

關於「藝術自由與刑法上之侮辱國家象徵罪」之判決

——德國聯邦憲法法院裁判集八十一卷第二百九十八頁以下

譯者：林豈梅

目錄

正文

理由

A、提起憲法訴願之經過

I、本案事實

II、訴願人之主張

III、聯邦司法部長及巴伐利亞邦司法部之意見

1. 聯邦司法部長之見解

2. 巴伐利亞邦司法部之見解

B、聯邦憲法法院論證

I、關於基本法第五條第三項第一句之論證

II、關於基本法第一〇三條第二項之論證

BverfGE 81, 298

〈判決要旨〉

1. 基本法第五條第三項第一句之規定並不排除刑法第九十條之一第一項第二款所規定之侮辱德意志聯邦共和國國歌之處罰。
2. 只有國歌的第三段方受國家象徵之保護。

判決主文

1. 巴伐利亞邦最高法院於一九八七年八月三十一日作成之判決 (RReg. 5 St. 153/87) 侵害憲法訴願人 (以下簡稱訴願人)，基本法第五條第三項第一句所保護的基本權利。
2. 原判決認為訴願人對德國國歌前兩段造成侮辱，亦損害訴願人受基本法第一〇三條第二項保護之權利。
3. 原判決應予廢棄，發回巴伐利亞邦最高法院。

4. 巴伐利亞邦對訴願人所支出之必要費用應予補償。

判決理由

A、提起憲法訴願之經過

對於因侮辱德意志聯邦共和國國歌而受刑罰科處之判決，訴願人表示不服。

I、本案事實

一九八六年八月底，於紐倫堡出刊的雜誌「喧嚷者」(Plarrar) 刊載了下列文字（該雜誌之責任編輯即訴願人）：

八六年德國之歌

詞：無名氏 曲：約瑟夫·海頓

德意志，德意志 超越一切

地上鋪滿鈔票

凝聚暴力無情地鎮壓暴力份子

從貝多芬到柏格貝爾澤（註一）

從瓦克斯多夫（註二）到難民營

德意志 德意志 超越一切

你是世界上最美的生物區

德國的土耳其人，德國的美式火箭彈

德國的難吃大漢堡，德國的龐克音樂

應該在世界上保持

它美麗古老的聲音

德國的可樂，德國的偷窺秀

德國的馬克及德國的精子銀行

鼓舞我們一生去做崇高的事

虛偽及挫折及無鉛汽油

在充滿格子狀道路的德國土地上

讓我們舉杯

前仆後繼

沒有棍棒的驅使卻遍佈癌症及做愛用的潤滑霜

德意志，大顯身手

在德意志小廬內

母羊和牧羊犬在野合

在上述文字旁，有一小段文章，標題爲：「最佳流行排行榜，今日：八六年德國之歌」。此段文章係對「八六年德國之歌」之內容及遣詞用句作一番諷諷性的詮釋。

由於八六年德國之歌的發表，該雜誌出刊後，區法院即扣押該期雜誌。訴願人在此時機印製一個「出版宣言」，在紐倫堡的書局陳列。在該宣言中，訴願人重覆八六年德國之歌的內容，並在該宣言中敘述扣押的經過與事實，其後並予以評論。

區法院以訴願人二度違反（數罪併罰）侮辱國家象徵罪，科處（合併宣告）四個月有期徒刑。案經訴願人上訴，邦法院對其上訴以無理由駁回。邦法院認爲：「八六年德國之歌」中蓄意地，有目的性地運用一些具有特殊意義的字眼與概念，這些字眼與概念描述德意志國家的本質特徵就是國家權力的野蠻暴行，且是個病態及原始性慾的國家。此種否定性概念的集合絕非偶然，而係一種表達的模式。該首歌的文字安排顯現其目的係在對德國國歌，連同德國本身加以侵害，並加以詆毀。而藝術自由的基本權並不能阻礙訴願人受刑罰科處。依照聯邦憲法法院向來所廣泛界定的藝術概念中可以得知，該首「八六年德國之歌」也可當作一種藝術，而享有基本權。但是藝術自由依照基本權衝突的理論，也可能會受限制。在這裡應考慮德意志聯邦共和國的存在及自由民主的基本秩序，其係在憲法上受某程度保護的法益。藝術自由僅在該法益受嚴重侵害時，才會退居次位。在本案中，該嚴重侵害的要件已被滿足。因爲，透

過否定性諷喻字眼的組合，已造成德國國家秩序遭受蓄意的侮辱及輕慢。該用語的目的在於使人民信仰國家，認同國家的感情受到輕慢及嘲諷。若人民的國家意識受到損害，則足以導致國家自由民主的基本秩序遭受侵害。透過廣泛的傳播方式，亦即，經由一個版數不算少的出版機構加以出版，並在紐倫堡各書局以「出版宣言」的方式加以闡明，是足以造成一個具大的，廣泛的影響效果的。

訴願人的第三審上訴亦遭巴伐利亞邦最高法院依刑事訴訟法三四九條第二項之規定以一致認為第三審上訴顯無理由而予以駁回。

II、(訴願人之主張)

在憲法訴願中，訴願人指摘其受基本法第五條第三項第一句及第一〇三條第二項所保障的權利受到侵害。

訴願人認為，對於「八六年德國之歌」的發表，其並未逾越藝術自由的內在限制。而這首「輕慢之歌」並沒有違反自由民主的基本秩序，因為吾人實在無法估計，大多數的德意志人民對於此一價值的信仰有多強。即使該信仰有一定的強度，則該首歌的發表是否就能使德意志人民的國家感情受到輕慢，亦大有疑問。因之訴願人認為該首歌的公開發表根本不會造成德意志人民的國家意識減弱，或危及自由民主的基本秩序。

因為德國國歌未達法律保留的要求，因此訴願人基本法第一〇三條第二項的權利亦遭受侵害。究竟國歌三段全部還是只有第三段才能視為國歌，已有爭議，而其是否具有法律地位亦不明確。刑法第九十

條之一本身係一空白刑法，法條內並未規定何者為德國的象徵、旗幟、徽章或德國的國歌。因之該條規定有參考其他法律規定之必要。在此，也必須像所有其他刑法的要求一樣，空白法規必須由法律來填補。而德國國歌是否確為國家的象徵，尚欠缺此種法律保留的明確性要求。

Ⅲ、（聯邦司法部長及巴伐利亞邦司法部之意見）

1. 聯邦司法部長站在國家的立場，認為憲法訴願無理由：因為聯邦總理艾德諾與聯邦總理霍以斯曾於一九五二年四月九日及一九五二年五月三日就國歌有過信件往返，由此可以確定，國歌已符合基本法第一〇三條第二款的明確性要求。由其信件往返的文義可以看出，德國國歌係由三段組成。現在所要區別的只是，基於國家的某種特殊因素，現在只演唱第二段。

訴願人受基本法第五條第三項第一句保障的藝術自由，亦未受到侵害。其所發表的「八六年德國之歌」是否屬於基本權意義下的藝術，尚有疑問。假設該首歌曲具有藝術的本質，則原判決亦不違反藝術自由的保障。

該首改編的國歌所描述的德國侵犯到人民的一般人格權，同時也侵犯到人民的感情。國歌與國旗具有同樣的象徵意義，現在卻淪為被嘲諷的客體。其動機、形式和表達的範圍是如此地嚴重，致使藝術自由必須退居次位。

2. 巴伐利亞邦司法部同樣也認為訴願人的權利並未遭受侵害，其認為：基本法第一〇三條第二項的違反並不存在。基於憲法對刑法規範的法明確性要求，刑法規範的具體規定，其適用範圍及效果必須可

以透過構成要件要素加以確定，並且可以經由解釋來加以闡明。如果一種概念藉由一般通常的解釋方法可認為該行為應予禁止，或可以預見到國家的反應，則此種概念的運用在憲法上是毫無疑問的。由此原則可以導出，把原國歌的三段都視為德國國歌，乃符合規範明確性的要求。

訴願人的藝術自由亦未受侵害。原審法院已經適切地指出，德意志聯邦共和國存在的危險及自由民主的基本秩序在個案中可能淩駕於藝術自由之上。而法院認為國歌改編的散布行為會影響人民的國家意識，也是毋庸置疑的。

B、（聯邦憲法法院論證）

訴願人之憲法訴願有理由。

原判決侵害訴願人受基本法第五條第三項第一句所保障的基本權利（於理由I中說明）。相反地，訴願人對原判決違反基本法第一三條第二項的指摘，只有在其所受之刑罰係基於侮辱德國國歌前兩段時，方屬有理。（於理由II中說明）。

I、（關於基本法第五條第三項第一句之論證）

I 因為訴願人認為其所受的刑罰與藝術自由相違背，所以聯邦憲法法院不僅要審查原判決對於被主張的基本權有無錯誤的解釋或適用，同時也要審查原判決對於普通法的解釋以及其個別部分是否與藝術自由相互矛盾（參考聯邦憲法法院判決BVerfGE 75, 396[376]; 77, 240[250f.]; 及 1 BvR 266/86, 1 BvR 913/87 = 判決）。

因此有待澄清的是，訴願人被指控的犯罪行爲是否在藝術自由的保障領域內，而原判決在個案中，對於藝術自由的保障領域及其限制是否有正確的認識及判斷。

2. 使訴願人遭到刑罪科處的兩個行爲，應歸入基本法第五條第三項第一句的保障領域內。

a) 德國國歌的改編係屬藝術自由基本權意義下的藝術。從形式上觀察，其滿足「詩」的類型要件，從實質上觀察，其亦符合與內容有關的藝術概念之定義。作者使用詩的形式語言，將其對特定生活過程的經驗與印象傳達出來，此生活過程可以總稱爲「德國的日常生活」。因爲若對藝術的概念過於限制，將與基本法第五條第三項第一句的自由保障相違背，故在憲法的適用及判斷上，並不以詩藝的「雅俗」作爲取決的標準。

b) 該首歌的散布也透過藝術品的「效果領域」而受到藝術自由之保障。尚未確定的只是，傳單的散布是否也在藝術自由的保障範圍內。若在報紙上發表，則毫無疑問，因爲此種方式單純只與歌曲的傳播有關。然而，用「出版宣言」的方式散布，就不那麼明確。藝術作品在此乃是置於另一個生活表達中，該表達乃係針對因歌曲之散布而受刑罰科處的一種未經異化的意見表達。因之，傳單的散布本身原則上只受基本法第五條第一項意見自由之保障。即使系爭歌曲在傳單上被引用，也無法改變此種情況，因爲該傳單並非直接基於藝術作品的目的而散發，而只是就此次爭議事件之過程加以說明。藝術只是意見表達的附屬物，而不是扮演內容媒介的角色。

然而，吾人仍應將國家的此種干預行爲與藝術自由的保障加以衡量。國家對訴願人科處刑罰不僅只

是與傳單或傳單內的意見表達有關。相反地，該刑罰乃係針對「八六年德國之歌」所爲。是以，單從被指摘的對象來看，該刑罰亦涉及基本法第五條第三項第一句藝術自由的保障領域，而由基本權的個人效力來看，亦係如此。固然吾人可能會對藝術作品所涉及的訴願人的媒介功能深表懷疑。然而首應注意的是，在此並不涉及曼菲斯特判決所處理過的必要之媒介（參考BVerfGE 30, 173[189]）；此種藝術作品不應附屬於傳單來散布出去。而是否可以將間接的轉載行爲理解爲藝術自由之實現，在此根本不須作原則上之判斷，因爲，以本案的特殊狀況，已經促使訴願人強制受到基本權的保護。必須考慮的只是，訴願人係以該傳單的方式來爭取藝術作品散布的自由。如果當時訴願人引用該藝術作品係爲追求上述目的，則此行爲亦能使藝術作品公諸於衆。在本案中，若國家的干預行爲單純係爲了阻撓該被廣爲散布的藝術作品的話，則該責任編輯就成爲藝術品的傳達者，在這個時候，基本法第五條第三項第一句之藝術自由應優先於意見自由而適用之。

由原判決以憲法爲出發點的角度來看，雖屬無可指摘，但具有決定性的乃是邦法院所陳述的理由，因爲巴伐利亞邦最高法院就訴願人之上訴未附進一步的理由即予以駁回。

3. 然而邦法院對於基本法第五條第三項第一句的保障領域卻未爲適當的界定，其對系爭歌曲的判定亦未考慮藝術本身的結構特徵（參考BVerfGE 30, 173[188]）；同時，法院對於該首改編自國歌的歌曲所作的解釋，亦不符合原作精神，參考BVerfGE 75, 369[376]）。

就「八六年德國之歌」而言，顯然地係一種諷刺文學。然而邦法院卻不會努力去探求該首歌所欲傳

達的核心意旨，並且將之與作者所選擇的表達方式分開來觀察（參考RGSt 62, 183[184] +VerfGE 75, 369 [377]）。法院毫不區別地將該首歌曲認為是否定的，有損名譽概念的大雜燴，而其所考慮到該首歌曲的文字說明，充其量也只是爲了證明這首荒謬可笑的歌應該被揚棄。此種解釋方式並未符合藝術作品本身的諷刺性內容，也侵犯到藝術自由的保障。

顯而易見地，藝術家的意圖乃是想要指出德國生活關係中表象與現實間的矛盾。而此一核心意旨乃以改編德國國歌作爲其表達的方式。在該首國歌的改編中，作者運用與德國國歌原文相近似的格律，語音，並將原文加以異化，而以一種將現實生活極度誇張及否定的描述方式將其理想化呈現出來。亦即，作者係用一種反諷的方式傳達其意念。而邦法院卻完全忽略該諷刺作品可能呈現的核心意旨——對於表象與現實間矛盾的遣責。因此邦法院必然會認爲該首歌曲侮辱德國國歌及國家本身，而忘了去考慮此種生活現實的露骨表達並非與德國國歌及憲法秩序所代表的理想價值相對立。至少邦法院必須考慮到此種理解的可能性，而非單單僅依刑法上重要解釋即遽下判決（參考BVerfGE 67, 213[230]）。

4. 依照其原本錯誤的解釋基礎，邦法院並沒有充分考慮基本法第五條第二項第一句的要求，即對藝術自由與與之相衝突的憲法價值間劃定界限。

固然在原則上，刑法第九十條之一第一項第二款對侮辱國歌的可罰性與藝術自由並非背道而馳（於a論述）；然而法院卻是基於不符合原作精神且忽略藝術自由的解釋來科處刑罰，而法院在其他判決理由中，也不會再加以論證，此外，此種諷刺性的表達方式也不必然要適用刑法規定來加以處罰（於b論

述)。

a) 如同國旗一樣，國歌也是經由刑法第九十條之一第一項第二款之規定以之為國家的象徵而加以保護。因此，此種對國歌的保障亦如國旗一樣具有憲法基礎。然而基於國家本身的因素，現在人們只有演唱國歌的第三段，故對國家象徵的保護自始也只及於第三段。

b) 撇開國歌只有有限的憲法保障效力不談，邦法院雖努力在藝術自由與同受憲法保障的相衝突法益間作一個案的利益衡量，以求得一個合理的平衡，但是，此種努力難免會觸礁，因為邦法院根本沒有依照必要的方法來解釋該首改編歌曲。如果這種情形沒有發生，那麼就不必去決定是否有必要在相碰觸的憲法法益間尋求平衡，因為，如理由3中所述，若對該首改編歌曲作符合原作精神的解釋，可能就會排除侮辱罪的成立。當然不可否認地，若認為諷刺的表達方式本身已經可認為「形式」上的侮辱，則即使吾人將核心內容與表達方式作出可以令人接受的解釋，也可能會被認定為侮辱。然而此種認定在本案中並不適用，因為從法院的判決理由中看不出法院會將該首歌曲的核心內容與其過分尖銳的表達分開觀察，而將該過分尖銳的表達認為係一種侮辱。

巴伐利亞邦最高法院認為邦法院的判決認專用法並無違誤，故其依據刑法第九十條之一第一項第二款之規定所為之判決同時亦不符合基本法第五條第三項第一句之要求。

II、(關於基本法第一〇三條第二項之論證)

1. 訴願人對於法院違反基本法第一〇三條第二項的指摘僅部分有理由。

在該條規定中所確立的法明確性原則課予立法者義務將刑罰構成要件加以具體化，以便讓刑罰構成要件的效果及適用範圍足以辨識並且可透過解釋加以確定（參考BVerfGE 75, 329[340f.].）。任何人皆能因此預見何種行為將受刑法處罰，此外也確保立法者自身得就可罰性，為抽象一般的規定。）

由於牽涉究竟那些歌詞才算是德國國歌的問題，因之只有在涉及國歌的第三段時，才會有法明確性的要求。由聯邦總理艾德諾及聯邦總統霍以斯在一九五二年的通信中並不明確，且令人無法辨識出只有第三段才能被解釋為國歌。但可確定的是，在國家的慶典中，只演唱國歌的第三段，而此亦為數十年來的慣行。故對於刑法第九十條之二第一項第二款的相對人而言，所謂「國歌」的概念意義就不能超過第三段。因此，根據污辱國歌前兩段所科處的刑罰，也就違反基本法第一〇三條第二項的法明確性原則。（以下為法官簽名）

〔譯者註〕

一、柏格貝爾譯為有名的集中營。

二、瓦克斯多夫位於德國巴伐利亞邦，本有一核廢料處理中心，曾遭示威反對，現已廢棄。