

「驚嚇廣告」判決

BVerfGE 102, 347

聯邦憲法法院第一庭 2000 年 12 月 12 日判決

- 1 BvR 1762/95, 1 BvR 1787/95 -

張永明 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A 事實與爭點

I 系爭之三幀廣告

II. 聯邦最高法院裁判之理由

III. 訴願提起人聲稱基本法第 5 條第 1 項第 1 句與第 2 句受侵害

IV. 相關機關的意見陳述

B 憲法訴願有理由

I. 新聞自由受侵害

II. 無需審理一般平等權與基本法第 5 條第 3 項是否受侵害

關鍵詞

登載廣告 (Werbeanzeigen)

競爭之正直性 (Lauterkeit des Wettbewerbs)

寒蟬效果 (Einschüchterungseffekte)

社會倫理的價值觀

(sozialethische Wertvorstellungen)

概括條款 (Generalklausel)

明確性 (Bestimmtheit)

平等原則 (Gleichheitssatz)

溝通自由 (Kommunikationsfreiheit)

視覺傳達廣告 (Imagewerbung)

不確定法律概念 (unbestimmte Rechtsbegriffe)

法官造法

(richterliche Rechtsfortbildung)

裁判要旨

1. 當雜誌發行人被禁止登載廣告主受言論自由保護的廣告時，其新聞自由即可能被侵害。

2. 如何在憲法上判斷，具有社會

爭議性議題的視覺傳達廣告（班尼頓廣告）。

案由

本案為 G 上市股份有限公司，因

不服 a) 聯邦最高法院於 1995 年 7 月 6 日作成之判決，案號 1 ZR 180/94, 1 BvR 1762/95, b) 聯邦最高法院於 1995 年 7 月 6 日作成之判決，案號 1 ZR 110/93, 1 BvR 1787/95，而由 Gunnar Folke Schuppert 博士教授全權代理提起之憲法訴願。

判決主文

聯邦最高法院於 1995 年 7 月 6 日作成之兩項判決，案號 1 ZR 180/94 與 1 ZR 110/93，侵害訴願提起人源自基本法第五條第一項第二句第一個選項規定之基本權。該兩項判決應被撤銷。

本案發回聯邦最高法院重新審理。

德意志聯邦共和國必須償還訴願提起人必要之費用。

理由

A. 事實與爭點

訴願提起人為一家報社企業，不服聯邦最高法院所作成，以違反公序良俗為理由（不當競爭法第 1 條，德文簡稱 UWG），禁止其登載班尼頓公司廣告之兩項判決，因而提起本憲法訴願。

I. 系爭之三幀廣告

在訴願提起人發行的「星球」圖畫報中，登載三幀由經銷全球紡織品的班尼頓公司所委託的廣告。第一幀

廣告登載一隻受原油污染的鴨子，在原油污染的水面上游泳；第二幀廣告則由第三世界許多不同年齡層辛苦工作的小孩的照片組成；最後一幀廣告則為一張裸露的人體臀部的照片，其上面蓋有「愛死病陽性反應」的字樣，照片的四個綠色框邊上印有「班尼頓彩色」的字跡。第一幀與第二幀廣告為案號 1 BvR 1787/95 憲法訴願案，第三幀廣告則為案號 1 BvR 1762/95 憲法訴願案之審理對象。

「對抗不當競爭協會」總部要求訴願提起人，不要登載這幾幀廣告，在被拒絕之後，向法院起訴。邦法院許可其起訴。訴願提起人向聯邦最高法院提起跳躍上訴，結果敗訴。班尼頓公司本身亦針對相關的警告，向民事法院起訴，但同樣遭致敗訴之結果（參考聯邦最高法院裁判 BGHZ 130, 196），但班尼頓公司並未進一步提出憲法訴願。

II. 聯邦最高法院裁判之理由

聯邦最高法院以如下的理由，作成被憲法訴願提起人攻擊之裁判：

1. 在前二幀廣告（受原油污染的鴨子、童工工作），基於其提升知名度的廣告效果，涉及受不當競爭法第 1 條規範的競爭廣告行為。其違反公序良俗的主要理由為，該登載廣告的企業以其自己對苦難的表敘，喚醒非少部分的消費者的同情與軟弱無助的感覺，而在某種程度上產生感同身

受，希望藉此促使受感動的消費者，對於其企業的名字以及商業活動，產生認同的觀感。任何人當其在商業往來中，未有從事競爭的客觀理由，而充分利用對人類或動物遭遇嚴重悲慘變故的描述，難保不會在與產品無關的廣告行為上，亦將公序良俗作為競爭的標的。

合法的視覺傳達廣告的界限，不能單獨地以成效競爭原則是否被侵害為斷。一個僅想要藉廣告提升知名度的企業，可能使用那種與企業產品或服務能力，毫無任何關聯的廣告手法。單純的沒有品味或具有驚嚇效果的廣告措施本身，因為其僅讓企業更受矚目而已，因此亦不具重要性。審理不當競爭的法官任務，並不在於將廣告置於品味審查之下。

工商業者與任何人一樣，均有權利對於世界上的悲慘現象，自由地表達意見，以及去諮詢與了解。但於此應遵守那些保護正直競爭的法律規定，而該等法律規定應在基本權的光環下被解釋。工商業者之意見發表，並不因為其充作競爭之目的，即不在於基本法第5條第1項第1句之保護範圍內。當意見發表所涉之事物，為在社會大眾的爭論中被賦予非不具重要意義之經濟、政治、社會與文化議題時，則在適用不當競爭法第1條之範圍內，應衡量相互間的法益——一方面為競爭之正直性，另一方面為

意見發表之自由。

工商業經營者得對於在社會上具有重要性的事件，公開發表看法，以提升有助商業利益之知名度或者聲譽。在競爭法上，此類的行為原則上得不受責難，但當該公開的發表對於所揭示議題的論爭沒有重大貢獻，而僅以促使消費者對作為廣告主的企業產生認同感，進而提升該企業的形象，以達其商業目的，則無法通過競爭法上之檢驗。本案即屬於此種情形。班尼頓公司的廣告手法，乃公開地譴責世界上的悲慘現象，並藉此喚起消費者的同情心與軟弱無助感，進而促使消費者認同從事廣告企業的名字。

訴願提起人於登載該等廣告時，其本身亦是從事一項競爭行為。依據經驗法則，一家報社企業在競爭廣告中，不會讓具有社會爭議性或政治性的訊息成為自己的立場。因此，其內容應不會是該項發表之具決定性的、排擠促進競爭意圖的動機。雖然出版商在維護新聞自由的利益考量下，僅對嚴重與明顯的不法競爭廣告行為負責任，而本案並不屬之，但依據首次違法的危險原則，一項禁制命令，乃是有理由的。由於該企業對於一項與禁制請求相關的邦法院暫時性處分，雖然還在訴訟中，但仍繼續自誇，其得從事被指摘的競爭行為，而未明確地證實，此舉在刻正進

行中的案件，僅係達成防衛目的之手段而已，因此首次違法的危險係存在的。

2. 在針對第三幀廣告(愛滋病陽性反應)之判決中，聯邦最高法院除確認上述對於不當競爭法第1條之原則之解釋外，另補充說明，在係爭之案件中，當該廣告為愛滋病患「蓋上印章」，使之與其他人有所區隔時，不僅是充分地利用了讀者的同情心，而且嚴重地牴觸了維護人性尊嚴的原則。此類的廣告，不僅應被定位為是，法院無法加以譴責的沒有品味廣告，其至少被本身是愛滋病患者認為是嚴重的不道德，且侵害其人性尊嚴的行為。而此種的效果，對於一位與愛滋病患接觸，或不與愛滋病患接觸的觀眾而言，均同樣無法免除。對於歧視受苦難折磨的人，以及逐漸產生的「烙印」精神傾向無動於衷者，應該是在競爭法領域上必須被抵制的對象。這尤其是當考慮到，現代的年輕觀眾對於過去歷史曾發生過的區隔人群的現象，並不容易瞭解時，更應該如此。法官將公序良俗的概念具體化時，並不需要詢問社會大眾的看法。

由於違法競爭產生的影響，並無立法立刻被確認出來，因此亦不應譴責聯邦法院基於訴願提起人輕視不應登載廣告的義務，而推論出訴願提起人應負擔責任之結果。

III. 訴願提起人聲稱基本法第5條第1項第1句與第2句受侵害

訴願提起人提起憲法訴願，指摘第三審法院的判決侵害基本法第5條第1項第1句與第2句。

1. 就1 BvR 1787/95 (受原油污染的鴨子與童工的工作)程序，訴願提起人聲稱，被攻擊的判決持續地侵害訴願提起人的新聞與言論自由，並因此產生寒蟬效果。其認為該判決係建立在一項對於基本法第5條的意義而言，原則上為不正確的見解，蓋其對於一項顯然具有政治社會內涵，以及高度公共福祉的現實性言論，以其具商業目的為由，不許可其受此項基本權的保護，因而拒絕為其進行衝突法益的衡量。

被禁止的行為，位於新聞自由以及言論自由的保護範圍內。就班尼頓公司所製作的廣告內容而言，判斷的基準為言論自由，當其由訴願提起人以符合報業的手法加以散播時，則新聞自由亦為判斷的基準。此外，新聞自由亦保護廣告內容之陳述與廣告中圖片的散播，而且不僅是因為其具有溝通的內容，亦因為其對報業具有經濟意義。

由於聯邦最高法院如此認定此廣告的宣傳目的，即其政治社會的內涵在法律上不具重要性，因此聯邦最高法院裁判所產生之干預，乃屬違法。當一項意義開放的陳述，毫無根

據地被單面性地解讀，同時在該被挑選出的解讀方式下，被認定為法律所不容，但對於另一個同樣明白的意義，則不認為是法律所禁止時，乃係對基本法第5條之誤解。聯邦最高法院雖然認為，在廣告中原則上亦可能具有對輿論形成有幫助的陳述內容，但卻認為此廣告的目的，僅在提升銷售量，蓋依其看法，該廣告對於所揭示出悲慘的爭論，沒有重要性的貢獻。但實際上，該廣告明顯地含有對於現實政治社會問題的陳述。此類型的圖片即使沒有任何附加的上下文，或者翻譯成文字，亦直接地明顯易懂，同時具有促進討論的效果。

前兩幀廣告所使用的照片，乃實際發生的事件以及具有現實性的議題。此類議題亦被其他的個人與組織所採納，其中有些部分亦同樣是用在具商業利益的關聯中。班尼頓公司的負責人解釋其意圖如下：「此構想的根據，乃作為私人企業我們，亦正視被其他各國或社會組織處理的問題。我們認為種族主義、戰爭、愛死病已使人類不再區分你我」。此斷陳述已足夠明白易懂，可見班尼頓不僅是一個成功的生意人，同時亦如政治家一樣積極地產生影響。

同時在考慮現代媒體與休閒社會對廣告的轉變，亦不能僅因廣告典型的宣傳目的，即否定廣告所具有促進輿論形成的特質。在當今的許多領

域，休閒社會已與經濟溝通形成一個網絡。廣告界經常利用的是，觀眾對於與產品沒有任何關聯議題的興趣。溝通內容的基本權保護，並不因為自私自利的目的存在，而受到阻礙。

聯邦最高法院在具體化不當競爭法第1條時，亦誤解了基本法第5條第1項之意義。不當競爭法第1條包含一項概括條款，雖然其具有不確定性，但在民事法院長期以來的裁判配套下，被認為是合憲的規定。因此，對於一項受此概括條款規範行為的處理，必須符合該裁判，或者至少以能確保預見可能性的方式，接近迄今發展出的案例群。聯邦最高法院的此則判決，卻無法看出係堅守迄今發展出的信條。公序良俗的概念在判決與文獻上，被當作是一個具相對性的參考條文，其包括各種社會倫理的價值觀在內。其應該在憲法價值秩序的光環下被審查，但聯邦最高法院卻未以此作為依據，而將不當競爭法第1條的違背公序良俗概念，在沒有經驗準據關聯下，自主地決定其意涵。

聯邦最高法院所作的衡量，對於競爭有關的保護利益，或者競爭功能條件的危害，均沒有任何關聯。其究竟是要追求何種在法律上或憲法上被許可的目的，並不明確。本案的案例事實，亦無法套用任何迄今就不當競爭法第1條所發展出的案例族群。

由於在被製造出來的感覺與消費者的決定間，缺乏一項功能上的關聯性，因此尤其不能被歸類為是強調感覺的廣告。在此類情況下，若援引該概括條款，則將遭遇缺乏明確性之指摘。

如此類的強調感覺的廣告，絕對不是違反競爭秩序的廣告。當代的廣告傳輸與利用對生活的感覺、地位的願望與幻想，設計出生活的世界、享樂與幻覺價值。其經常捨棄對於一項產品的關聯性，而以在一項生活感覺與公司或者商標名稱間的傳輸效果為準據。在宣傳中，與公共福祉有關的議題將被採用，藉此操縱對於該企業的注意與認同。班尼頓公司即將此種的運用手法，作為其廣告宣傳的核心要素。當然此與其他一般的廣告手法不同，不採脫離現實情況而指出世界的美麗、平等的空間、和平的希望或者近距離的人體為素材。班尼頓的廣告，與法院迄今未曾對之譴責的，強調感覺的廣告的類型不同，班尼頓的廣告嚴厲批評現實世界的關係，並誘發思考或者提出抗議。當聯邦最高法院許可該等認為世界完美如初的強調感覺廣告，卻禁止此類以真實世界呈現的廣告時，其亦傷害了平等原則。

最後，當聯邦最高法院認為一項首次違法的危險存在時，亦侵害了新聞自由。報業的特權，不能僅因前審

法院已肯定該廣告係違法競爭，即被拒絕。無論如何，在如本案的新型態與爭議的案例中，並無法十足肯定地確認違法競爭之存在。當聯邦最高法院不在個案中審查是否具備可辨認性，而在此類案件中一般性地虛構首次違法之危險，則為一項對基本法第5條不必要之侵害。此項侵害並非適當，蓋其建構出一項必須提出有違個人確信的聲明的義務。如此亦出現一項對受基本法第5條第1項第1句保護的消極溝通自由違憲之侵害。

2. 在1 BvR 1762/95（愛滋病陽性反應）程序中，訴願提起人補充說明，該照片促使眾人注意一項真實世界的政治社會議題，即受愛滋病感染者之處境。從該企業名稱所顯現出的廣告目的，事實上退居在該照片的強烈說服效果之後。

當聯邦最高法院認為訴願提起人抵觸人性尊嚴，因而課諸其報業責任時，亦侵害訴願提起人源自基本法第5條第1項的基本權利。聯邦最高法院利用人性尊嚴概念，卻未以顯而易見的方式解釋其內涵，同時在具體化此概念時，遺忘了經驗法則與規範的要素。鑒於亦有其他被涉及者表達完全正面的反應，因此一位法國愛滋病患的強烈反應，不能做為抵觸人性尊嚴的經驗性證據。

聯邦最高法院無法證實，該廣告以蔑視人性的方式，將被涉及者貶抑

成為單純的物件，或者成為追求商業利益的工作。聯邦最高法院並未闡述，該展示本身 - 亦即不顧公司的名稱 - 是否牴觸人性尊嚴。單獨指出刊登廣告的企業，並不足以作為成立此類牴觸的理由。將具醒世性質圖片與一項廣告目的連結在一起，並不會加深對愛滋病患族群的社會性誣蔑。

該廣告有可能具有某種意義，但與人性尊嚴的侵害無關。此類型的圖片，可以被利用來喚醒大眾對於受愛滋病毒侵襲者處境的注意。雖然該廣告同時被作為商業宣傳目的使用，但該廣告對於被涉及者所具有的正面價值意義，並不因此而消失掉。

IV. 相關機關的意見陳述

以下機關對此憲法訴願曾 - 以書面與在言詞辯論程序中 - 陳述意見：本案程序之原告、聯邦卡特爾署、德國工商業法律保護與著作權協會、已登記社團、德國工業與商業公會、德國廣告經濟協會總會 ZAW，已登記社團，以及消費者團體聯合工作會，已登記社團等。聯邦司法部代表聯邦政府，但未陳述意見。

1. 本案程序之原告認為憲法訴願無理由。班尼頓公司的廣告牴觸績效競爭的模範，因為其充分利用被展示出來的悲慘，以及在觀眾間強迫誘發出來的注意力，以打響公司名稱的知名度。該廣告基於其產生之心理

效果，形成對於被宣傳者私人領域的侵害。「童工工作」之廣告傷害人性尊嚴，以及那些成為圖片中小孩的人格權。未來應該憂慮的是，令人震驚的廣告將不斷的蔓延，以致成為一項對大眾而言，為不可期待的騷擾。

在最近的十年內，未有其他任何廣告如同班尼頓廣告般，引發如此多的抗議，而被各民事法院一致地禁止。此廣告的一切動機，無不在於碰觸禁忌領域，就此已被成功地譴責。

2. 聯邦卡特爾署認為，過度嚴謹的不正當概念，有可能造成競爭自由將因費用之課徵而被限縮。廣告在市場開放的領域內，具有重要之功能，在判斷廣告是否符合競爭法上的合法性時，單純的廣告動機的新穎性，不應該成為不利於廣告主判斷的因素。自動地將視覺傳達廣告，置於一項比直接涉及產品的廣告，更為嚴格的判斷標準之下，實在不無疑問。視覺傳達廣告運用在低價位至中價位服飾的銷售上，不僅是合乎事理的，此趨勢更將可能成為商品行銷歐洲或全世界的有利戰略。

在評價涉及感覺的情狀時，消費者的角色應該被考慮。那些標準對於其決定之選擇具有重要性，應讓其自行先作決定。在一個附加在產品上的圖片中，有可能存在著額外利用的現象。消費者在決定購買與否的範圍內，亦對於提供產品，而在廣告中被

展示出來的企業地位，進行一項內容的評價。

3. 德國工商業法律保護與著作權協會，已登記社團，聲稱，適用不當競爭法第1條時，應在基本權的價值，於此乃言論自由，與不當競爭法的保護目的間，進行權衡。

班尼頓公司所製作令人震驚的廣告具有一項特色，即其展示給消費者觀看的圖片，不以促使消費者直接選擇其所廣告的產品為動機，此類廣告想要的是，與呈現出來的產品脫離關聯，而以促使注意該企業的存在為首要目的。在此類比其他一般視覺傳達廣告釋放更為強烈感覺的廣告影響下，消費者在面對該等產品時，即無法擺脫受震驚的影響。班尼頓廣告終究是以假造競爭的方式，挑起與企業的績效完全無關的激情。該廣告的相對人，依據其自主決定與消費者的人格權，在現代服飾的廣告中，不應該受到這種世界醜惡的干擾。此外，應該深思的是，引人注意廣告將來可能的發展，將因為同業競爭者的模仿作用，而成為一再使人震驚的劇本。

4. 德國工業與商業公會認為本憲法訴願為無理由。雖然以競爭為目的的言論與廣告，原則上亦不受限縮地享有言論自由的保護。但在不當競爭法第1條的範圍內進行法律上之判斷時，有必要去衡量相對立的利益。而聯邦最高法院所為之衡量，從憲法

的觀點而言，不應受譴責。言論自由的效力範圍與保護價值，無法不受爭議言論的動機與伴隨情況的影響。任何人當其以公佈其所宣稱的確信，達成其首要的商業目的時，已無可爭辯地顯現出，其不僅在意其言論的自由發表，亦在意能對競爭關係產生的影響。因此，其應該忍受一項比在純粹的思想上的意見發表，對言論自由較為強烈的限制。

在「愛滋病陽性反應」案例中，聯邦最高法院已正確地認定，該廣告牴觸愛滋病患者的人性尊嚴。受愛滋病感染者的悲慘情狀，被利用作為促進商業利益的單純運載工具。藉此廣告，被涉及的人群將被貶抑成為營業行為的物件。縱使訴願提起人宣稱，該廣告在某些受感染者與愛滋病患間，獲得正面的迴響，亦無法改變對該廣告之評價。

5. 德國廣告經濟協會總會ZAW，已登記社團，告知，對於班尼頓公司所登載的「愛滋病陽性反應」廣告主題，已有289人向德國廣告委員會提出抗議。此為德國廣告委員會自1972年創立以來，民眾對於單一廣告行為所提出抗議累積的最高數字，而且遙遙領先在其他抗議數字之前。另有其他8項譴責，指向「受原油污染鴨子」的圖片。

德國廣告委員會懇切地呼籲，即使在廣告中，亦應顧慮其他人的利益

與感覺。剝削利用人類的悲慘與痛苦，以達商業目的，實有牴觸此項顧慮。在商業廣告中排除極端激情化的利用，將使競爭者與消費者同等受到保護。企業對於政治與社會事件發表見解的權利，將因為被濫用作為追求企業之經濟目的，而產生失權的效果。

6. 消費者團體聯合工作會，已登記社團，認為，任何人散播與廣告主企業的績效沒有任何關聯的廣告陳述或展示，已遠離績效競爭的思想，因此在判斷是否違背公序良俗時，應該適用更嚴格的標準。當廣告的目的僅在於促使消費者的注意與受企業的操控時，則露骨的、不道德的陳述與表達方式，即應受禁止。蓋不應利用他人的痛苦成就自己的事業，應該成為指導原則。

B. 憲法訴願有理由

本憲法訴願有理由。被訴願提起人攻擊的兩則聯邦最高法院判決，侵害其受基本法第5條第1項第2句第一個選項規定所保障之新聞自由。

I. 新聞自由受侵害

1. 新聞自由之保護領域涵蓋新聞機構的所有內涵，包括廣告的登載在內（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 21, 271 【278 f.】；64, 108 【114】）。受基本法第5條第1項第1句保護之第三人意見發表，當其在報社機構登載時，則該項保護亦包括在

新聞自由之內：當發表意見者本身被許可發表與散播其意見時，即不得禁止報社機構登載該第三人之意見發表。在此範圍內，報社企業得以第三人的言論自由受侵害為由，進行法庭上之訟爭。此亦適用於有關競爭法上禁制請求之民事法爭議。

基本法第5條第1項第1句的保護 - 於此乃屬於新聞自由者 - 亦延伸至商業性的意見發表，以及含有評價性與意見形成內涵的商業廣告（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 71, 162 【175】）。當一項意見發表 - 一項見解、一個價值判斷或一個特定的看法 - 在圖片中被表達出來，則亦落在基本法第5條第1項第1句的保護範圍內（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 30, 336 【352】；71, 162 【175】）。

三幀具爭議性的廣告照片，均符合這些要件。其以圖片闡明一般性弊端（環境污染、童工的勞動，與愛滋病感染者的區隔），同時含有一個對於社會與政治重要問題的（否定）價值判斷。這些是含有意見形成內容的傳神圖片。被攻擊的判決亦均認為，在其之間所闡述者，乃這些廣告公開譴責世界上的悲慘。以此為目的並藉此促使市民注意一般性弊端的意見發表，反而受基本法第5條第1項第1句規定的特別保護（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 28, 191 【202】）。

雖然班尼頓公司將上述議題運用在純粹的視覺傳達廣告中，而沒有任何的評述，且僅能從公司的標誌看出是那家公司，但此並不影響其受保護之地位。透過這種方式雖然會產生如此的印象，即認為廣告主的企業，並非意在對意見的形成有所貢獻，而僅是讓自己進入對話中。當如此讓發表意見者的主觀關係，被懷疑成為陳述的內容時，其並非是唯一可能的，且絕非是特別可以想像得到的意義。在公開的感覺中，該廣告所透露出的訊息，被歸屬為班尼頓公司自己所有，而且法院就此點而言，亦未表達任何的懷疑。依據製作該廣告攝影師 Oliviero Toscani 的見解，班尼頓亦是將這些圖片當作是「傳輸工具使用，藉以散播一種反對種族歧視、倡導世界主義，以及沒有禁忌的思想面貌」（Oliviero Toscani, *Die Werbung ist ein lächelndes Aas*, 3. Aufl. 2000, S. 44）。

2. 在被攻擊的判決中所證實的禁令，即班尼頓公司所製作具爭議性的廣告，不得再度於「星球」雜誌印刷，限制了訴願提起人的新聞自由。由於此禁令附帶有抵觸時，應受 50 萬馬克秩序罰鍰，或者六個月的秩序罰監禁的處罰，因此其實際上阻礙了該等廣告將來的刊登。

3. 此項禁令在憲法上為不合法。

a) 聯邦最高法院在刊登禁令上

所引據的不當競爭法第 1 條，為基本法第 5 條第 2 項所指的一般性法律（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 62, 230 【245】；85, 248 【263】）。其目的在保護競爭者、消費者、其他的市場參與者，以及一般大眾（參考 Baumbach/Hefermehl, *Vetbewerbungsrecht*, 21. Aufl. 1999, UWG Einl., Rn. 42, 51, 55; Emmerich, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 5. Aufl. 1998, S. 13）。營業行為的自由不得促成個人，藉由被禁止的手法，在競爭中為自己謀取利益。此等之目標與基本法的價值秩序吻合（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 32, 311 【316】）。

b) 當訴願提起人指摘，不當競爭法第 1 條的規定未臻明確，或者認為本案性質的案例，自始即不適合解釋，則其見解不能被認同。

在不當競爭法第 1 條所包含的禁令，在商業往來中不得為求競爭目的，而採取違反善良風俗的行為，涉及一項概括條款。藉此規定立法者鑒於商業競爭中存在有無法透視的多種可能的行為方式，因此以無憲法上疑慮的方式，規定不被許可的競爭行為之範圍（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 32, 311 【317】）。依據應被規範的案例事實特性，以及考慮規範目的，似乎不可能存在精確的條文規定。因此，在如此的先決條件下，使用不確定法律概念與概括條款，原則上並無疑慮。因為如此亦能將新型態

的案例形式涵攝在內，此乃其功能與本質使然。倘若禁止使用之，則其將無法符合規範目的想要涵蓋之生活案例事實的多樣性。聯邦最高法院在擴張解釋不當競爭法第 1 條時，已遵守基本法第 20 條第 2 項與第 3 項對法官造法所設的界限（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 96, 375 【394 f.】）。

c) 同樣地，訴願提起人在 1 BvR 1787/95 程序中對下述所提出的質疑，亦無法被贊同：在該程序中，其被要求將來不得刊登該兩幀廣告，原因是其直至程序終結仍聲稱具有競爭法上的無疑慮性，顯示其將來亦要刊登該廣告。就此訴願提起人認為，是對其新聞自由的一項侵害，因為如此其將在有疑問的情況中，被附加應遵守訴訟對造，以及前審法院法律見解的義務。

從報社企業在程序中的行為推導出一項「首次違法的危險」，並未侵害新聞自由。在如此處型態的案例中，運用該項自民法第 1004 條發展出來的理論，已經考慮到報業企業只在重大牴觸競爭情況下，才有義務去審查廣告之情況。藉由此項對審查義務的限縮，司法裁判已經顧慮到，報社對於刊載廣告的特殊情況，因此亦已在適度的情況下顧慮及新聞自由之基本權。在廣告業務的數量龐大下，報社企業很難獲知在其版面登載

的廣告，是否在所有的細節上，均符合競爭之要求。倘若該登載的廣告導致法律爭議出現時，則其將立即地被期待負起責任，對之進行審查。當其被要求解釋時，其並未被禁止援引其當初僅負有較低度的審慎義務，以及聲稱該廣告並非違反競爭之法律見解。因此不可能有被強迫屈服於訴訟對造或前審法院法律觀點之情形。聯邦最高法院認為，當報社企業毫不保留地堅稱，該廣告沒有競爭法上的疑慮時，則已出現得據以請求禁制令的首次違法危險，此見解能使人信服，且沒有在憲法上可被譴責之處。

d) 但當訴願提起人認為，聯邦最高法院在對該廣告進行競爭法上的評價時，誤解了言論自由的意義與保障範圍，則為成功的訴訟聲明。

aa) 當民事法的裁判觸及言論自由時，基本法第 5 條第 1 項第 1 句即要求，為裁判之法院在適用該私法規定時，應考慮到此項基本權的意義（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 7, 198 【206 ff.】；86, 122 【128】；一貫之司法見解）。該等被攻擊的判決係依據不當競爭法第 1 條而作成，而該法為民事法的一個條文。在個案中解釋與適用該條文，乃民事法院的權責。聯邦憲法法院只有在如下的疏失明顯可見時，始得介入：即該疏失係建立在對於某項基本權的意義，有原則性之不正確見解，而該疏失的實體

意義對於具體的法律案件亦具有若干的重要性（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 18, 85【92 f.】；一貫之司法見解）。此處即屬於此種情形。

bb) 雖然聯邦最高法院正確地判決，以經濟、政治、社會與文化問題為對象的廣告，亦屬於意見發表，因此受基本法第 5 條第 1 項第 1 句規定之特別保護。但該被攻擊的判決在解釋不當競爭法第 1 條，與 - 在第三幀廣告（愛滋病陽性反應）- 該條文之適用，卻未符合此項基本權的意義與保護範圍。

就此項對自由民主的國家秩序具有絕對性地位的自由言論發表（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 20, 56【97】）的限制，原則上必須具有足夠重要的公共利益，或值得保護的權利以及第三人利益，始能作為正當化之理由。此項要求於對社會或政治問題所為的批評性意見發表，格外有其適用。但被攻擊的判決並未提示，是否有此種情形，此外亦無任何顯而易見的徵兆存在。

aaa) 依據聯邦最高法院的見解，不當競爭法第 1 條禁止從事如下的廣告行為，即藉由對人類或動物嚴重苦難的描述，喚醒同情的感覺，同時在無符合事理的動機下，充分利用此項感覺以達成競爭目的，而其實際作法，乃廣告主把自己扮演成亦同受其受害者，藉此使消費者對其名稱與商

業行為產生認同。

聯邦最高法院在解釋不當競爭法第 1 條之規定時，將違背善良風俗判決作為一項禮儀規則，這點無論如何均值得贊同，且為大部分民眾所接受。其後隱藏著一項願望：乃生活在一個對於苦難遭遇不以毫無情感的利益追求，而以同情心與救濟措施，亦即主要以體恤苦難的方式，作出反應的社會。至於藉由此種方式，是否能夠同時讓具有十足重要性的公共或私人利益獲得保護，則無法立即辨識。

bbb) 聯邦最高法院本身並不認同本案程序原告的見解，原告認為從這些廣告中，將推導出一項對觀眾而言，值得一提的騷擾。但聯邦最高法院認為，對良好品味的傷害，或者以令人震驚的方式製作廣告，不屬不當競爭法第 1 條所指之違背善良風俗。此見解在憲法上無可譴責。一項能為限制基本權之規定，提供正當化理由之干擾性效果，不能僅因媒體編輯部門以外的觀眾，因該照片而需面對不愉快或引發同情的反應，即認為存在。若將德國工商業法律保護與著作權協會所宣稱之：此類廣告的數量在仿效作用下將普遍增加，納入考慮時，以上所述亦同樣能適用。市民不受世界苦難負擔的情感，並非任何國家得以限制基本權的地位為手段，而加以保護之利益。但若被展示出來的

圖片屬於令人噁心的、產生可怕或者危害青少年者，則可為如此的裁判。

當本案程序的原告，以這些廣告具有呼籲消費者建立該等與廣告主的企業產品，或其商業行為沒有任何關聯的感情的啟發性效力為理由，而將這些廣告歸類為具有強求性質、為使人厭煩者，則其見解無法被認同。今日大部分廣告的特色，乃均致力於藉助強調感覺的動機，喚起注意並獲得同情。以圖片構成的商業性廣告，藉圖片的效力喚醒潛在的願望、對自由的哀求與解放的衝動，或向社會精英預示何謂光鮮亮麗，凡此均為現代所流行者。如同本案程序的原告所稱者，消費者面對這些題材時「無動於衷」，這有可能是正確的。但一項此類的習慣效力並不足以證明，何以對於迄今較少被損耗的同情感覺進行呼籲，應該被認定是具有使人厭煩的效果。

ccc) 競爭者之利益或績效競爭之原則，亦同樣未受侵害。聯邦最高法院明白地強調此點。事實上亦不存在顯而易見的理由。與產品無關的視覺傳達廣告，在未對績效競爭形成可以辨識的傷害下，已經成為生活的一部份。只要競爭者認為，此相類似的廣告具有促進商業之功能，即均能夠與班尼頓公司一樣，同等地利用此類型的廣告。

ddd) 在有關「兒童勞動」的廣

告，也許有可能涉及被拍照人士的保護問題。但於此則尚看不出有任何人的權利被侵害。因此聯邦最高法院亦不如此認為，蓋這些被拍照的兒童，並無法被個別的指認出來。除此之外，他們雖然被以一種喚起憐憫的方式呈現出來，但卻絕無輕視或具有其他負面的視覺效果。如此的廣告內容，尚不足以構成對人應受尊重之請求權之侵害。

eee) 公共利益未被侵害。環境保護經由基本法第 20a 條的規定，被提升到國家方針的位階，與此議題有關的廣告（受原油污染的鴨子）顯然並未對之造成傷害。公開譴責非人性情況（兒童勞動、被烙上愛滋病受感染者之印章）的商業廣告，有可能在我們的社會中促進野蠻化或麻木的傾向，並且害及人類處理不幸問題的文化，但在受爭議的這些廣告中，無論如何均無法察覺有這種情形。

cc) 整體而言，單憑被聯邦最高法院稱之為良好商業習慣構成要件的原則，即不應喚醒對於嚴重不幸事件的同情心，並充分利用之，以達成商業目的，在基本法第 5 條第 1 項第 1 句的基本權光環下，尚不足以作為禁制請求的正當化理由。因為如同以上所顯示者，公共利益或私人值得保護的利益，均未受到侵害。

在另一方面，言論自由於此被以嚴重的方式侵害。這些廣告指出社會

上與政治上的重大議題，且亦適合引起公眾的注意。在基本法第5條第1項第1句的規定下，此類言論所能獲得的特別保護，並不因為如同聯邦最高法院所認為者，其對於所揭示的悲慘的爭論沒有重要的貢獻，因而受到減損。即使是（單純地）公開譴責一項弊端，亦能夠成為是對自由的精神爭辯的一項重大貢獻。因此，一項表述是否被繼續維持，或者是否包涵一項解決方案的建議，原則上對於基本法第5條第1項第1句的基本權保護不會產生影響。此項保護不論該意見是否理性或感性的、有理由根據或沒有理由根據的，以及他人是否認為其是有益或有害的、有價值的或沒有價值的，均同樣存在（參考聯邦憲法法院裁判 BverfGE 30, 336 【347】；93, 266 【289】附進一步的證據）。

該廣告之公開譴責與批評社會的作用，不因廣告之內容而受質疑。在廣告宣傳中將特定社會問題作為主題雖然不是常態，而且在實際案例中，係爭廣告與班尼頓公司的企業產品的關聯性，亦極為薄弱，而使人感到詫異，但對於一個沒有成見的觀察者而言，該訊息的嚴肅性，亦不因此而受到懷疑。蓋若非如此，其亦無法激起任何人的同情心。

dd) 總之，聯邦最高法院就其裁判中所根據的正當性規則，係以一種無法經受在言論自由光環下審查的

方式，解釋不當競爭法第1條之規定。因此，在如此解釋下之該條文，即不能被考慮作為干預訴願提起人新聞自由之基礎。對於1 BvR 1787/95 案件（受原油污染之鴨子、兒童勞動），因係僅以在上述規則意義下，對不當競爭法第1條所作之解釋為基礎的判決，因此應被撤銷，案件應發回聯邦最高法院重新審理。

ee) 被攻擊判決中關於1 BvR 1762/95 案件，則非僅以上述對不當競爭法第1條之解釋為依據。聯邦最高法院認為該程序基礎的廣告（愛滋病陽性反應），之所以違反競爭法，係因為其以嚴重的方式牴觸應維護人性尊嚴的原則，蓋其將愛滋病患描述成「被蓋上烙印」，而被人類社群區隔的人。

aaa) 如此的論證，原則上應被贊同。因一項圖片廣告傷害被拍攝者之人性尊嚴，而在解釋不當競爭法第1條時，將之解釋為違反善良風俗，此在憲法上並無可受質疑之處。該判決將一項保護法益納入考慮，即縱使該言論係隸屬於社會與政治評論等特別敏感的領域，其言論自由亦得被限制。基本法第1條第1項課諸國家義務，以保護所有人不受對人性尊嚴的攻擊，諸如侮辱、公開譴責、迫害、驅逐等等（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 1, 97 【104】）。當商業廣告係以侵害人性尊嚴的方式，區隔他人

或人群；藐視、譏笑或貶低他人時，雖然其能享有基本法第5條之溝通基本權之保護或其他基本權之保護，但原則上亦能在競爭法上禁止之。

bbb) 此等原則運用在與此相關的廣告時（愛滋病陽性反應），卻無法經得起依據基本法第5條第1項第1句所為之審查。對於受基本法第5條第1項第1句保護的言論，原則上只有在應確保遵守該憲法之要求時，其解釋才需由聯邦憲法法院予以事後審查。聯邦憲法法院的任務不在於終局地確定具有爭議言論之意義，或者對於一項在遵守基本法的要求下而作成的解釋，以另一個其認為較為正確的解釋取代之。屬於這些基本法的要求者，包括言論之解釋必須將其上下文內容納入考慮，同時不能強迫添加其在客觀上所無之意義。對於具有多重意義的言論，法院必須在有意識到其具有多重意意之性質下，探討各種不同的解釋可能性，並給予其所發現的答案可以事後驗證的理由（參考聯邦憲法法院裁判BVerfGE 94, 1【10 f.】）。

聯邦最高法院解釋「愛滋病陽性反應」廣告為：其將愛滋病患「蓋上烙印」，因此將之從人類社群中區隔出來。在另一方面稱，該廣告誣蔑愛滋病患所受的不幸遭遇，並將之從社會中隔離。對於社會中特定成員逐漸產生的「蓋上烙印」的氣質，應該被

抵制。該廣告至少應被受愛滋病感染者本身視為是嚴重的不道德，並侵害其人性尊嚴。而此種效果，即使是其他的觀察者亦無法否認其存在。

但此廣告卻不具此種意義。其以未附加任何評論的方式，而僅展示一個被蓋上「愛滋病陽性反應」的人。但如此並不強迫使該令人不齒但又非與事實不符的社會歧視情況，以及對於愛滋病受感染者的區隔現象，被強調、被擴大或者成為僅是無關痛癢的事。至少同樣容易瞭解的是，將該廣告解釋為對於值得批評的狀態 - 對受愛滋病感染者之區隔 - 應以控訴的意圖指陳出來。如同訴願提起人正確標記者，該圖片亦可能具有替某個愛滋病會議廣告的效果。

此項的圖片語言雖然通俗暢銷，而無特殊藝術價值，且無法歸屬在一項傳統的意義內，從該被拍攝者身上，觀眾亦只能看到上面以黑色字體寫著「愛滋病 H.I.V.」的縮寫字母，其下以斜體如同蓋印般打上「陽性反應」字母的光裸臀部的上半部。單純從這項組合，既不能看出憤世嫉俗的犬儒主義或侮辱的意圖。但此項展示符合商業廣告的媒介性質，以抓住觀察者的注意為目標。

從廣告的上下文中，亦可能將該廣告解釋為，具有受爭議的呼籲意義。一家紡織界的企業以嚴肅的社會政治議題，從事視覺傳達廣告並非尋

常，而且與競爭者所屬行業慣用的自我推銷，形成明顯的對比。這種情形有可能助長懷疑其具爭議性意圖，是否真正具備嚴肅性，以及有可能在聯邦最高法院所創造之正直要求意義下，該廣告被認為是不道德者。但從廣告的內容中，亦無法引發該廣告本身具有誣蔑愛滋病受感染者，或想要與之區隔之印象，且其具爭議性的意圖與具醒世的效果，均無法被漠視。但若以該廣告推銷一個具體的產品，可能將不同與此；將該廣告與特定的消費產品或服務提供連結在一起，勢必產生一種惹人笑話或無關痛癢的效果。但單單「班尼頓聯合色彩」此行字句，尚未產生一種如此的效果。依據聯邦最高法院對該廣告之解釋，其侵害了愛滋病患者的人性尊嚴，但此解釋相較之下顯得較不顯而易見，無論如何這種解釋均不是唯一可能的解釋。攝影師 Oliviero Toscani 對該廣告所為之陳述，亦作如此的表述：「藉由此廣告我想要發出的訊息是，班尼頓繼續維持其介入的決心，我們以對抗種族主義相同的力量，對抗區隔愛滋病患之思想。」（前揭出處，頁 78）

ff) 被以憲法訴願 1 BvR 1762/95 攻擊的判決（愛滋病陽性反應），未符合解釋保護意見發表之言論自由，所提出之要求。聯邦最高法院誤解了一個顯而易見的可能性，即該廣告以批評的意圖，引導公眾對於事實上已被呈現出來，對愛滋病患者歧視與區隔現象的注意力。在此項的解釋下，並不存在侵害愛滋病患者人性尊嚴之情形。當聯邦最高法院重新審理本案時，其將探索以上所指之其他解釋之可能性。

II. 無需審理一般平等權與基本法第 5 條第 3 項是否受侵害

由於被攻擊的判決，已經因為侵害基本法第 5 條第 1 項第 2 句第一個選項之規定，而應被廢棄，因而無需就訴願提起人同時指摘的牴觸一般平等原則，與侵害基本法第 5 條第 3 項規定的可能性，進行審查。

法官：Papier Kühling
Jaeger Hömig Steiner
Hohmann-Dennhardt