉及的並非是憲法上值得保護的一個藝術家個人人格的表達，而是一個看不出有藝術內容思想價值，傷風敗俗行爲的低級描繪。它純粹僅是爲了達到政治上效果而作。

即使吾人假定，系爭拼貼畫是一藝術作品，則被攻擊之（刑事法院）判決亦與藝術自由之保證並無違背。基本法第五條第三項第一段在遇有同樣是保護一種重要法益之其他憲法條文規定時，即有其限制。基本法第二十二條所提及之聯邦旗幟即是如此一種的法益。該規定之意義不僅是限於在確定代表德意志聯邦共和國之顏色。該旗幟還更被用來維護國家，加強國民之共同情感，是一重要的融合的工具。如果在旗幟宣誓典禮中使用了該聯邦旗幟，則它同時即爲一法象徵的重要組成部分。經由該象徵即表達

出了願盡到保衛德意志聯邦共和國責任的決心。由基本法在其第二十二條承認國家象徵的必要性，即可得出藝術自由的界限，且在個案中並不需要特別之證據證明德意志聯邦共和國之存在或其自由秩序具體受到了危害。由於藝術自由這方面受到基本法第二十二條所保護法益之限制，因此刑事法庭法官於適用刑法第九十條之一第二款時，應加以衡量弄清楚，系爭之污辱行為是否嚴重到藝術之自由應該退縮。對於該項憲法上的要求，高等法院並沒有認識錯誤。

b) 黑森邦邦長亦認為被攻擊的（刑事法院）判決並沒有破壞藝術自由：系爭之拼貼畫超出了基本法第五條第三項第一段所規定的內在的界限。與之可能衝突之保護條款為基本法第二十二條。因該條之規定，聯邦旗幟有了憲法位階之地位。體現於聯邦旗幟上的是民主國家的威望形象。由於民主國家是仰賴於其國民之接納，因此即需要他們的尊重。將上述兩條文所保護之領域予以必要之衡量所得之結果是，在本案藝術自由應退縮。在將聯邦旗幟當作畫面描繪灑尿對象之時，不需要再有進一步的解釋，該旗幟即已直接受到貶低。系爭之拼貼照片，依其剪輯安排方式，乃是對國家象徵之聯邦旗幟之強烈攻擊。該項攻擊唯有經由刑法上之處罰方得予以阻擋。

II、案號1 BvR 913/87案之訴訟程序

1. 訴願人是一名為「同胞們！」——奧登瓦爾德（德國山區名）區的宣傳小冊「雜誌的編輯人員。在該雜誌一九八二年三月和四月出刊的第二十號版的第八頁中，刊載了漢堡檢察官為扣押「就請讓我身處和平吧！」一書的搜索行動的消息。但是在該消息報導中，該書的書名被更改為「就請讓我們身處和平

吧！」因爲它同時要作爲緊接下去的一篇原書作者V先生對該項官方行動評論文章的標題。該號雜誌的第十一頁的標題爲：「尋找犯罪者之蹤跡」，並加上以下之說明：「我們漢堡檢察處最受歡迎之有獎猜謎第一二三八六集」。在該頁上所刊登的是構成上述書背面封面拼貼畫的兩張照片。但它們只在該頁的左上角相連著，以稍微傾斜的角度被印出來。在照片的邊緣印有虛線和剪刀的圖形，並要求（讀者）將該些照片剪下來。照片下並附有以下句子：

今日的標題口號是：爲了發現犯罪行爲人之蹤跡，我們就應該去追蹤它！

工作：請您手拿起剪刀和粘糊，並將下面的兩張很平常的照片用手製作成一張很低俗的污辱的圖片

小小的幫忙：請您先想一想，這些照片所可能表示的意義是什麼！

在灑尿的男人那張照片的旁邊列有以下幾種可能表示的意義：

- a) 是一張出自「小小消防隊員」系列中的照片？
 - b) 是部長先生正在試一種新的修面後用的香水？
 - c) 是一張出自「爲此我們需要萊茵—美因—多惱運河？」小冊之宣傳照片？
- 在宣誓典禮那張照片旁邊則列有以下幾種選擇可能：

- a) 在聯邦軍隊要依古老有風格之男主人方式練會泡茶？
- b) 聯邦總統先生有一條新的擦鼻涕的手帕？

◎所有好的東西都從天上掉下來？

在該頁上最後註明有「很貴重的獎品」，並請（讀者）將答案寄至「漢堡區法院之檢察署」。

區法院判處訴願人污辱國家及其象徵，應科予三十日之罰金，以三十馬克折算一日；該雜誌將上述兩張照片併連剪輯刊登的方式，讓人會產生以爲它們本來即是屬於在一起，只是稍微有點「滑動」而已的印象。如此一來即會讓人想像成是一個男人向著聯邦旗幟灑尿的樣子。此種描繪依其形式和內容所表示出的是，對於國家及作爲其象徵的聯邦旗幟的一種醜陋的，特別粗魯和侮辱性的鄙視。如此不外證明聯邦旗幟只具有在其上灑尿之價值。在這同時，也呈現出國民對國家的不尊重。對藝術自由的保證也不足以否認此種描繪方式的違法性。即使吾人認爲，系爭照片剪輯成之拼貼畫應被看作成是一藝術作品，爲藝術活動之權利也應退縮至刑法第九十條之一之禁止規定之後。在此與藝術自由之保證發生衝突的乃是經由上述刑法規定受保障之國家形象和尊嚴的憲法價值。該兩種法益所包含的意義是德意志聯邦共和國之生存力和其合憲性之秩序以及對上述兩項認同所生之公共和平。很明顯地，在當代，國家、憲法和國家象徵遭受到不輕的攻擊。面對此種攻擊，吾人不能忘記，當初威瑪共和國即是由於受到持續對其在之攻擊，特別是以對當時之（國家）象徵予以鄙視之方式表現出來的攻擊而淪亡的。國家對加予其之污辱沒有起而自我防衛，即會癱瘓人民盡義務之決心，且會導致聽天由命，失去對國家和憲法之信心。在此種考慮之下，刑法第九十條之一第一項之規定即成爲對藝術自由之保證的一種有效且合法之限制。在確定系爭照片剪輯成之拼貼畫的內容時，應就其描繪之客觀上的意義和其表達之方式二者加以區分。

該照片剪輯所表達思想內容之中心是對於在軍隊宣誓典禮中所使用之旗幟和經由該旗幟所象徵之德意志聯邦共和國的鄙視。它並非是譴責在德國公共生活中的軍事化。其所攻擊者很清楚地並不是那些所謂濫用聯邦旗幟的人，而是針對該旗幟本身。該照片剪輯成之拼貼畫並沒有含密碼式的諷刺的內容，而是很容易一看即明白。該畫的此種思想內容更藉助其表達之方式表現出來。向着聯邦旗幟灑尿是一種以強烈方式貶低的辱罵批評。經由該批評，聯邦旗幟被視爲是特別值得鄙視的。該畫諷刺之方式並不用來誇大描繪真實生活中的一部分，而是用來加強誹謗性的攻擊。

地方法院以下述理由駁回訴願人之上訴：（訴願人）藉由剪輯兩張照片方式，描繪灑尿於聯邦旗幟之事，乃是以特別侮辱性，令人厭惡之方式蔑視了德意志聯邦共和國。不論依照訴願人之想法，該灑尿之事是針對聯邦旗幟或是宣誓典禮，即使它並非是刊登該照片之目的，而只是達到其目的的一種手段，都是造成對該旗幟和國家的一種污辱。訴願人之此種行爲既不能以言論自由之基本權利，亦不能以藝術自由之保證作爲辯解之理由。言論自由之基本權利由於其受到一般法律規定之限制，因此即已應該退縮。至於系爭照片剪輯成之拼貼畫是否是基本法第五條第三項規定意義下之一種藝術作品，吾人可暫且不談。但是即使藝術自由之保證也絕對不能作爲該有辱刑法第九十條之一所保障法益行爲辯解之理由。基本法第五條第三項之規定受到了基本法的價值秩序所定憲法內在的限制。經由刑法第九十條之一所保障之上層憲法價值乃是以德意志聯邦共和國之合憲性秩序爲基礎的國家的威望形象和尊嚴。與其具有同層級地位的還有作爲國家象徵的聯邦旗幟。它是我們自由、民主法治國的象徵，且對所有認同這個國家和

其憲法之人民具有融合團結的作用。對聯邦旗幟之污辱會動搖到國家在人民眼中之形象威望。藝術自由之保證相對於此應該退縮。

高等法院因覆審原審判決並沒有不利訴願人之法律錯誤存在，因此認為上訴無理由，而依刑事訴訟法第三百四十九條第二項之規定駁回之。

2. 訴願人斥責其受基本法第五條第一項和第三項所保障之基本權利受到了侵害；各審之刑事法庭將在刑法第九十條之一所規定，以一般法律保障之聯邦旗幟判定為具有限制基本法第五條第三項所保障藝術優先之憲法層次地位，此乃對該基本權利內容的判斷錯誤。同樣地，刑事法庭對基本法第五條第一項規定之內涵也是法律上評斷錯誤。此外，它們對被指控的照片剪輯成的拼貼畫也很明顯地作了錯誤的解釋。與（該書）評論之本文同，該拼貼畫很清楚地是針對宣誓典禮，而非聯邦旗幟本身。但是宣誓典禮則並不受刑法第九十條之一，當然即更談不上受憲法之保障了。

3. 黑森邦政府認為本件憲法訴願案無理由：將在本案互相衝突之憲法所保障之法益加以權衡之結果，藝術自由應退縮於對國家威望形象保護之後。系爭拼貼畫所涉及的是對象徵國家之聯邦旗幟的一種直接，且是以嚴重方式蔑視的攻擊。將該旗幟之照片作為灑尿之對象，此不需有進一步之解釋，所表示出的是一種侮辱、貶低。此種行為唯有以刑事判決才能加以處罰。倘使有涉及言論自由之保護範圍，由於基本法第五條第三項第一段之規定是屬一特別規定，因此其仍是決定性判準之基本權利。

B、

本憲法訴願有理由。受攻擊之判決侵害訴願人基於基本法第五條第三項第一段受保障之基本權利。

I、

在處理依訴願人所引用之藝術自由，以刑罰制裁一行為時，聯邦憲法法院所審查的，不只是被指控之生活表現是否屬於該基本權利之保障範圍和在被攻擊之判決中是否原則上正確地認清了該基本權利之範圍，而是也審查法院是否根據藝術本身自有的結構特徵去判斷該作品（參見聯邦憲法法院判決第二十集第一七三頁以下〔第一八八頁〕），亦即是否用了「符合原作精神」之標準去判斷（參見聯邦憲法法院判決第七十五集第三六九頁〔第三七六頁〕；法學雜誌 *WM* 1983. S. 1194〔1195〕），且是否於該基礎上詳細適當地去限制了藝術之範圍（參見最新有關判決載於聯邦憲法法院判決第七十七集第二四〇頁以下〔第二五一頁〕）。作此審查之原因一方面在於，聯邦憲法法院干涉權限之界限是針對其他法院之判決對憲法訴願人（權利）領域侵害之強烈程度，另一方面是由於所涉及之基本權利的特別意義（參照聯邦憲法法院判決第六十七集第二二三頁以下〔第二二三頁〕）。這不能被誤解為成是，本此特定之基本自由從一開始即享有比其他主觀之憲法權利較高之階。決定提高審查強度之關鍵應是在於正討論中的基本權利的特點。就如同言論之表示一樣，藝術之活動是靠公眾之共鳴。該些人們交流之基本權利會與其他之憲法價值，特別是第三人之基本權利發生衝突，這是顯而易見的。此時，在適用為其所設立一般法律規定時，要在互相衝突之保護法益間尋得一正確的平衡，雖然首先是其他各專業法院之任務。但在

此處，一般法律之適用對憲法上所保障之地位會產生嚴重的反作用。在對一般法律規定和系爭言論或藝

術作品之意義作任何個別錯誤解釋之時，即已可能錯誤地影響至所涉及基本權利之份量。由於此種在刑事訴訟程序發生之錯誤所可能招致之嚴重後果，因此，至少在那個地方，由聯邦憲法法院加強審查是不可避免的（相同之見解參照聯邦憲法法院判決第四十三集第一三〇頁以下〔第一三七頁〕）。此同樣也是鑒於在對人們交流之基本權利，將憲法法院之審查限於一些原則性的問題所可能造成不利之效果之緣故。憲法訴訟願訴訟之目的不僅是在改正具體、個體之基本權利的侵害。憲法法院之判決在具體之個案外所蔓延而生之效果，正巧在上述這些基本權利之領域，由於其所保障之行爲公衆之關聯性，更具有重大之意義（參照聯邦憲法法院判決第四十二集第一四三頁以下〔第一五六頁〕——不同之意見）。鑒於在此處國家的干涉所可能產生的嚇阻作用，如果此種生活表現之自由不要被傷及到其實質，則就應該要有一特別有效的憲法上的審查（參照聯邦憲法法院判決第四十三集第一三〇頁以下〔第一三六頁〕）。

II、

以上述之審查標準衡量，被攻擊之（刑事）法院的判決並沒達到憲法上的要求。

在本案之兩件訴訟案件，訴願人之行爲皆應歸入於藝術自由之保護範圍(1)此雖然並不是表示對聯邦旗幟的污辱即不能依刑法第九十條之一第一項第二款之規定加以處罰，因爲該刑法規定乃是用於確保一憲法上所保障之法益(2)但對於此兩種互相衝突之憲法法益應作之權衡，則有一部分卻疏忽了，有一部分則是在作衡量時，以不是符合系爭藝術作品精神之理解作爲其基礎(3)。

1. 系爭之兩張被指控的照片符合聯邦憲法法院所認爲一藝術活動應有的本質的要求。

a) 在「就請讓我身處和平吧！」一書之背面封面所涉及的一張由照片所組成的拼貼畫。該拼貼畫因而即符合一種當今已是很普遍的圖畫藝術的形式，而不需要再去加以解釋，在該畫中所使用之照片，是否以及在何種範圍內是屬於藝術自由保證意義下之所謂「藝術」。除了這單純是形式上、類型上之角度外，還有內容上的一個面向。該作品是制作者經由將（多張）照片以不正確比例互相剪輯在一起之方式創造出來的，亦即經由將兩個生活事件，以一種圖畫似的，且同時是陌生化聯結之手法，創造出一種獨有的，能加以詮釋和需加以詮釋的思想內容。該作品之製作者透過自由創作性之塑造，表達出他對宣誓典禮之見解。其所作之拼貼畫因而同時符合聯邦憲法法院在 *Sobieski* 判決中所確立之有價值關聯的基本要素（參見聯邦憲法法院判決第三十集第一七三頁以下〔第一八九頁〕）。該畫有傷風化之描繪內容並不會使它失去作為一藝術作品之特質。國家是不能去控制藝術之風格或水準的（參照聯邦憲法法院判決第七十五集第三六九頁以下〔第三七七頁〕）。藝術家想要用他的作品去介紹、傳達一特定的見解這項事實，同樣地也不會使他即不受到基本法第五條第三項第一段規定之保障。一項意見——就如同在有所主張之藝術是很普遍的一樣——是完全可以以藝術之形式表達出來的。在此種情形，由於基本法第五條第三項第一段之規定是屬於一特別規定，因此其仍是作為判準依據之基本權利（參照聯邦憲法法院判決第三十集第一七三頁以下〔第二〇〇頁〕；第七十五集第三六九頁以下〔第三七七頁〕）。

b) 關於在（第二件訴願案）「有獎猜謎」中所使用之拼貼的藝術性質，亦適用以上所述之見解。雖然在該拼貼畫中的兩張照片是以稍微傾斜的角度併貼刊登，但這並不影響其作為藝術品的特質。而且

該兩張照片剪輯安排之形式也足夠顯示出其是，或是以何種方式屬於一起的。但是，該拼貼畫與其原來在書殼背封面之描繪不同之處在於，前者是蘊藏在一針對國家之追訴行動之一諷刺作品內。雖然如此，但由於其本身仍然受到基本法第五條第三項第一段之保護，因而仍須受憲法上之審查。

c) 雖然兩件訴願案之訴願人皆非各該(照片)作品之原始創作人，但他們皆為藝術自由而抗爭。該(藝術自由)基本權利之人的適用範圍是也包括至使該藝術作品發生影響效果之人(法院一貫之見解，參見聯邦憲法法院判決第三十集第一七三頁(第一八九頁))。這表示，所有在藝術家與觀眾之間行使必不可缺之介紹功能的人，皆受到該基本權利的保護。那些協助商業性推銷該藝術作品之人——如本案之兩位訴願人——也應該被算作是屬於這一範圍內之人。

2. 雖然藝術自由是毫無保留的受到保障，但這並不一開始即排除得對本案訴願人依刑法第九十條之一第一項第二款之規定處以刑罰。

a) 基本法第五條第三項第一段規定之保證不僅有其不得侵犯第三人基本權利之限制。它亦有可能與各種形式之憲法規定發生衝突(參見聯邦憲法法院判決第三十集第一七三頁以下(第一九三頁))；Lerche, BayVerf. 1974, S. 177 [180 f.]。此乃因一個有秩序的人類共同生活的先決條件不僅是要人民相互間的體諒、公德心，而且也要有一個基本權利根本才能有效受到保障的正常運作的國家秩序。因此，有損憲法上所保障之秩序的藝術品，並不須當其直接危及國家或憲法之存在時，方得加以限制，而是在所有實行藝術自由與其他憲法上所保障之利益發生衝突之情形，皆應對該些互相衝突，但同時受到憲

法保障之利益，作一盡善盡美，合比例之平衡（參見聯邦憲法法院判決第七十七集第二四〇頁以下〔第二五三頁〕）。聯邦憲法法院在以前所作的一項判決中曾要求，如果藝術自由之保證應退縮，則要有對憲法之「最高的基本價值」有直接且現存之危險存在（參見聯邦憲法法院判決第三十三集第五十二頁以下〔第七十一頁〕）。這並不意謂著在少數極端的情況下，基本法第五條第三項第一段之規定應有絕對優先的地位。在這些情形下，藝術自由與其他憲法上所保障之利益間的衝突，應以就個案加以權衡的方式解決。但在作權衡時應注意的是，不能形式化地以一般性之目的，如「保護憲法」或「刑事司法之良好運作」，作為對該毫無保留受保障之基本權利加以限制的辯解理由；而是應該依據個別之憲法規定，具體確實地找出在切合實際評價事實情況下，與履行基於基本法第五條第三項第一段規定所生權利發生衝突的憲法上所保障的利益（參見聯邦憲法法院判決第七十七集第二四〇頁以下〔判決要旨2.和第二百五頁〕）。

b) 對本案訴願人處以刑罰所依據的刑法第九十條之一第二款之規定，其所保護者乃是作為國家象徵的德意志聯邦共和國的旗幟。該項保護是在憲法上有根據的。但這既非是直接，亦非是只由基本法第二十二條之規定所得出的結論。該條文規範的內容僅限於在確定代表聯邦之顏色。但該基本法規定更進一步之意義在於，它以國家有為表達自我，而利用該象徵之權利。該種象徵之目的在喚起人民之國家情感（參見Württemberg, JR 1979, S.311ff.HFH. Krüger, Allg. Statist. S.226）。基本法不僅承認此種由聯邦旗幟所散發之影響作用。作為一擁護自由之國家，德意志聯邦共和國更是有賴其

國民對在該旗幟所象徵之基本價值的認同。在此種意義下所保障之價值即表達在基本法第二十二條所規定之國家代表顏色上。它是代表自由、民主的基本秩序。

由以上所述之聯邦旗幟所具有之意義得出該與藝術自由發生衝突之刑法規範所保障的法益。如果該旗幟經由其所體現之國家主要目標是用來作為重要之融合（人民）之工具，則對它的污辱即可能損害到對國內安定所必要之國家的權威。由此同時得出的結論是，國家之標誌唯有在它是象徵基本性影響，塑造德意志聯邦共和國之事物的範圍內，才享有憲法上的保護。但是國家不得隨意創造其保護可能與基本法第五條第三項第一款規定發生衝突之象徵、標誌。

然而有鑒於基本法第五條第三項第一段之規定，該項對象徵、標誌之保護並不得導致使得國家不能接受對它的批評，甚或不接受。因此，在個案中即需要對該互相衝突之憲法上法益作一權衡。

3. 對本案兩位訴願人之判決並不符合以上所述之憲法上的要求。

1 BvR 266/85

a) 雖然高等法院很正確地將該案訴願人之系爭行為歸入為藝術自由之保護範圍，而且也花費了足夠功夫去找出刑法規定上與其發生衝突之憲法上所保障的法益。但是，它對系爭拼貼畫之評斷，並非在各方面皆符合原作精神的^{ad)}；不可排除地，該錯誤的解釋已影響到其權衡之結果。

^{ad)} 系爭之拼貼畫依其內容應歸類是屬漫畫、諷刺畫。對於該類藝術創作品如何作符合原作精神的解釋，帝國法院曾指出了至今仍有效的方法（帝國法院刑事判決第六十二集以下第一八三頁；聯邦憲

法法院判決第七十五集第三六九頁以下（第三七七頁以下）。由於這類藝術特有的誇大，歪曲失真和陌生化的手法，因此在對其作法律上之判斷時，即有必要去除此「圖文並茂精選，諷刺性的假象」（參照前揭帝國法院刑事判決第一八四頁），以便能得知其真正的内容。然後，該實質之思想内容與其表達方式應分開予以審查它們是否應受非法之譴責。此乃因陌生化的手法本即是（這類藝術品）表達方式的特質，因此對其表達方式判斷之標準與評斷其中心思想内容之標準有所不同，且前者比較不嚴格（參照前揭聯邦憲法法院判決第三七八頁）。

高等法院之判決並不符合以上所述之判斷原則，因它對系爭拼貼畫之中心思想内容作了錯誤解釋。高等法院所持之立場是，系爭拼貼畫是「以對準聯邦旗幟灑尿之描繪方式，表達對該旗幟輕蔑感受之圖像塑造」（見該判決複印本第九頁）。該項詆毀之攻擊並非是針對那些依該書題材所含理念，而對聯邦旗幟有所濫用之人，而是對準聯邦旗幟及其所象徵的國家性本身。這特別是因爲其所描繪的是，該旗幟在聯邦軍隊的一項旗幟宣誓儀式中的情形（見前揭判決第十二頁）。

上述高等法院之判決内容表示，系爭拼貼畫描繪之實質思想内容是對聯邦旗幟及其所象徵的國家的輕蔑。反之，它的表達方式是旗幟宣誓典禮。但是，一個觀察者單從該書之題目，或者也不管該題目，皆會不禁有一種不同解釋的想法。系爭之漫畫主要是具有反軍國主義，而且也僅就此點而言，是具反國策之傾向。它所針對的是國家的宣誓或軍人的發誓典禮，以此表達反對，如果不是反對，則是憎惡兵役（制度）。雖然在該畫中描繪了一個遭受污辱的國家的象徵、標誌，但是由此不應是國家性或德意志

聯邦共和國憲法上之秩序整體受到了攻擊。針對國家攻擊的範圍只有在於它應對設立兵役制度負責，以及以在軍人發誓典禮上利用它的象徵、標誌的方式，來幫助它達到一特別的合法化。此種實質的思想內容則藉由一個對準在宣誓儀式中所利用的國家象徵灑尿的方式，以陌生化的手法表達出來。

由於諷刺性陌生化手法之表達方式應有較其真正之內容更大的自由容間，高等法院對系爭漫畫之錯誤的解釋即導致違憲。雖然該法院明白表示，系爭拼貼畫之描繪，亦即不管其實質思想內容，是不能被容忍的。但是不能被排除的是，其對系爭拼貼畫之不符合（原作精神的理解，已對互相衝突之憲法法益間的權衡的結果，產生了影響。關鍵性之點在於，該法院如早先意識到被指控漫畫表達方式之特質，則可能會對該畫是否造成污辱之問題，有不同的判斷。）

b) 區法院之判決由於其從一開始即未將系爭拼貼畫歸入屬於藝術自由之保護範圍，因此即已不符合基本法第五條第三項第一段規定之要求。該判決附加之提示，指出藝術並非是毫無界限，而是應受到法律之限制，並不因而使該判決即不違憲。由這項「補充說明」甚至不能讓人看出該法院曾意識到，藝術自由之保護應唯有憲法本身方得加以設定其界限（參見聯邦憲法法院判決第二十集第一七三頁以下（第一九三頁））。

1 BvR 913/87

a) 該被高等法院不附詳細理由所確認之地方法院的判決雖然對系爭拼貼畫作了符合原作精神的解釋(a)，但卻對藝術自由和與其發生衝突之憲法法益間的相互影響，判斷錯誤。

該地方法院之判決很對實地以系爭拼貼畫之反軍國主義之實質思想內容作爲它判斷的基礎。這顯示在判決中所指出的：即使依訴願人之想法，該灑尿之事不是針對聯邦旗幟，而是宣誓典禮，但灑尿確實是對中了聯邦旗幟；對聯邦旗幟和國家的蔑視，是作爲攻擊宣誓典禮的手段。這點並不因其接下去之說明而受到反駁。由此對於客觀觀看系爭拼貼畫的人而言，該典禮儀式所呈現的應是總合聯邦旗幟，經由該旗幟所象徵之國家秩序和效忠之宣誓爲一的整體事件；依該畫之思想內容，吾人不能分開說，灑尿之事不是針對聯邦旗幟，而是宣誓儀式，而該宣誓儀式又轉而是以聯邦旗幟作爲其象徵之連繫點在進行。由該法院駁回（訴願人）辯護之預備聲明之論述中也表示出，法院之見解不外是，儘管該畫之目標是反軍國主義，但國家以其作爲該宣誓典禮之主辦者的角色已受到攻擊，且爲此目的，貶低了它的象徵、標誌。

地方法院也考慮到的是系爭之拼貼畫是一項同樣是以陌生化手法對國家追訴行動攻擊的一部分。法院所持之立場是，經由該畫刊登之方式，表示贊同該所引用的別人的意見，且同意作爲代表自己的意見。雖然該「有獎猜謎」之目的與該刊登之拼貼畫之目的不同，後者在該案情形是用來說明畫成漫畫之事實，但上述法院之立場仍是合乎實際情況的。該拼貼畫之公開刊登不僅是反對檢察官之追訴措施，它的重印刊登加上其附加的文字說明所表現出的更同時是與該藝術家團結一致的一種行動。該雜誌之作者不僅使檢察處受到嘲笑，且在同時有目的地廣爲散播該拼貼畫，如此他即將該藝術家的思想內容變爲自有

的思想內容。

但是，地方法院對藝術自由所爲之界限則並不正確。雖然該法院以必要之方式突出表達，對該案訴願人之處以刑罰有利於維護憲法上所保障之公益。但它在解決互相衝突之憲法價值的問題時，卻沒有考慮到藝術自由保證它的散發影響效力。此項錯誤的根本所在在於，高等法院明文將受刑法第九十條之一第一項保障之公益置於藝術自由之上。此項有錯誤的理解所必然導致的結果是，該刑法規範保護之目的即成爲藝術自由不可逾越之界限。如此該法院從一開始即封鎖了依個案情形，在所發生衝突之保護公益間作一權衡之途徑。因此該法院認爲，只須說明該刑法規範所保護公益之重要意義，藝術自由必須退縮於其後即已足，而不須在考慮個案之情形下，作必要之權衡。

由於不能確定，該法院在本案如作一個案之權衡後，是否仍同樣會得到藝術自由應退縮於後之結論，因此該法院所爲之判決違憲。高等法院之裁定由於未認出地方法院上述判決之法律錯誤，因此亦屬違憲。

b) 區法院（之判決）雖沒有封鎖依個案情形作權衡之途徑，但它對系爭拼貼畫之解釋卻並不對實。該法院認爲該漫畫之實質思想內容爲對聯邦旗幟及其所象徵之國家的輕蔑。至於該畫中有對在德意志聯邦共和國公共生活的軍隊化作了譴責，該法院則明文予以否認。因此，該法院之判決亦犯了與高等法院判決相同的錯誤。同樣在此處也不能排除的是，如果區法院對系爭拼貼畫之實質思想內容作了正確的解釋，則在作個案之權衡後，可能會得出，不同的結論。

(共10卷)

Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Söllner,

Dieterich, Kühling, Seibert