

# 「民事裁判之憲法審查界限」裁定

聯邦憲法法院第一庭1976年5月11日裁定

- 1 BvR 671/70 -

黃則儒 譯

## 要目

案由

裁定主文

理由

### A. 事實及爭點

#### I. 憲法訴願爭議之經過、邦地方

法院及邦高等法院判決

1. 憲法訴願聲請人以「又一份極右煽動報刊」描述《德國雜誌》

2. 邦地方法院判決原告全部勝訴；邦高等法院判決禁止憲法訴願聲請人散布「《德國雜誌》為極右煽動報刊」之言論，其餘之訴駁回

#### II. 憲法訴願聲請人提起憲法訴願之主張、巴伐利亞邦司法部之法律意見、德國基金會之主張

1. 憲法訴願聲請人認為系爭判決牴觸基本法第5條，因此提起憲法訴願

2. 巴伐利亞邦司法部認為憲法

訴願無理由

3. 德國基金會也認為憲法訴願無理由

### B. 憲法訴願無理由

#### I. 聯邦憲法法院介入可能性之界限

1. 聯邦憲法法院原則上不應事後審查一般法律本身之解釋及適用，除非普通法院對於基本權保護領域的範圍解釋錯誤，且對於具體訴訟案件，在其實體法的意義上，也具有一定的影響

2. 民事院所禁止的意見表述，有無妨害基本法第5條第1項所保護之思想上論辯

#### II. 以上述標準為基礎，應維持系爭判決

1. 系爭判決僅禁止使用特定文字，而非禁止以相同意義的方式描述《德國雜誌》是「極右煽動報刊」

2. 邦高等法院於本案沒有誤解言論及新聞自由保護領域的意義及範圍
3. 基本權所保障的論辯，始終是以提出論證、交換想法為前提，本案僅爭執是否應許可特定表述，這並非基本權所保障的論辯

### Rupp-v. Brünneck法官之不同意見書

#### I. 憲法訴願應該基於下述考量而有理由

- a) 本案涉及言論及新聞自由之基本權與個人名譽法益的權衡
- b) 憲法訴願糾正具體個別的基本權干預，以防止當事人及其他人民一般性地行使基本權時，受到該基本權干預之負面影響

#### II. 本案已達到違憲的門檻

1. 越明確指向新聞作品而非針對特定個人的批判，則越支持新聞自由優先的假設
2. 憲法訴願聲請人究竟可能可以說什麼或他將來可以說什麼，以表

## 案 由

本案係憲法訴願聲請人1. 德國工會聯盟，由執行業務之聯邦理事會為法定代理人（地址：Düsseldorf, Hans-Böckler -Straße 39），2. 編輯S，3. 記者Dr. F教授，委託訴訟代理人Dr. F. K

- 達內容相似的批判，是有疑問的
3. 系爭判決涉及未來系爭表述的不作為及有罪指控
4. 自工會角度描述《德國雜誌》為「極右煽動報刊」，真的應該是不合比例或違法，甚至該當可罰行為的構成要件嗎？

### Dr. Simon法官之不同意見書

憲法訴願聲請人依基本法第5條之基本權受到侵害

#### 關鍵詞

言論自由之基本權（Grundrechte der freien Meinungsäußerung）  
新聞自由（Pressefreiheit）  
名譽權（Recht der persönliche Ehre）  
界限（Schranken）  
一般法律規定（Vorschriften der allgemeinen Gesetze）  
價值設定的意義（wertsetzende Bedeutung）  
民主自由國家（freiheitlicher demokratischer Staat）

律師（地址：München, Goethestraße 12）不服慕尼黑邦高等法院1970年7月14日-9 U 1028/70 -判決，而提起憲法訴願。裁定如下：

### 裁定主文

憲法訴願駁回。

## 理由

### A.事實及爭點

#### I.憲法訴願爭議之經過、邦地方法院及邦高等法院判決

1.憲法訴願聲請人1定期出版名為《工會新聞》之刊物，並寄送該刊物給德國所有報社編輯。憲法訴願聲請人2為責任編輯。該刊於1969年6月25日出版第112期，第1頁以「《德國雜誌》—又一份極右煽動報刊」為標題，在該標題下方指引該刊物所刊登，由憲法訴願聲請人3所撰稿，以〈又一份極右煽動報刊〉為標題之文章。該篇文章闡述，在德國極右的、種族主義的刊物以驚人的速度增加；「十分有名的」德國基金會現在也出版自己的刊物，即《德國雜誌》。剛出刊的《德國雜誌》第1期讓人無庸懷疑地了解，其可能維護及散布之宗旨。文章最後指向「極右刊物與天主教機構及巴伐利亞基督教社會聯盟黨的機構之間的緊密連結」。

2.由執行業務理事K代表的德國基金會，在經請求先取得對於憲法訴願聲請人的暫時處分之後，又再對其提起不作為之訴，請求法院禁止憲法訴願聲請人使用上述字眼，或以其他同義表述來提出或散布《德國雜誌》是極右煽動報刊的言論。邦地方法院判決原告勝訴。憲法訴願聲請人提起上訴，邦高等法院作成禁止憲法訴願

聲請人散布《德國雜誌》是「極右煽動報刊」之言論，否則便處以刑罰之系爭判決。至於請求法院禁止內容類似、意義相同之言論部分，邦高等法院則駁回原告之訴。

邦高等法院之判決理由如下：

德國基金會作為雜誌出版者，可依民法第823條第1項及第2項連結民法第1004條規定，訴請禁止系爭表述。蓋將《德國雜誌》稱為極右煽動報刊，乃是構成「刑法第185條，第186條意義下之侮辱及誹謗」，而散布這種言論不僅不能透過刑法第193條之保護合法利益，也不能透過言論自由之基本權而阻卻違法。本案該當侮辱罪構成要件之關鍵，在於連結「極右」及「煽動報刊」的用語。這個詞語組合足以在公眾面前貶低雜誌出版者，即德國基金會之名譽（德國刑法第186條）。同時，這個詞語組合也包含了對以輕率的、不負責任的宣傳鼓動來達到反對憲法目的之譴責；其中包括侮辱在德國基金會背後的負責人員（德國刑法第185條）。從本案的訴訟程序被提出的六本《德國雜誌》中，並不能得出《德國雜誌》確實涉及到「極右煽動報刊」的推論。在相衝突利益間所要求的衡量下，基於尊重《德國雜誌》在公眾的尊嚴及名譽，應給予《德國雜誌》出版者的請求權優先地位。與此同時，當對手自己以情緒性的及渲染的方式

表達時，不僅要考慮到容許激烈表達的觀點，而是也要考慮到憲法訴願聲請人僅在政治爭論的範圍內，沒有個人附帶目的提出譴責的情況。然而，德國基金會所提出，禁止憲法訴願聲請人以其他同義表述來指摘《德國雜誌》是極右煽動報刊的訴求，則太過份。因為，不可能從一開始就知道，一種以客觀文字所表達，較少輕蔑及渲染的價值判斷，即使它事實上表達出如同該遭指摘的表述的同樣內容，也可能仍然是侮辱。這樣的批判可能受被告合法利益，及其言論自由之基本權所保障。

## II. 憲法訴願聲請人提起憲法訴願之主張、巴伐利亞邦司法部之法律意見、德國基金會之主張

1. 憲法訴願聲請人認為系爭判決抵觸基本法第5條，因此提起憲法訴願。憲法訴願聲請人表示：

因為《德國雜誌》裡展現的論戰風格，其出版者必須容忍這種被指摘為「極右煽動報刊」的說法，而且《德國雜誌》自己針對反對者也使用「煽動」的用語。因為《德國雜誌》本身致力於情緒化的、非客觀的及片面的宣傳，這一行為激起了憲法訴願聲請人的敵對態度，所以，對德國基金會出版物所造成的影響表示不滿為適當回應。理論上，憲法訴願聲請人應該有權沿用德國基金會的「戰鬥風

格」。憲法訴願聲請人的意見是出版於工會的報刊，該報刊的重要任務包括，批判性地分析可能危及民主思想成果之實現的政治取向。因為每個有助於意見形成之公共表述，其存在的意義在於引發關注，考量到當前的刺激過度化現象，易於記憶，甚至是激烈的表述亦應該被忍受。

2. 巴伐利亞邦司法部認為憲法訴願無理由。由邦高等法院所進行的衡量以及由之所導出的案件評價，無從看出有牴觸基本法第5條。邦高等法院藉由僅禁止明確使用「極右煽動報刊」的字眼，而不禁止具有相同意義的言論，為這個具體案例找到一個解決辦法，該辦法一方面適切考慮到保護名譽的需求，另一方面提供言論自由寬廣的空間。

3. 德國基金會也認為憲法訴願無理由。它認為，聯邦憲法法院應將其判決植基於邦高等法院對於一般法律所作的解釋。基本法第5條第1項無法得出所謂的「抵銷原則」，即那些自己對他人進行抨擊的人，必須容忍那些有損自身名譽之抨擊。因此本案並不具有憲法，充其量只有民事法或刑事法的性質。由邦高等法院所做的事實認定，也無從得出《德國雜誌》有提供憲法訴願聲請人汗鱗回應的誘因之結論。因為邦高等法院並未禁止憲法訴願聲請人以一個合於規定、適當的且同樣有效的表述來表達其意見，

是以看不出有保護名譽及言論自由間之衝突。

## B. 憲法訴願無理由

### I. 聯邦憲法法院介入可能性之界限

1. 憲法訴願係針對依民法第823條、第1004條連結刑法第185條、第186條之民事不作為請求權之民事判決。解釋及適用這些規定是普通法院的任務，普通法院在其判決應考量基本權對於民法規定的影響（BVerfGE 7, 198 [204 ff.] - Lüth -, 一貫法律見解）。通過這種途徑，普通法院無可指摘地作出本案係違反保護名譽之相關規定的認定。該個案刷新了言論自由之憲法界限（BVerfGE 19, 73 [74]）。

即使普通法院應將基本權保障的部分與私法保障的部分區分開來，並且同時——尤其是在解釋一般條款和基本權在民法中的其他「切入點」之時——結合基本權來進行論證，普通法院適用的還是私法（BVerfGE 7, 198 [205 f.] - Lüth -）。基本法中並未規定，如何具體化地「正確」解決民事法爭議。基本法包含的毋寧是，在其基本權的章節，對於所有法領域之憲法的基本決定，這些基本決定要透過各個法領域之直接規定的媒介，方才展現出來（BVerfGE 7, 198 [205] - Lüth -）。

因此聯邦憲法法院不應事後審查

一般法律本身之解釋及適用。聯邦憲法法院僅負有以下之責，即確保普通法院會注意基本權的規範及標準。

（BVerfGE 7, 198 [205 ff.] - Lüth -; 18, 85 [92 f.]; 30, 173 [187f, 196 f.] - Mephisto -; 32, 311 [316]）；在每個個案以特別審級的方式用其對正確判決的想像取代該普通法院，不能是聯邦憲法法院的任務。

然而聯邦憲法法院介入可能性的界限並非固定且始終不變；聯邦憲法法院應保有某種程度的迴旋餘地，以便可能考慮個案的特殊狀況（BVerfGE 18, 85 [93]）。特別重要的是侵害基本權的嚴重程度：當聯邦憲法法院自己在評價相衝突的基本權立場上，將重點放在別處而為不同決定時，不能因此就這樣反對一個具法律效力的民事判決。聯邦憲法法院應予糾正之抵觸客觀憲法的門檻，毋寧於以下情形方能達到，即當民事法院判決有可被辨識出的解釋錯誤，而該判決植基於對基本權意義，特別是對基本權保護領域範圍的根本不正確看法，且對於具體訴訟案件，在其實體法的意義上，也具有一定的影響（BVerfGE 18, 85 [93]）。當一件民事法院判決在結果上，越能長遠地影響敗訴方時，就越應該在干預的理由設定上，符合更嚴格的要求，因此，聯邦憲法法院事後審查的可能性就越大；在具最大的干預強度的案件中

(參照例如BVerfGE 35, 202 - Lebach -)，聯邦憲法法院即完全有權，以其自己的評價取代民事法院的評價。

2.據此，是否應該反對由民事法院所宣告的禁止意見表述，首先取決於意見表述者，以意見，也就是思想的表述，想要有助於受基本法第5條第1項所保護之思想上論辯，是否受到妨害。這樣的禁止，無論是為了國家的還是私人的利益，始終是敏感的干預，其應符合嚴格的合憲性要求。因此聯邦憲法法院已在許多案件一再地介入，蓋這些案件中，憲法訴願聲請人被法院禁止參與公共意見的形成，但從憲法訴願聲請人的立場而言，基於其思想上的內涵，該參與具有重要性(參照BVerfGE 7, 198 - Lüth -; 12, 113 - Schmid-Spiegel -; 24, 278 - Tonjäger -)。

與此相對，僅涉及表述形式之言論自由的干預，則顯得比較不嚴重。雖然基本法第5條第1項原則上包含自己決定應如何表達一個想法的自由。當個人可能被規定要以何種方式適當表達其思想上的貢獻，這可能與基本法所承認的言論自由及特別是媒體獨立的意義相牴觸。然而至少漸漸地存在一個明顯的區別：通常一儘管並非絕對一可以毫無困難地對表述進行轉換，而不使思想本身受到影響。與之相反，思想表達則具有某種「無可取代性」，不能在另一種思想表達置

換之後仍不失去其本質。因此，尊重他人人格的義務，在通常情況下並不會造成對言論自由實際上的限制，只要可使用其他不傷害他人感情的表達方式來實現言論自由。當表達者被苛求放棄其表述的思想成分時，才是基本法第5條第1項觀點下之重大衝突，也因此才能促使聯邦憲法法院進行詳細之審查。

## II. 以上述標準為基礎，應維持系爭判決

憲法訴願聲請人所引用的意見表達自由及新聞自由的基本權，依基本法第5條第2項受有限制，主要是「一般法律」以及個人名譽權的規定。該限制應根據言論自由之基本權的意義來加以理解；就這方面而言，解釋這些限制時，應理解民主自由國家對這個基本權的價值設定意義。這樣一來，在該限制的影響下，基本權本身又再度受到限制(BVerfGE 7, 198 [208 f.] - Lüth -, 一貫法律見解)。邦高等法院在適用言論自由及保護名譽的原則到具體個案時，得出言論自由與保護名譽的關係，這個關係並不能提供反對邦高等法院所作判決的理由。

1.系爭判決僅禁止使用特定文字，而非禁止以具有相同意義的方式去聲稱，《德國雜誌》是「極右煽動報刊」。判決表示，不妨害憲法訴願聲請人重述其批判，以及附帶清楚甚

至毫不掩飾地表露其蔑視。因為「極右煽動報刊」這個遭指摘的詞語組合，雖然顯得特別尖銳，但並非展現出任何獨立客觀的，替換成其他用語之後就不能表達的思想內容。因此憲法訴願聲請人於表述特定思想內容上並未受到妨害。

憲法訴願聲請人也不被苛求應退讓其表述。針對未來的言論禁止，主要應該是要發揮預防作用；該禁令客觀上雖然反對其所使用的表述，但沒有包含對其主觀的有罪指控，也沒有像刑事判決或民事法院判決的精神慰撫金或撤回一樣，附帶對文章的發表作出事後處罰。憲法訴願聲請人已實現通過該文章想要向讀者說明《德國雜誌》的特性之目的，也已達到在邦高等法院的訴訟程序中撤銷對其意見表達及新聞自由基本權之內容干預；現在這個爭議對雙方而言，頂多是一個聲譽的事情。這一切使本案的實務判決結果，與其他聯邦憲法法院為保護言論自由而撤銷具法律效力的法院判決案例的實務判決結果，有根本性的不同（BVerfGE 7, 198 - Lüth -; 12, 113 - Schmid-Spiegel -; 24, 278 - Tonjäger -）。

2. 邦高等法院無論如何沒有在結果上誤解言論及新聞自由保護領域的意義及範圍，而作出不利於憲法訴願聲請人之裁判。在判決中不僅名義上

提到，而是也實質上說明了各該重要的憲法觀點。該判決沒有欠缺與個案相關的衡量，其一方面考慮刑法第193條是一個言論自由基本權的特殊表現（BGHSt 12, 287 [293]），另一方面則努力處理原審原告受憲法保護之地位。邦高等法院提出的關鍵性觀點，乃強調憲法訴願聲請人對《德國雜誌》以雖非形式相似，但內容相似的方式進行批判，是受基本法第5條第1項所保護，遵循這個邏輯，邦高等法院將邦地方法院判決中關於禁止同義表述的部分撤銷。如此的理由並不能導出基本權有受侵害。

3. 據此，有可能因系爭判決的理由而引發的疑慮，在此並沒有決定性的影響。

假如邦高等法院將「極右煽動報刊」的描述不僅只作為價值判斷，而是作為事實陳述來理解，且事後審查其「正確性」時，那麼這種做法在尊重一般法律的框架範圍內，就可能是有問題的。鑒於《德國雜誌》的一貫風格及其論證水準，毋庸去決定是否有必要及適合讓民事法院介入，依一般法律對其出版者的名譽進行保護。在基本法第5條第1項的視角下，並不能得出有力的反對意見。蓋涉及個人名譽權時，憲法允許限制言論及新聞自由。法院不能輕易地以下述論點逾越該界限，即由於今日的刺激過度化

現象，為了達到意見表達更好的效果，得採取易於記憶、甚至強烈的措辭（BVerfGE 24, 278 [286] - Tonjäger -）。只要也有可能對言論自由的內容形成限制，則這個觀點可能如同憲法訴願聲請人所行使的「反擊」權般（對此參照BVerfGE 12, 113 [125 f.] - Schmid-Spiegel -; 24, 278 [282 f.] - Tonjäger -; BGHSt 12, 287 [294]）一樣重要。然而，這類考慮並不適合用來作為給政治對手造成每個妨害名譽的憲法上阻卻違法事由。這些考慮雖然使法院有必要在假如突然發生貶抑的言論表達，於施加事後懲罰時（精神慰撫金、撤回、刑事判決）有所保留。然而，並沒有任何受基本權保障的權利允許，僅因為對手使用相似用語，或在爭執時「刺激門檻」已經升高，就可以繼續使用這些已經被普通法院認定為具有妨害名譽性質的表述。堅持使用尖銳用語，尤其是再升高尖銳度之表達，並不屬於受基本法所保障，及個人名譽權範圍內的思想論辯之自由。蓋基本權所保障的論辯，始終是以提出論證、交換想法為前提，但如同本案僅爭執特定表述是否應被許可，則並非基本權所保障的論辯。

法官：

Dr. Benda	Der Richter Dr. Haager	Rupp-v. Brünneck
	ist an der Unterschrift	
	verhindert.	
	Dr. Benda	
Dr. Böhmer	Dr. Simon	Dr. Faller
Dr. Hesse	Dr. Katzenstein	

### **Rupp-v. Brünneck法官對聯邦憲法法院第一庭1976年5月11日裁定- 1 BvR 671/70 -之不同意見書**

依我的看法，本憲法訴願應該基於下述考量，而為有理由的：

#### **I. 憲法訴願應該基於下述考量而有理由**

聯邦憲法法院介入可能性的界限應在何處的問題，只要涉及對專業法院如何適用私法的事後審查，將可預見總會存在著疑問。聯邦憲法法院在此進退兩難：不足的憲法法院審查可能影響基本權保護的有效性，過多又會妨害聯邦憲法法院與其他法院間適當的職能分工，且一因為所謂「一般」法律的規模及專業一而使聯邦憲法法院承擔量及質上無法承受的負荷。如同我對1971年2月24日裁定的不同意見書中（BVerfGE 30, 173 [218] - Mephisto -）已進一步闡述，在理解聯邦憲法法院進退兩難的這個結論下，聯邦憲法法院介入可能性界限的問題應不要太教條式地回答（參照上開BVerfGE [219 ff.]；也可參照

BVerfGE 18, 85 [93])。就此，我認為，對於言論自由這樣一項對個別人民乃至全體，都絕對具有重大意義的，「某種意義上是一切自由之基礎」的基本權，調低介入審查之門檻不僅合法，甚至必要（BVerfGE 7, 198 [208] - Lüth -）。針對聯邦憲法法院被大量案件淹沒的可能性，必須且應當可以通過受理程序來進行調控（聯邦憲法法院法第93a條）。

至少從出發點上看，這是顯而易見的，也是本庭的多數意見。值得肯定的是，目前的裁定延續了原則性的區分，且比Mephisto案判決的多數意見有彈性：聯邦憲法法院不僅應糾正因為未正確理解基本權之意義而導致的錯誤解釋，尤其是那些因為未正確理解基本權之保護領域範圍而導致，且對於具體訴訟案件，在其實體法的意義上，也具有一定的影響之錯誤解釋，聯邦憲法法院而且還應糾正原則上由正確解釋所導出，然而結果上其強度卻干預敗訴方基本權領域的法院判決。儘管如此，以我看來審查範圍的規定在兩方面仍有不足：

a) 應區分以下兩種情況，即首先，個案之法律適用必須權衡所涉及的基本權以及其他法益的情況，和其次，那些單純涉及民法範疇之法律適用，僅在結果中對基本權領域產生影響的情況（例如：假如依民法，有關A或B孰為土地所有權人之判決有

誤，則此判決的影響涉及基本法第14條第1項所保障敗訴方之財產權）。本案屬於第一種情況：關於不作為之訴的判決，本質上要求言論及新聞自由之基本權與個人名譽之法益的權衡。在此範圍涉及「特殊憲法」。因此，依聯邦憲法法院的見解，對於某一具體案件，如果專業法院在正確理解基本權保護領域的前提下所做出的判決，絕不會導致當前的判決結果，則當前的法院判決就應被撤銷（參照我在Mephisto案的不同意見書，BVerfGE 30, 218 [220]）。否則憲法訴願的保護功能無法被落實；因為該法律救濟手段恰恰應擔保在個案上人民有效實現其基本權。

此外可被覺察到的是，一直在聯邦憲法法院實務見解出現，或文獻方面所建議之趨勢，聯邦憲法法院面對專業法院時，其審查權限應作限縮解釋，但面對立法者時，聯邦憲法法院之審查則呈現擴張之趨勢，兩者並沒有適當的調和。（在此參照BVerfGE 35, 148 [149 ff., 特別是153 f., 155 f., 165 f.] - Hochschulurteil - 以及BVerfGE 39, 68 [69 ff., 特別是72 f., 78, 84 ff., 91] - § 218 StGB - 的不同意見書）。

b) 另一方面，當判斷聯邦憲法法院有無審查權限，干預的本質嚴重程度的標準，僅表面上依對個別受涉及者的具體判決的意義或依對各訟爭對造來判斷時，無論如何是太過限縮。

憲法訴願程序也有任務，糾正具體個別的基本權干預，以防止當事人及其他人民一般性地行使基本權時，受到該基本權干預之負面影響。

## II. 本案已達到違憲的門檻

就算基於多數見解的原則性標準，在我看來，本案已達到違憲的門檻。

1. 被本案裁定明白作為定位點，而予以承認的 Lebach 案判決（BVerfGE 35, 202），是由關於解決二個憲法價值間衝突之一般原則（該案為：廣播自由及人格保護），經必要具體的衡量後，而發展出一系列憲法的、重要的、典型的標準（參照 BVerfGE 35, 202 [226 ff.]）。

由我看來，這裡要進行的是，一方面是言論及新聞自由，另一方面是保護個人名譽的衡量，而該標準乃在於，將系爭「極右煽動報刊」的表述，不視為是對人的評價，而是以雜誌的品質評定為對象。這裡面存有一個重要區別：當然對思想作品的批判在一定程度上，會對作者產生負面之影響，但明確貶抑一個具體作品本身，無論如何不一定是表示或被理解為是，關於對作者或出版者其完整人格相應的非難。有無數這樣的情況，一位有聲望的政治評論家或作家的某一部作品被人抨擊為是失敗的、好戰的、極右或極左的、危險的或煽動性的，這位批評者行使了他的言論自

由，儘管他並不會懷疑作者個人的正直。

最後應具決定性重要意義的是，當批判性思想作品是涉及新聞作品時，純粹為我們全體建立的新聞自由（BVerfGE 10, 118 [121]; 20, 162 [174] - Spiegel -）也剛好包含不同政治媒體的機關刊物間的自由論辯。這不僅意味著不同思想內容的客觀對立，這也包含向大眾說明覺察到其他刊物是危險的或可疑的特性且阻擋其讀物的努力。如此被訴諸的讀者通常因此會首先或僅將這樣的批判連結到所稱的報刊，因為他通常沒有或僅有關於各出版者個人的空泛想像，此外，報刊內容也是由一群作者所完成的。當批判越明確指向新聞作品，而非針對特定個人時，則無論如何應該越支持新聞自由優先的假設（參照 BVerfGE 7, 198 [212]; 12, 113 [127] - Schmid-Spiegel -）。

2. 本案裁定正確地糾正了邦高等法院的系爭判決，蓋有關係爭表述並不是部分涉及事後可驗證正確性的事實陳述，而是僅涉及價值判斷。因此，法院在這樣的判決中，不得在「正確」或「錯誤」的範疇內進行衡量，且不得透過自己不同的評價來取代。多數意見也許也由此出發，雖然多數意見沒有認知到這個狀況在憲法上重要性。

本案裁定現在卻認為干預嚴重程

度的觀點是重要的，即憲法訴願聲請人僅被禁止以所選用的形式為系爭的價值判斷，同時他仍繼續可隨意、以其他相同意義之方式表達同樣的思想內容。在我看來，這個區別正好在價值判斷上是太精細的偽裝，以便得出使人安心的結論，即藉此排除言論自由的嚴重限制。更確切地說，我認為這裡存在論證上最可疑的點，該論證的預斷效果可能會開啟一個先例，即認可實務見解中越來越常見的一種具有危害性的操作。本庭多數意見也承認，言論表達的自由基本權也包括自己決定應如何表達一個陳述的自由。這難道不是一個危險的謬論，去相信該形式的「審查」不觸及思想上的內容？依本庭的見解，這難道不也得出與言論自由及新聞獨立相抵觸的對人民的管制？至少在價值判斷上，在沒有犧牲言論自由活動下，於許可的形式及禁止的內容間，無法進行一個清楚的劃分。

再者，受該等判決直接涉及者，另外還有所有對政治爭論之自由意見表達有興趣者，馬上出現這個疑問：憲法訴願聲請人究竟可能可以說什麼或他將來可以說什麼，以表達內容相似的批判？由邦高等法院的判決以及本案裁定均無法得出一個清楚的答案—該答案也非可想而知。這導出該結論，即這是很困難的，甚至是不可能的，找到一個合法的替代表述，使其

具備現有政治評論的有效形式。如此之直接結果，乃是受涉及者相應的不確定感，相較於蒙受重新的風險，以及比這次也許更嚴重之懲罰的風險，受涉及者於有疑慮時，寧願完全放棄特定思想內容的表述。分離觀察本案系爭的表述，可能不太嚴重，使人產生疑問的卻是，來自價值判斷的內容及形式之間這樣的切割，以及由各管轄法院所預期的形式「審查」的一般不確定性所導致的一般預防效果。這不僅涉及內容服務業者及其員工的未來作為，而是也涉及對其他新聞機構及政治評論者的長遠影響。實際上最後這意味著自由的犧牲，如同依本案裁定的見解，正應避免該犧牲。

3.與多數意見相反，對於干預同樣珍貴及重大的保護法益之言論自由及新聞自由之嚴重程度的問題，關鍵也不能取決於在此不涉及有罪指控或事後懲罰，一而與刑事判決或民事法院關於精神慰撫金或撤回的判決不同，而是「僅」涉及未來系爭表述的不作為之判決。回顧一個過去所做的行為被判定是違法的，言論自由及新聞自由會同樣因施加每個這樣的懲罰被影響。（另外在本案不作為判決甚至還包含有罪指控，因為該表述明確被評價為「刑法第185條、第186條意義下的侮辱及誹謗」）。對於事實陳述，不偏重於提出不作為的要求，也許是合適的作法。充分仔細的調查研

究表明，事實陳述首先是基於善意作出的，然後才在法院訴訟過程中被證明有誤。在這樣的情況下，一個指向未來的禁止表述令，可能即已因此不再強烈地干預言論及新聞自由，因為對於一個已被證明為不正確的陳述，任何人都不再享有重述它的合法利益。但本案不涉及一個這樣的事實陳述，而是價值判斷，在該價值判斷剛剛實現向讀者說明《德國雜誌》特性的意圖時，就招致懲罰。當之後幾期雜誌的內容甚至由管轄專業法院的立場，認系爭表述從現在起有理由可讓它發表，憲法訴願聲請人應如何作為，在此仍未明。

4.最後，一如如本案例中發生的一樣，當一個個別的描述或者實際上只是一種標示，被選出來進行形式及內容上的「審查」時，還存在限縮人民及媒體自由空間的危險。一項有助於在政治領域促進公共討論自由，且具有根本性意義的評論，需要在憲法訴願聲請人完整表述的背景下，以及透過表述之受涉及者自己的行為，及戰鬥風格的關聯下去進行評價。實務見解所承認「反擊」權的考量（參照 BVerfGE 12, 113 [129 ff., 132]），同樣屬於對衡量結果之憲法上重要的典型標準。邦高等法院已滿足於引用實務見解的原則，而不再真正地探討與此有關的憲法訴願聲請人的表達，或更仔細地依具體構成要件之情形去進

行判斷。本案裁定也沒有充分考慮到，截至目前的實務見解，針對的也正是這一具有挑釁意味的回應形式，這只符合一般承認的道德，即本身使用激烈用語爭論的人，當對手以牙還牙時，自己不能覺得被侮辱。聯邦憲法法院在 Schmid-Spiegel 案考慮到「在媒體一決勝負的爭論之特殊性及其具有引導形成公共意見之固有特點」，把經由明鏡週刊爭論之受涉及者，在反擊時將該雜誌在政治評論上評價為「政治領域」的「色情書刊」，看作是一個容許的回應（前揭 BVerfGE [126, 131 f.]）。當一份報刊具有下列情形時，[註1：下列敘述及評價係摘錄自提出於為判決之邦高等法院的6本《德國雜誌》（該判決第11頁），亦即1969年第1, 2, 3, 4/5期及1970年第1/2, 3/4期。]自工會角度稱之為「極右煽動報刊」，真的應該是不合比例或違法，甚至該當可罰行為的構成要件嗎？

- 一般性地妨害特定族群（例如「那些」知識分子、極左派、作家）的名譽，
- 為貶抑政治對手之行為，自己大肆使用「極左份子」、「極左派」、「煽動」或「煽動行動」的概念，
- 在邦高等法院判決後，自己也使用助長更情緒化之論戰，而非實事求是的戰鬥風格，

—最後正是使用「煽動」及「圍剿」的字眼指摘工會，譴責工會與極左勢力合作，甚至指控工會「與謀殺者一夥」[註2：參照1969年第1期第14頁，第1、2行；1970年第1/2期第9頁，第1至3行及第38頁，第2行]，

整體觀察上，在此應被審查的法院判決本身，在公共討論的光譜上也許並未扮演重要角色，但該判決卻提供充分的理由去關注，德國的政治爭論應保持自由之風氣，以及實務見解也不應該不小心地偏離了具里程碑地位之Lüth案判決及Schmid-Spiegel案判決所指引的路。

法官：Rupp-v. Brünneck

### **Dr. Simon法官對聯邦憲法法院第一庭1976年5月11日裁定- 1 BvR 671/70 - 之不同意見書**

憲法訴願聲請人依基本法第5條之基本權受到侵害

依我的看法，本憲法訴願也由於上開不同意見書編號II所說明的理由，一如同時判決的1 BvR 163/72案件一樣—應得出系爭判決侵害憲法訴願聲請人源於基本法第5條基本權之結論。

法官：Dr. Simon

