

【法庭一周新報案】判決

BVerfGE 34, 269-293 - Soraya
聯邦憲法法院第一庭1973.2.14.判決 - 1 BvR 112/65

石世豪 譯

裁判要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 法制背景

1. 現行法概況
2. 民法典立法背景
3. 歷來實務見解
4. 法制發展
5. 晚近終審裁判見解
6. 當前正反意見

B. 本案事實

1. 實體關係及前審見解
2. 訴願聲明

C. 訴願決定之理由

I. 訴願爭點

1. 對民事判決之憲法訴願
2. 對民事法院之尊重
3. 報業自由之限制
4. 基本權之權衡

II. 限制基本權之依據

III. 限制基本權之適當性

IV. 法官造法之合憲性

1. 「法律及法」之拘束
2. 民法典之制定及修正
3. 民法漏洞之填補

V. 旁論

裁判要旨

民事法院就一般人格權之嚴重侵害，判決得請求以金錢賠償其非物質上之損害者，合於基本法之規範。

案 由

於1. 「世界」日報出版有限公司由其負責人代表，以及2. V先生授權W律師（地址：Hamburg 36, Jungfernstieg 30 I），對a) 聯邦最高法院1964年12月8日判決（VI ZR 201/63），b) Karlsruhe邦高等法院1963年7月3日判決（1 U 7/63）及c) Mannheim邦地方法院1962年8月24日判決（7 O 73/61）所提起之憲法訴願程序中：

裁判主文

本件憲法訴願駁回。

理由

A.（法制背景）

1. 依民法第二百四十九條規定，損害賠償義務人應回復致生賠償義務事態發生前之事實狀態。此項「回復原狀（Naturalrestitution）」原則，亦適用於財產權以

外「非物質上 (unmaterial)」損害之賠償。例如，侵害名譽案件中，受誹謗人之名望減損，依其情節，得以更正或刊登課予更正義務之判決書，予以排除。

然而，回復原狀係以先前事實狀態可能回復，為其前提要件。損害如基於事實上之理由，無法或不能完全以此方式填補者，則受有損害者得依民法第二百五十一條第一項規定，請求金錢賠償。就非物質上之損害，此項原則卻受民法第二百五十三條規定所限制：依該條規定，僅於該法所規定之情形，始得請求以金錢賠償損害。此處所涉及者，主要係依民法第八百四十七條規定，身體傷害、自由侵奪及違背善良風俗行為之受害人所享有之所謂慰撫金。民法典之外，非物質上之損害係以一系列之特別構成要件取代，例如，航空交通法 (Luftverkehrsgesetz) 第五十三條第三項第一句、營業競爭限制防止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 第三十五條第一項第二句及第二十七條，以及著作權法 (Urheberrechtsgesetz) 第九十七條第二項等規定。

2. 十九世紀中期盛行於德意志地區之法律體系，雖然曾提供一套相對廣泛之人格權保護，且出以慰撫金請求權之形式；民法典草案之起草人，對於非物質上利益之侵害，自始即拒絕認許以金錢彌補之一般請求權。縱然法學界中出現不可忽視之反對意見（尤其來自 Otto v.

Gierke及Franz v. Liszt），立法者仍堅持此項見解。此項見解之主要理由在於：將非物質上之生活法益置於與財產法益相同之地位，並以金錢衡量觀念上之損害，有違主流之國民觀念；此外，法官亦欠缺衡量此種損害之明確標準。

3. 帝國法院關於人格權保護之審判實務（*Rechtsprechung*），始終遵循民法典成文法所設之界限。法院與當時主流學說相同，拒絕承認一般人格權；依其見解，此項權利不合於現行民法，且於民法第八百二十三條第一項範圍內承認此項權利，將導致該項規定界限不明確（RGZ 113, 413）。然而，帝國法院為因應人格領域內之重大侵害行為，遂擴張既有特別人格權——如姓名權及肖像權——之保護範圍。藉由類推適用民法第八百六十二條及一千零四條規定，後續名譽侵害行為之不作為請求權，以及更正及澄清聲明之請求權亦因而獲得承認。以金錢賠償非財產上之損害，僅於名譽侵害致生健康損害之結果，且得評價為身體侵害時，始予認可（RGZ 142, 116 [122 f.]）。

民法上人格權保護之不足，第二次世界大戰之後尤其受到重視；一方面係因國家社會主義對人格自由範圍之限縮，已超出以往人們所認為可能之程度。另一方面，由於現代社會典型之大眾傳播及廣告宣傳，（個人及社會之）資訊權不斷被強調，報導工具及其他技術設

備完善，已造成民法典立法者所無法想像之各種侵入個人領域之可能性。

聯邦最高法院於一九五四年首次承認一般人格權，因此獲得各方贊同（BGHZ 13, 334 [337 f.]）。聯邦最高法院宣示：基本法第一條及第二條所保護之人性尊嚴受尊重及人格自由開展之權利，亦係民法上，任何人於私法活動中所應尊重之權利。依其見解，一般人格權享有民法第八百二十三條規定之保護；然而，判決此項權利是否受侵害，尚需謹慎依其細節為法益及利益權衡。聯邦最高法院並於較晚近之判決中，努力具體化一般人格權如同概括條款般寬鬆之範疇（參照BGHZ 15, 249; 20, 345; 26, 52; 27, 284; 31, 308等）。

4.正值一般人格權於審判實務及法學界中快速得以貫徹之際，關於人格權侵害之非物質上損害，是否得依現行法請求金錢損害賠償之問題，則仍有爭議。

第四十二屆德國法律人大會（一九五七年）建議一項廣泛之法律規範，並表明支持以金錢補償損害。聯邦政府依隨此項提議，於一九五九年間向德意志聯邦眾議院提出「民事法上人格及名譽保護規範調整法草案（Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes: BTDrucks. III/1237）」。法案中預定納入：民法第十二條規定應以一項「民法上之人格保護基本規範

(Grundnorm des bürgerlich-rechtlichen Persönlichkeitsschutzes)」取代。依該項法案，在隨後之規定中，應處理典型重大或歷來審判實務上已密集成型之人格侵害型態。於侵權行為法中，民法第八百二十三條第一項、第八百二十四條及第八百四十七條規定，應調整配合人格保護之擴張。民法第八百四十七條規定應包含下列文字：

(1) 人格受侵害者，就財產損害以外之損害，得請求以金錢為相當之補償，及所受侵擾之彌補；第二百四十九條規定所稱回復尚屬可能且充分，或另以金錢以外其他方式彌補被害人者，不適用本項規定；非顯見之侵害，不在本項規定範圍之內。補償之數額，依具體情形，尤其，依侵害及責任之重大程度定之。

(2) …

本項草案並未通過。其於公共領域中，遭遇強烈之批評。報業尤其譴責此項草案過度擴張人格保護、犧牲言論及報業自由已逾容許程度，致報業有不能履行其公共任務之危險。

一九六四年間所舉行之第四十五屆德國法律人大會，再次向立法者建言之後，聯邦司法部遂於一九六七年間公布一項「修正及補充損害賠償法上規定之法律

（Gesetz zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften）」參考草案。該項法案就有關損害賠償法之廣泛改革部分，亦預計納入：民法第八百二十三條規定中，名譽及一般人格權應如同絕對權利予以保護。依理，民法第八百四十七條規定，即相當於較早草案之版本。本項草案，並未進入國會討論程序。

5.各級法院並未靜待人格權保護之法律規範調整。聯邦最高法院於一九五八年間所謂「仕紳騎士（Herrenreiter）案」判決中，首次判令人格權受侵害者，就非財產上之損害，以金錢為相當之補償（BGHZ 26, 349）。判決理由援引一九五四年間一項判決（BGHZ 13, 334），揭示：自基本法第一條及第二條規定中，不僅得推衍出人格應予尊重之法要求（rechtliche Gebot）。依其見解，根據上述規定推論，就個人領域之侵犯，有必要提供保護以對抗造成人格特質上各種損害之侵害行為。課予損害賠償給付之義務，係以類推適用民法第八百四十七條規定為其依據。

在眾多晚近之判決中，聯邦最高法院確認此項判決之基本原則，並進一步予以闡揚。但是，慰撫金請求權自此不再藉由類推適用民法第八百四十七條規定加以推導。此等判決毋寧傾向下述立場：倘若就人格權之侵害，不發動與精神上侵害（ideelle Beeinträchtigung）相當之制裁者，則基本法價值決定影響下所建構之民事法

上人格保護，將有所疏漏而不足。依其見解，就如同將犯罪行為法上之保護（*deliktsrechtlicher Schutz*）限定於人類特定個別法益顯然過於狹隘，不足以保證基本法所要求之人格保護；將精神損害賠償（*ideeller Schadenersatz*）限定於個別列舉法益之侵害，將不再符合基本法之價值體系。排除人格保護中各種非物質上損害之賠償，意謂：就人性尊嚴及名譽之侵害行為，仍無民事法律秩序上之制裁。如此，法律秩序無異放棄最有效且往往僅存之工具，藉以確保個人之人格價值受尊重。然而，並非對一般人格權之任何輕微侵害，均伴隨非物質上損害之金錢賠償義務；否則，將產生下述危險：不重要之侵害以不相當之方式遭利用，藉此牟取利益。精神領域內之人格權侵害，較身體上之侵害結果更難以金錢之一般價值尺度估算。依其見解，就一般人格權之侵害行為，慰撫金之彌補作用應予優先考慮。因此，應反覆檢視：關係人所受損失不能以其他方式填補者，是否必須就其所受侵擾，依人格權侵害之種類，命為彌補。上述問題，通常僅發生於侵害人被控負有較重之責任，或涉及判斷上客觀而明顯之人格權侵害之情形。輕率侵犯他人之人格權，藉以製作自己更具吸引力之商業廣告者，尤其具備此等前提條件。此種不正當營利行為，唯有使其承擔可觀實質損失之風險，始能有效加以遏阻（BGHZ 35, 363）。

於所謂「電視女播報員（Fernsehansagerin）案」（BGHZ 39, 124）中，聯邦最高法院亦指出：自一九〇〇年以來所經歷技術上及社會上之深層發展，已造成民法典創造者完全無法預見之人格法益深受侵害之各種可能性。依其見解，民法典內有關各種非物質上損害補償之規定，將不符合因此所產生、對於一項強化且與侵害性質相當之人格保護之需求。倘若正視人類尊嚴之保護，係國家機關之迫切任務，及法官受基本權目錄（Grundrechtskatalog）之價值決定所拘束，則法官得不再受一九〇〇年間立法者之決定所拘束，就重大人格權侵害行為之各種非物質上損害，拒絕判令賠償。

6.各級民事法院之審判實務及法學界，絕大多數追隨聯邦最高法院之上述見解（參閱Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S. 349 ff.; Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 27; Werner in Staudinger, Kommentar z. BGB, 10./11. Aufl., 1967 Anm. 7. zu § 253; Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, 1964, S. 37 ff.; von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, Festschrift Dt. Juristentag, Bd. II, 1960, S. 49 [107 ff.]等，均附有進一步例證）。聯邦勞動法院及聯邦財政法院亦贊同上述見解。

法學界（參閱，尤其Larenz, Verhandlungen des 42. DJT, Bd. II [1959], Teil D, S. 34, 36, 及Methodenlehre

der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1969, S. 402) 及個別邦高等法院之批評，主要係反對其尋求法源 (Rechtsfindung) 之方法，較少針對其結論之實質妥當性。反對意見認為：無論透過解釋或類推適用，民法第八百四十七條規定均不得援引為請求權基礎。依其見解，立法者已於民法第二百五十三條，採取一項排他性之規定。法官造法 (richterliche Rechtsfortbildung) 因而欠缺其前提要件。所謂「倘若就人格權之侵害，不發動與精神上侵害相當之制裁者，則民事法上人格保護將有所疏漏而不足」之論證，已非法律上，而係法律政策上之性質。確定權利侵害之效果，係立法者之任務，非屬法院者。強調慰撫金之彌補作用，將導致其與刑罰之界限模糊。

B. (本案事實)

1. 提出訴願之出版社「世界」屬於Axel-Springer集團 (第一訴願人) ，前此亦發行銷及聯邦全境之周刊「法庭一周新報 (Das neue Blatt mit Gerichtswoche) 」。第二訴願人係該刊物迄至一九六一年間之執行編輯，該刊物則尤其致力於以聳動性之社會報導娛樂讀者。於一九六一及一九六二年間，該刊物反覆以附插圖之方式，處理波斯國王離婚妻子Soraya Esfandiary-Bakhtiary公主之有關題材。於一九六一年四

月二十九日當期首頁，以標題「Soraya：國王不再寫信給我」公開附有一則「獨家訪問（Exklusiv-Interview）」之所謂特別報導；該則訪問稿，據稱係Soraya公主同意一名女記者所進行者。訪問稿之中，記述公主關於其私人生活之表白。該則訪問稿，係由一名女性自由工作者賣予「新報」；實際上則純屬虛構。一九六一年七月一日當期「新報」，以插入一篇新報導「Soraya - O'Brian：心靈的考驗」併列之方式，公開一則來自Soraya公主之簡短更正聲明，確認並未進行該項訪問。

地方法院認定Soraya公主就其人格權受侵害、請求損害賠償給付之訴有理由，並判決訴願人依共同之債，給付一萬五千馬克。訴願人之上訴及再上訴均敗訴。聯邦最高法院認定散布關於Soraya公主私人事務之虛構談話，係違法侵害其人格權。依其見解，訴願人於利用公眾與聞Soraya公主之命運以牟取利益之際，以非其所為之私人事務（Privatsphäre）表白強加其上，已捉弄其個人。此種對個人自我決定之侵犯，及與此相伴隨之社會名望減損，既不得以某種公共利益存在其中為由，亦不得以訴願人嗣後已於另一份畫報公開其生活回憶，加以合理化。兩名訴願人之行為亦均屬有責。就刊印前任波斯王后之訪問於好奇公眾之間所可能引起之關注而言，應已具備對此特別注意之動機：一項簡單之查證即

可發現詐騙情事。訴願出版社亦應就此項欠缺注意情事負責。

聯邦最高法院援引其早期判決BGHZ 35, 363及39, 124，隨之闡述：就重大人格侵害行為，倘若唯有以金錢彌補始能達成精神損害之適當撫慰者，得要求以金錢彌補。依其見解，本案已符合上述前提要件。關於侵犯情節輕重之判斷，除虛構訪問之廣泛散布外，其藉以追求營利上之目的的一節，亦有其重要性。其所生之損害，並不因更正聲明之公開而獲填補。

2. 訴願人以憲法訴願指責違反基本法第二條第一項與第二十條第二項及第三項、第五條第一項第二句及第二項，第一百零三條第二項等規定，其受基本法第三條、第十二條及第十四條規定所保障之權利並有受侵害「之虞」。其所述理由如下：

適用對於一般人格權之侵害行為，於特定前提要件下，亦應就精神上之損害給付金錢賠償之法規範（Rechtssatz），並未謹守合憲秩序之範疇；因為，此項法規範，係違反基本法第二十條第二項及第三項規定所確立之權力分立原則所導出。因此，繫爭判決係以不法（unzulässig）方式侵犯其行為自由（Handlungsfreiheit）。聯邦最高法院賦予慰撫金係違背法律之明文；因為，此項法律效果，既非直接亦無法藉由類推適用，自民法有關規定中加以推導而出。含糊

引自法律政策上對完整人格保護之可欲性（*Wünschbarkeit*），並不能發展出實現人格保護之政策工具。否則，法院即授予自己立法者之權限。基本法第一條及第二條規定中所表明之基本法價值決定，雖得導出一般人格權係民法第八百二十三條第一項規定所稱之其他權利，但不足以導出賦予慰撫金之依據。自憲法規範直接推導出民事法上之給付請求權，與本質上係防衛權（*Abwehrrecht*）之基本權性質相互矛盾。此外，聯邦最高法院此項審判實務，亦違背法律安定性（*Rechtssicherheit*）之憲法上基本原則；因為，就人格侵害行為許可一項慰撫金之前提要件，較身體侵害行為之慰撫金更廣泛仰賴法官之裁量；關於補償之原因及數額，連漸次釐清之可預見性均付之闕如。

繫爭判決侵害言論及報業自由，因為，聯邦最高法院所發展並據以為上述判決基礎之法規範，相當於基本法第五條第二項規定所稱基本權之不法限制。此外，此項備受爭議之審判實務，賦予人格保護優先於自由表達意見權利之地位，並創造一項不應容許之針對報業之特別法（*Sonderrecht gegen die Presse*）。歷來已判決之案件亦證實，此項審判實務幾乎完全針對報業。此項審判實務對出版社而言，意謂一項數額不能預見之潛在代位風險（*Regreßgefahr*）。縱以技術及制度上之最大注意，尤其不能於每週以數百頁出刊之畫報中避免人格侵

害行爲。就非物質上之各種損害許可一項慰撫金，亦違反「無法律則無刑罰（*nulla poena sine lege*）」之基本原則（參照基本法第一百零三條第二項規定）。不同於民法上之損害賠償法基本原則，此項損害賠償之數額，將受侵害人之責任程度所影響。因此，判決給付一項慰撫金，即相當於刑事法上之制裁。此種判決宣告，事前並未經法律明定其可罰性（*Strafbarkeit*）。

C. （訴願決定之理由）

本件憲法訴願無理由。

I. （訴願爭點）

1. 繫爭判決所進行之原審判程序，係依私法秩序決定之民事法律爭端（*bürgerliche Rechtsstreitigkeit*）。聯邦憲法法院就此類民事法之解釋與適用，不應事後加以審查。然而，憲法基本權規範中所蘊涵之客觀價值秩序，亦深入影響私法；此項客觀價值秩序作為憲法上之基本決定，適用於所有法領域。聯邦憲法法院負有義務，確保此項憲法之「幅射效力（*Ausstrahlungswirkung*）」獲得尊重。因此，該院遂審查民事法院之裁判是否基於一項對基本權範圍及影響力（*Wirkkraft*）之重大錯誤見解，或判決結果本身即侵害參與者之基本權（一般情形，參照BVerfGE 7, 198

[205 ff.]; 18, 85 [92 f.]; 30, 173 [187 f., 196 f.]; 32, 311 [316])。

本案訴願人不僅對民事法上之判決表示不服；訴願人主要係指責法院獲致此項結論之方法。訴願人就法官於此類案件中，基於其所受之法律拘束（*Bindung an das Gesetz*），是否得判決以金錢為損害賠償，加以爭執。就此，尚須考量基本法上所明定法官職務之性質及界限。此處應審查者，係關於此項內容之決定，是否得經由司法上尋求法源之方法獲致。法官尚不得於其判決中，任意詮釋適用基本法之價值觀念。法官不遵守其尋求法源之憲法上界限，並藉由此種方法獲致一項合於憲法價值觀念之結論者，亦屬違憲。由此所做成之判決，亦應於聯邦憲法法院加以指正。

2. 本件民事法爭端，其請求權基礎係民法第八百二十三條第一項之規定。聯邦最高法院於該條所稱之權利範疇內，將「一般人格權」亦置入其中，就此，該院以其已於一九五四年五月二十五日判決（BGHZ 113, 334）中詳細論證之既定審判實務，支持其所採見解；訴願人之行為舉措（*Verhalten*），該院認定侵害此項權利。倘若此項審判實務之理由及其進一步發展，仍停留於民事法釋義學（*Dogmatik*）之領域內，則就此項審判實務之正確性加以判斷，並非聯邦憲法法院之任務。果然如此，則僅確認下述問題即可：此項民法典立法者尚

拒絕承認之一般人格權，經法學界數十年討論後得以貫徹，並於聯邦最高法院上述判決中具體獲得承認之後，至此已成為我國私法秩序之穩定構成部分（就此，參閱諸如前此已提及之法律草案，BTDrucks. III/1237, Begründung S. 6 f.; Nipperdey im Handbuch “Die Grundrechte”, Bd. IV, Hlbd. 2, 1962, S. 830; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S. 5 ff.; Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 1 Abs. I Rdnr. 38）。

聯邦憲法法院就聯邦最高法院此項審判實務，並無基於憲法上之理由加以反對之立場。基本權之價值體系核心，即為社會共同體中自由開展之人類人格及其尊嚴（BVerfGE 6, 32 [41]; 7, 198 [205]）。此項人格，應享有所有國家權力之尊重與保護（基本法第一條及第二條第一項規定）。人類之私人生活領域（private Sphäre）——亦即人類獨處、自己負起責任做成決定並希望不受任何形式侵犯行為所騷擾之領域——尤其得請求此項保護（BVerfGE 27, 1 [6]）。私法領域中一般人格權之權利型態（Rechtsfigur），亦服膺於此項保護目的；就承認個別人格權之後仍留有之人格保護上之漏洞，並已隨時間經過、基於不同原因而益形凸顯，此項權利型態則適足以填補。因此，聯邦憲法法院對民事法院審判實務上承認一般人格權一節，從未加以指責（特別參照 BVerfGE 30, 173 [194 ff.]; 34, 118 [135 f.]）。

及一九七三年一月三十一日裁判 - BvR 454/71 - Abschn. B II 2) (譯註)。

3. 民法第八百二十三條第一項規定，係基本法第五條第二項規定所稱之「一般法律」(BVerfGE 7, 198 [211]; 25, 256 [263 ff.])。倘若依無違憲之虞之該項規定解釋，一般人格權屬於其所列舉之各項權利者，則一般人格權依憲法之意旨，即有限縮訴願人據以支持其聲明之報業自由基本權之權能(Fähigkeit)。一般法律之潛在影響力(potentielle Wirkkraft)於此，如上所述，自基本法第一條及第二條第一項規定之保護委託(Schutzauftrag)獲得憲法上之強力支持。另一方面，報業自由對自由民主秩序所具有之深厚意義，亦不容忽視。為解決民事法律關係當事人憲法上所保護之利益範圍間之衝突，於此際所應進行之權衡(Abwägung)中，報業自由仍有其重要性(BVerfGE 25, 256 [263]; 30, 173 [196 f.])。於此項權衡中，一般人格權不得全面主張其優先地位；依具體案件之事態，報業自由就自人格權所推衍出之各項請求權，得產生限制作用。

4. 繫爭判決就原審原告人格領域之保護，認許其優先於報業自由之地位。依據已確認之事實，此點並無憲法上之疑慮。依該項事實，訴願人於娛樂性報業之組

(譯註) 刊印序號：Nr. 21 S. 238, 246 f.

織中，公開一則虛構之原告訪問稿，其中，其私生活歷程係以原告自述之方式加以呈現。法院認定上述事實侵犯原告之私人生活領域，依其見解，亦唯有原告得決定是否及以何種形式使公眾得以探究其私生活。

事實上，依上述事態，訴願人不得以報業自由支持其處置過程。誠然，如同邦地方法院援引法學界個別學說，完全拒絕賦予娛樂性或「膾炙人口（Sensation）」報業此項基本權之保護，已屬過度之推論。「報業（Presse）」概念應以廣義及形式性加以解釋；此項概念，不得以任何標準就個別出版物所為之評價為其條件。報業自由不限於「嚴謹（seriös）」之報業（Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 5 Rdnr. 128.；並參見BVerfGE 25, 296 [397] 及——廣播電視方面——BVerfGE 12, 205 [260]）。自此，並不得推衍出：對所有報業組織於任何法律有關情況下，並就其披露之任何內容，均以相同之方式賦予此項基本權之保護。就報業自由及其他憲法上所保護之法益進行權衡之際，尚得考慮報業是否於具體案件中，就具有公共利益性質之事務（Angelegenheit von öffentlichem Interesse），謹慎（ernsthaft）且針對事理（sachbezogen）加以討論，藉以符合讀者大眾之資訊需求，並貢獻於公共意見之形成，或者，報業僅滿足大小不等之讀者階層追求膚淺娛樂之需要。

本案中，相對於原告私領域之保護需要，並無就訪問所涉事務進行公共討論之普遍利益。讀者並無權利，藉由虛構之記述，「獲悉」關於一名曾經步入公眾注目焦點人物之私生活。縱使承認就此領域亦有意見形成上之正當利益，虛構之訪問亦不能有任何貢獻。私領域之保護相對於此類報業披露行為，理應享有優先之地位。

II. (限制基本權之依據)

倘若一項「一般法律」隱然限制報業自由，則此項限制生效之種類及方式，僅依該項法律內容定之。此點尤其意謂：僅得以法律所授權之制裁措施，課予報業組織，並有效限制其自由。此即訴願人所指責之處：訴願人主張，就一般人格權之侵害，並無「一般法律」規定以金錢賠償非物質上之損害者，民法第二百五十三條規定甚至明文排除此種請求權。因此，前審法院認許此種損害賠償請求權，已逾越憲法容許其限制報業自由之界限；此外，法院已課處一項實質上侵害報業自由之制裁措施，因為，此項制裁係單方面針對報業並使其承擔不能預估之風險，此項風險，長期勢必危及報業之生存。依其見解，上述判決根本誤解報業自由於自由民主國家體制內之本質及意義。

關於以上陳述，首先亦必須強調：判斷聯邦最高法院就已認定之一般人格權侵害所推衍之法律效果，是否

得以民事法上之釋義學基底構成其理由——易言之，繼續採行以承認一般人格權所發展之方法，並藉由認許一項損害賠償請求權、賦予此項權利以民法第八百四十七條規定中就有關構成要件所訂有之保護，是否係民事法上可能且必要者——並不屬於聯邦憲法法院之審判權限。

就此，聯邦憲法法院亦應自限於審查此項審判實務之憲法上觀點。由此，則產生以下之問題：一則，是否此等判決之實體結論本身，即已侵害報業自由之基本權；再則，縱然欠缺成文法上之明確基礎，仍以法官之判決導出此項結論，是否合於基本法。

經審查以上兩則問題，則成爲本案繫爭判決基礎之聯邦最高法院審判實務，並無明顯之憲法上疑慮。

III. (限制基本權之適當性)

依事物本質，報業組織尤其可能犯下侵害一般人格權之行爲，因爲，報業掌握資訊取得及散布之技術工具，因此亦相對易於侵入人民之私領域。審判實務上之事例卻顯示，民事法院亦將其所發展之一般人格權保護規則，適用於報業以外之領域（參見BGHZ 26, 349; 30, 7; 35, 363等）。僅依此項理由，即無「針對報業之特別法」存在。

誠然，課處過度嚴格之制裁措施——於特定情形

下，不可預見之高額損害賠償請求權亦可能屬之——尤其，倘若此等請求權之法律前提要件並未清晰定義者，亦將違憲縮限報業自由。本件所涉及者，卻並非此類案件。自民法第二百五十三條第一項規定即可得知，以金錢賠償非物質上之損害，並非一項我國法制全然陌生之制裁措施。民法第八百四十七條規定中，亦就民法第八百二十三條規定所稱其他法益之侵害，如同個別特殊法律規定（Spezialgesetze）般訂有此項制裁措施。審判實務發展過程中，就非物質上損害應給付賠償之案件類型，已獲得清晰之輪廓。損害賠償請求權具有補充性質；法院僅於回復原狀，例如認許不作爲或更正之請求權，係不能或依案件情況並不充分時，始判決金錢補償；嚴格而言，並無所謂「名譽之商業化（Kommerzialisierung der Ehre）」。由於必須具備人格領域之明顯損害及重大責任，已預防負責任事之報業所承擔之各項注意要求（Sorgfaltsanforderungen）不致過度擴張，使其不必就所有不確實或客觀上不正確之資訊負責。通觀此項審判實務，終究——如同本案——經認許之損害賠償數額，其額度尚維持於相當之界限內，倘若顧及構成損害賠償請求權理由之報業組織之行爲舉措，依其通例，均由經濟上之利益所決定時，尤其如此。報業因此項審判實務所承擔之風險，因而並未逾越期待可能之程度（das zumutbare Maß）。就本案所應判

斷之情形而言，尤其明顯：應用以防止虛構訪問稿散布之注意程度，絕非無期待可能（niemals unzumutbar）。

IV.（法官造法之合憲性）

1.傳統上法官受法律之拘束，固然係權力分立基本原則及法治之支持要件，依基本法之表達方式，終究已轉變為司法審判受「法律及法（Gesetz und Recht）」所拘束（第二十條第三項）。因此，依通說見解，狹義之法律實證主義（Gesetzespositivismus）已遭拒斥。此項特殊表達方式，確立法律及法雖然事實上通常一致，卻未必始終互通之認知。法並不同於成文法律之整體。於特定情形下，對應於國家權力機構之實證規章（positive Satzungen），仍有更高之法（ein Mehr an Recht）存在，其法源來自作為一項意義整體（Sinnganze）之合憲法秩序（verfassungsmäßige Rechtsordnung），對應於成文法並得發揮矯正之作用；發現法並落實於判決中，係司法審判之任務。基本法並未指示法官，就各項立法者之指示（gesetzgeberische Weisungen），依可能之文義界限適用於個案中。此種見解，係以國家實證法秩序基本上無漏洞（Lückenlosigkeit）為其前提要件，此種狀況，可據以為法律安定性之原則性前提假設（Postulat），實

際上卻無法達成。法官之職務，並非僅由認識（*Erkennen*）及宣示（*Aussprechen*）立法者之決定所構成。司法審判之任務尤其可能要求將合憲之法秩序內所蘊涵、卻未完整表達於成文法文字中之價值觀念，於一項評價性之認識活動中——其中亦包含意志性要素——加以揭示並實現於判決中。就此，法官必須避免恣意；其判決必須根據理性之論證（*rationale Argumentation*）。關於成文法並未符合其解決法律問題之功能，亦必須加以闡明。然後，依實踐理性（*praktische Vernunft*）之標準及「共同體之基礎共通正義觀念（*fundierte allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft*）」，以法官之判決填補此項漏洞（*BVerfGE 9, 338 [349]*）。

關於法官此項「創造性尋求法源（*schöpferische Rechtsfindung*）」之任務及權能（*Befugnis*），基本上從未發生爭議（參見：*R. Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 100 [1971]*及就此議題：*Redeker, NJW 1972, S. 409 ff.*等，均附有進一步例證）。各最高審級法院自始即加以援用（參見：*BGHZ 3, 308 [315]*；*4, 153 [158]*；*BAG 1, 279, [280 f.]*等）。聯邦憲法法院歷來均予承認（參見：*BVerfGE 3, 225 [243 f.]*；*13, 153 [164]*；*18, 224 [237 ff.]*；*25, 167 [183]*）。

等)。立法者本身亦明文賦予聯邦最高審級法院聯席會議（die Großen Senate der obersten Gerichtshöfe des Bundes）「造法（Fortbildung des Rechts）」之任務（參照法院基準法第一百三十七條等規定）。於部分法律領域中，例如勞動法，由於立法落後於社會發展趨勢之結果，創造性尋求法源具有特別重大之意義。

可能尚有疑義者，係為顧及基於法治理由所不可或缺之司法審判受法律拘束之基本原則，就創造性尋求法源所必須劃定之界限為何。此項界限，不能理解為一項公式，以相同方式適用於所有法律領域及所有由此形成或支配之法律關係。

2.為本案判決之目的，上述問題之提出，得僅限定於私法之領域。就此，法官係面對生效已七十餘年之民法偉大成文法典。此點就雙重意義上而言，均有其重要性：一則，隨「法典年齡（Kübler語，JZ 1969, S. 645）」之增長，法律要求（Gesetzesbefehl）及法官個案判決間之時間距離增加，必然提高法官創造性造法之自由。一項法律規範之解釋，不得始終長久停留於其制定時所被賦予之意義。應顧及者，係其於適用時所得具有之理性功能。規範始終植基於社會關係及對其發生影響之社會——政治觀念所形成之特定情境中；其內容可能且必須視具體情形隨之轉變。法律之制定及適用之間，生活關係及法律觀念已發生深層變化，如同本世紀

中所經歷者，尤其如此。法官不能藉辭停滯不變之法律文義，擺脫因上述變遷所可能產生之規範與實質正義觀念間之衝突；倘若法官不願意忽其依「法」審判（"Recht" zu sprechen）之任務，將被迫彈性運用法規範（*freiere Handhabung der Rechtsnormen*）。再則，以往之經驗顯示：倘若立法改革將導致一項偉大立法作品之變動——此類作品塑造整體法秩序之形象，正如民法典中私法之成文法典化——則立法改革將遭遇特殊之困難及障礙。

3.關於本案繫爭司法審判之標的問題，如上所述，於民法典起草過程中已發生爭議（早期歷史之記述，參見H. Stoll爲一九六四年第四十五屆德國法律人大會所撰之鑑定報告：Verhandlungen des 45. DJT, Band I [1964], Teil 1, S. 51 ff., 58 ff.）。隨後關於立法解決方案所提出之批判——初則尙未考量憲法上之觀點——亦從未沉寂。此項批判，得以西方世界其他國家中，就非物質上之各種損害亦廣泛承認金錢賠償可能性之法律發展爲其依據（參閱Stoll, a.a.O., S. 61 ff. 及Max-Planck外國私法及國際私法研究所一九五九年五月十五日鑑定報告，刊印於：前引法律草案附件五：BTDrucks. III/1237, S. 63 ff.，以及Zweigert-Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, Bd. II, 1969, S. 407 ff.）。依此項見解，結論上得斷定：西

方並無如德國，因不法行爲「僅」造成一項非物質上之損害，即經常任由不法行爲免受民事上之制裁者。將非物質上損害之金錢賠償，限制於少數明文——且就此相當程度上欠缺概念——規定之特殊情形，已被描寫成一項「立法上之敗筆（legislative Fehlleistung）」（Stoll, a.a.O., S. 124 f.）。各級民事法院於「基本法之私法形成效力（privatrechtsgestaltende Kraft des Grundgesetzes）」（L. Raiser）之影響下採取承認一般人格權之步驟後，上述批判勢必隨之增強。由此，觀察就一項人格權侵害行爲所課處之各項制裁措施，遂可見一項漏洞存在；此項於民法典制定時尚不能預見其重要性之問題，於已改變之法律認知及新憲法之價值觀念影響下，迫切需要一項自第二百五十三條列舉條款中所不能導出之規定加以解決。

司法審判遂面對一項難題：是否應以其所掌握之工具填補此一漏洞，或應靜待立法者介入。倘若法院選擇第一項取徑，則其立場將因法學界主流意見獲得強化（參閱Nipperdey im Handbuch “Die Grundrechte”, Bd. II, 1954, S. 46等）。因此，聯邦最高法院及其他各級法院之有關判決，自始即自法學界獲得普遍之贊同（參見Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 2 Abs. I Rdnr. 27; Nipperdey, a.a.O., S. 855 f.; Werner in Staudinger, Komm. BGB, Anm. 7 zu § 253等）。其中所表達之意見，稱此

項審判實務符合一般之正義觀念，並無視其為意見及報業自由不可期待之限制者。第四十二屆及第四十五屆德國法律人大會（一九五七年及一九六四年）之專題報告，以及聯邦政府法律草案BTDrucks. III/1237號之理由，均顯示各界強烈感受人格之有效民事法律保護之需要，且正係就非物質上損害認許金錢補償之方式為之。因此，反對上述批判者，亦較少針對判決之結論，主要仍針對此項審判實務用以正當化其取徑之方法——釋義上之衡量（*methodisch-dogmatische Erwägungen*）。涉及民事法之方法問題部分，聯邦憲法法院基本上不應審查就此所提出之各項質疑。不應忽略者，係民事法多數作者顯然認為法院之考量於釋義學上亦無疑慮（參見 von Caemmerer in: *Festschrift für Fritz von Hippel*, 1967, S. 31 ff., 37 f.; Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2. Aufl., 1967, S. 349 ff. 附有進一步例證，等）。比較法協會比較民事法專業群一九七一年於Mannheim之專題報告（*Arbeiten zur Rechtsvergleichung Bd. 61 [1972]*）中，就此得確認：聯邦最高法院就此項問題之審判實務，促成一項普遍與國際法律發展一致之法律狀態（參見 Kübler及Stoll之結語：S. 144 ff., 149 ff., 154）。然而，以民事法上起碼尚可接受、至少未明顯違背民事法上詮釋規則之取徑，其結論正係用以貫徹並有效保護一項憲法本身視為其價值系統核心之法益者，自憲法而

言，自不得加以指責。此項結論係基本法第二十條第三項規定所稱之「法」——並非成文法律之反面，而係其補充及擴展。

另一項替代方案——靜待立法者之規範——依事物之狀況，不得視為憲法上所要求者。雖然，聯邦政府兩度嘗試，將民事法上人格保護之問題導向立法解決方案。一九五九年間及一九六七年間通盤擬訂之法律草案，卻於立法程序初期即告失敗，因而無法得知立法者有無維持歷來法律狀態之意思。因此，對於承受判決壓力之法官，不得因其確信：已無法信賴一項全然不確定之立法者未來干預可能性，甚至以個案正義之明顯損失為其代價，奉行其形式上之法律忠誠，即加以譴責。

對聯邦最高法院尋求法源之方法，因此亦不得基於憲法之理由加以反對，因為，此項方法，僅於個案法律實踐所不可避免之程度內，與成文法律有所差異。聯邦最高法院既未將民法第二百五十三條規定全然視為不再具有拘束力之法，亦未試圖宣稱其違憲（由於所涉及者係憲法前之法，對該院而言，亦非全無此種可能）。該院並未破壞該條規定所明文之列舉原則，僅將立法者已命為非物質損害補償之情形再增列一項，即該院認為生活關係之發展趨勢及更高階之最高法規範（*jus superveniens*）——亦即基本法第一條及第二條第一項規定——迫使其必須為此判決之情形。聯邦最高法院及

隨後之各級法院，因而並未脫離法秩序之體系，且未直接適用其自身法律政策上之意志，而僅將憲法所塑造法秩序之基礎思想，以體系內所隱含之工具進一步加以發展（參見 von Caemmerer in seinem Diskussionsbeitrag bei Pehle-Stimpel, Richterliche Rechtsfortbildung, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 87/88, 1969, S. 38）。因此，依上述方式尋得之法規範，係法秩序之正當構成部分，並合於基本法第五條第二項規定所稱之「一般法律」、形成報業自由之界限（Schranke）。上述法規範之目的，係保障立於基本法價值秩序核心之人類人格及其尊嚴，亦於民事法上受有效之保護，並藉此強化基本權於此一部分法領域（Teilgebiet des Rechts）內之法效力（Geltungskraft）。基於以上各點理由，必須判定訴願人之憲法上反對立場敗訴。

V. (旁論)

訴願人基於基本法第一百零三條第二項規定所提出之指責，亦屬誤解。民事庭法官於個案中，就非物質上之損害判決應給付賠償——雖然並非全無「刑罰要素（pönale Elemente）」——並非該項憲法規定所稱之刑罰。

關於基本法第三條、第十二條及第十四條規定基

本權之侵害，則並不明顯。

(簽名) Benda; Ritterspach; Dr. Haager; Rupp-v.
Brhneck; Dr. Böhmer, Dr. Faller; Dr. Brox法
官病假，Benda (代); Dr. Simon