

## 壹、前言

郭冠英事件發生至今，引起較大爭議的是郭冠英事件的政治效應及族群和諧的社會反應，輿論也早有許多政治面，及社會背景面的分析。而對於郭冠英本人所涉及的辱台言論是否屬於言論自由的問題，則有極大的爭議，有學者認為郭冠英事件涉及言論自由，郭冠英的行為屬於這個範疇的一部份而不應加以處罰。郭冠英本人則認為匿名不可以追訴，並宣稱這是其言論自由的一部份，然是否如此？本文則試圖從比較法上德國法的角度釐清郭冠英事件所涉及的言論自由的內涵及限制，並以德國經驗為例，來討論郭冠英事件是否屬於言論自由的範疇，並就上述問題作一分析，並在結論時，就新聞局的處置妥當與否做一簡評<sup>1</sup>。

Piroth / Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24 Auflage, 2008, S.146-150 中立性言論和特別性言論是承襲帝國威瑪共和憲法而來的區分，特別性言論是指涉法律上針對這個言論必須有特別權利才可發表。只要不屬於特定法規必須審查的言論都叫做中立性言論。中立性言論是特別言論以外的，一般法律所允許，而無庸意見表達者為特定的內容或是放棄特定的內容(言論任務的禁止)的言論，以及非法律要件所規定具侵害性之無價值的或傷害性的特定言論內容(言論內容的歧視禁止)。Vgl. Poscher, Neue Rechtsgrundlagen gegen rechtsextremistische Versammlungen, in: NJW 2005, S. 1316- 1319., Piroth / Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24 Auflage, 2008, S.149, Rn 599a. <http://www.zeit.de/online/2008/52/passau-mannichl-mordanschlag>

## 貳、德國法及實務言論自由的內涵及其限制

言論自由規定在我國憲法第十一條僅有短短的規定人民有言論自由，內容則有待詮釋。這裡可以借用比較法的方法來詮釋我國的言論自由。例如德國基本法第五條，每一個人有權利，自由使用言語，文字以及圖畫，表達他的意見並且加以傳播，並在無干擾的情況下由一般可接受的管道，去獲悉言論。換言之，從德國法的角度，則所謂的言論自由在德國基本法第五條第一款第一句的文義上，清楚的傳達了兩個概念，那就是言論自由是發出的，也是收受資訊的自由<sup>2</sup>。而意見表達，可以是事實的陳述主張，也可以是一種價值評斷。

言論自由的概念為何？德國大多數學者的看法認為，言論自由屬於人身自由的一部份，無論是涉及何項客體或是何種言論內容。這樣的言論表達，可以是政治的或是非政治的，也可以是公開的或是私底下的意見，理性的或不理性的，有價值的或是無價值的言論<sup>3</sup>。這也許可能涉及到有待法律判斷的毀謗性言論。

言論自由是否是一種全無節制的權利呢？當然不是！大多數的德國基本法專家認為，言論自由是受限制的權利，這表示言論自由不是一種無限上綱全無節制的自由，而必須受到德國憲法上的限制，限制外的言論才有所謂的自由。

在德國法律實務及學理的操作上的言論自由實際限制有，(1)憲法第五條第二款的一般法律的限制，為了保護個人名譽及青少年的個人的言論自由限制，(2)憲法第九條第二款的對違反刑法為目的之組織，黑幫和與國際為敵的團體的言論自由限制，憲法第二十一條第二款和第三款的違憲政黨及組織由一般法律規定的言論自由限制，(3)憲法二十一條對於服役的軍人及替代役也有言論自由的法律限制<sup>4</sup>。

若以德國法為例，第一類型的言論自由限制中所謂的對於言論自由的一般法律限制，解釋上就是指言論涉及刑法政治篇章及公務員法的這兩方面的限制，前者指涉的是言論主張和言論操作會危害自由民主法治國的秩序，後者則是指公務員必須有言論合宜及言論克制的而合於公務員法的誡命。

德國刑法中言論自由的限制最明顯的就是，德國刑法九十條以下規定的出於敵意侮辱自己的聯邦總統，聯邦德國及其所屬聯邦和其象徵標誌，以及德國刑法一百三十條以下的種族挑唆罪。前者或許在個案上尚可能有個人名譽保護或是政治性言論的個人言論自由空間的界線問題，但後者則依照德國法學界多數的看法，則已完全不屬於聯邦德國基本法言論自由保障的範圍，因為這種主張種族歧視的行為本質上已經是把憲法秩序當作敵人，是一種『敵憲法的行為』，對於這種敵憲法行為的言論，就算是所謂的中立性言論(Meinungsneutral)的發表，行為人也要被處罰<sup>5</sup>。種族歧視性的言論，本身不屬於中立性言論，但是如果偷偷摸摸的用語言或是暗示的手法，則可能屬於中立性言論而得以發表，例如說『台灣人在日據時代的殖民政策荼毒下，知識水準可能不如來台的外省人。』這樣的言論看似屬於中立性言論，但在德國則加以禁止，因為涉及種族歧視可能的，是沒有言論空間的。聯邦憲法法院更認為種族歧視這種敵視憲法的行為，同時涉及刑法特別保護的法益，人性尊嚴的一部份<sup>6</sup>。

這裡德國法的操作標準十分明白，言論自由並非無限上綱，而必須有三個限制。而且對於涉及種族歧視的言論，在德國法的實務運作上是當作敵憲法的行為來處理的，而不給予任何言論自由空間的。郭冠英的案子本身是極為明顯的種族歧視性言論，根本不是偷偷摸摸，而是公然宣傳，若按照德國法的標準當然必須加以禁止，並對行為人加以處罰。

### 參、零九年初德國經驗的《教宗接納威廉森案》與《職業足球明星控告國民黨案》

在零八年年底十二月十四日時德國巴伐利亞邦的芭芍(Passau)發生了警察局長被新納粹刺殺的案件，新納粹暴力團體的偏激行為再度引起社會大眾的關注，民眾不但上街頭反新納粹，甚至許多聯邦國會議員都要求中止對於這個有納粹意識型態的國民民主黨的支助，新納粹顯然成為七零年代左派暴力團赤軍聯 RAF之後，國家最頭疼的問題。德國總理梅克爾(Merkel)也高分貝站出來強硬表態，表明聯邦政府的立場，『一個執法代表的警察局長被攻擊，甚至是一個無辜的人被攻擊等同於攻擊德國政府與人民。聯邦政府及各邦必須更強硬的對抗這種極右派的挑釁及極右派的組織結構。』<sup>7</sup>

零九年初，本為德國人的教宗本篤十六世決定接納被宣布驅逐出教的比約十世神職兄弟會<sup>8</sup>的四個主教，其中英國籍主教威廉森的言行最惹爭議，他認為納粹的猶太人大屠殺是虛構的。教宗接納威廉森重新回歸教職，這個決定不但引起了天主教內部的譁然，反對的神職人員在所多有，危及了教宗本篤十六世的世俗代理人地位，甚至造成二千年傳統的天主教嚴格的誡命規範受到挑戰。當然世界輿論，或基督教和猶太教的攻擊更是不斷，教宗在受到輿論的極大壓力下，一開始是以不知情為由，而由梵諦岡方面說明教宗本人並沒有種族歧視，並且解釋自己的本意，只是要發揮寬容其他不同意見的教派而已。<sup>9</sup>但是猶太種族屠殺否認的論調卻挑動了德國政治最敏感的神經，德國總理梅克爾在第一時間就跳出來攻擊這樣的論調。<sup>10</sup>教宗在飽受抨擊的情況下不但公開譴責威廉森的歧視言論，也撤回了自己原先的

接納重回的誠命，並要求威廉森必須公開道歉<sup>11</sup>。不過威廉森卻說他只認知到自己的錯誤，卻沒有具體回應道歉。威廉森就此失去重被天主教會接納的機會<sup>12</sup>。

無獨有偶的是，零九年的三月二十四日，德國職業明星足球員歐沃墨耶拉則與偏激的右派政黨德國國民黨展開了柏林的種族挑撥的訴訟程序序幕。國民黨主席巫多·佛沃特被指控在上一次世界杯足球賽散播挑撥種族的小冊子。特別是把前國家代表隊員派翠克·歐沃墨耶拉當作令人難堪言詞的目標。德國國民黨高層的辯護人曾三次嘗試要柏林動物花園的地方法院，阻止這個被檢方認定為種族歧視的主訴訟程序。法院則三次駁回其請求，亦拒絕其延遲開庭，國民黨的三個黨高階幹部面臨可能在刑法最高五年的有期徒刑。

國民黨對於二零零六年的世界盃足球賽公開表示其種族傾向，可能是國民黨的策劃宣傳中強調認為，歐沃墨耶拉沒有權力代表德國足球隊出賽。他們的標語是“白色，不是只有運動服！而是一個純種的民族國家的男子代表隊！”這樣的描述就暗指需排除背號25的歐沃墨耶拉。

柏林檢方搜索國民黨在柏林科本尼克的總部並且扣押了數萬張的宣傳單；被告們應該擬定了後續新的策劃。因為傳單中畫出了十一個關於球員的象形符號，一個白色的，但十個其他的紅色，黃色，黑色和棕色，然後這些顏色的下面都有一個疑問句，“二零一零年的民族代表隊十一人？”在第一個象形文字有著數字77，人們若再加上這十一個球員就成為88<sup>13</sup>，在極端民族主義者中，這個符號象徵的是榮耀歸於希特勒<sup>14</sup>！

這兩個案例雖然一個涉及外國人，一個在德國本地發生，但卻都有共同的結局，那就是德國的社會輿論都給予相當大的壓力，壓迫這些種族主義主張的人必須承擔社會責任出來道歉，在教宗接納威廉森案中，教宗被逼到出來痛批威廉森，連模糊的餘地都沒有，且必須取消自己錯誤的決定，這幾乎是把天主教教宗的權威都陪進去了。若是發生在德國，行為人則必須負擔受司法追訴的責任，也就是德國刑法一百三十條以下的種族挑唆罪責，誠如前述，這是一種敵對憲法的犯罪行為。種族歧視在德國不單是被害人，甚至是一般大眾也都不會保持沈默，而會尋求司法途徑，而社會輿論則會毫不留情的撻伐。

#### 肆、在郭冠英案例中，我國言論自由可能操作的標準

郭冠英的言論自由案例涉及到兩個很主要的焦點，一個是郭冠英個人匿名言論是否自由的問題，另一個則是郭冠英本人的公務員身份限制言論自由的問題。有論者認為郭冠英在本案中並沒有公務上的違法行為，郭冠英也有權利匿名發表言論，若對郭冠英言論內容加以處罰有違憲法保障的言論自由<sup>15</sup>。

這樣的論點一時之間頗難令人分辨其是非，但是仔細觀察就可以知道這樣的觀點是完全錯誤的，我國憲法中因為對第十一條的言論自由並沒有明確的規範，所以可能必須依照大法官會議加以解釋，照我國著名的大法官會議解釋五百零九號關於言論自由的解釋則是認為，『國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我，溝通意見，追求真理及監督各種政治及社會活動之功能得以發揮。』，這個解釋明確的說明了二個架構下的言論自由，首先第一個操作基準是必須地位平等的，服膺於民主憲法

下秩序，第二個是言論自由是功能取向的，不是無限制的，也就是必須受到法律的 限制。

這樣的操作基準其實和德國憲法的運作是一模一樣的，可以分成三點來討論：

第一點是匿名或真名發表言論是否有差別？

在郭冠英以筆名發表一連串辱台言論時，有爭執的不是郭冠英用匿名或筆名發表言論，因為這無礙郭冠英的身份同一性，主體的行為人不不論是郭冠英，范蘭欽，郭才子等，匿名或真名只是一個手段而已，重點是主體的行為。換言之匿名的言論跟以真名發表的言論是一樣的，這跟言論自由完全無關，所以說若匿名就可享有完全的言論自由，用真名就必須謹慎，這個命題本身就有混淆主體行為目的和手段的錯誤，所以在法律上用匿名或是用真名發表言論，均需負擔相關的責任。匿名與真名都享有同等的權利，也必須負擔相同的義務，沒有誰多誰少的問題。這從憲法第十一條講的人民享有言論自由，在享有言論自由的主體上並沒有加以限制，也沒有規定『匿名的』人民和『高級的』人民享有言論自由，正是這個道理。

第二點是郭本人的言論自由有因為公務員身份而受妨害嗎？

其實並沒有受妨害。公務員當然有發表言論的自由，這毫無疑義，但是別忘記了，郭冠英自始自終的言論自由都和一般人一樣，必須受到法律的限制，有學者拿出公務員身份作煙幕彈，事實上是混淆視聽，且故意把一些政治上的東西拿到法律上來談，郭冠英的言論受限制的原因並不是因為他的公務員身份，而是他的言論內容問題。

第三點是郭冠英的辱台言論，種族歧視傾向及要求外國攻擊台灣的偏激言行，可否視為是一種政治主張？

這個問題其實答案已經很明確了，不論是從大法官會議解釋的言論自由基準來談，或是從比較法的德國法來談，郭冠英種族歧視傾向和要求外國攻擊台灣是不承認國家的民主憲法秩序的行為，不承認民主憲法秩序的約束並展露出赤裸的語言暴力，就已經不是言論自由裡的言論了，而是一種敵對憲法的行為。在法律限制上，我國法的殘害人群治罪條例<sup>16</sup>對於此種言論亦有限制。所以郭冠英的行為並非言論自由裡的言論，這種言論可以說同時違反前述兩個我國憲法操作基準，而應被視為犯罪行為。

伍、結論 不是言論就沒有自由

從德國法的操作上可以很清楚的看的出來言論自由的定義很廣泛，但是言論自由卻不是毫無限制的，言論自由在德國法上必須注意(1)一般法律及青少年保護和名譽保護的限制(2)違憲組織和犯罪組織的言論限制(3)軍人或替代役言論的限制。

而德國近來的新案例都在在顯示種族歧視的言論不是一種言論自由，而是輿論批判，司法追訴的犯罪行為，而此似乎已經不是言論自由範疇的問題，而是一種敵對憲法的語言暴力行為。而學者為郭冠英辯護的公務員身份的言論自由，或是郭本人自己說的匿名或真名的言論自由，事實上都是混淆視聽的手段，與郭冠英的言論自由絲毫無涉，前者涉及的是郭的言論內容違法而非郭的公務員身份而致其言論受限，後者則涉及主體同一性不變，無論匿名與真名均需負擔相同的法律責任。

所以，郭冠英事件所涉及的係一種敵對民主法治國憲法秩序的暴力行為，並非言論的問題，既非言論，就沒有自由。郭冠英可能該當刑法上三百零九條的公然侮辱罪或是妨害人群治罪條例的第三條的公然煽惑罪，至於郭冠英本人因為具有公務員身份而可能涉及利用公務員職務之便，或是公務員職務本身的而有的其他內亂外患甚至叛國的罪嫌，則必須視其有無該當其他刑法上的構成要件而定，這兩個部分需分開處理。誠如本文所言，郭冠英本人的種族歧視言語暴力的犯罪行為，與其執行公務員職務是否違法，不適任甚至叛國的行為，與郭冠英的言論自由完全無關，這兩個問題不能簡化成公務員的言論自由問題，而應當作是否有公務員身份或執行公務員職務的犯罪問題，與語言暴力犯罪的問題，是否有這兩方面的法律責任問題來處置。

從行政程序上，新聞局處理本案時，似乎一開始並沒有搞清楚自己的角色定位，因為行政程序上，賦予主管機關的新聞局平時考核權的理由即在於，如果公務員有公務人員考績法第十二條的第三項各款行為，又有確切證據時，則應以行政處分加以懲處，以免公務機關公權力信譽受損。

換言之，第十二條第三項各款的認定就是各行政主管機關的權限，郭冠英以范蘭欽為筆名發表辱台言論，新聞局應該可以在第一時間掌握證據，然後依照第十四條的法定程序給予申辯機會，然後做出是否處置郭冠英的決定。但新聞局似乎受到政治上的壓力，而以察無實據以及移送公務人員懲戒委員會處理的手法來躲避媒體的責難，但這樣的作法根本上是讓問題更加模糊化，甚至是變成完全無法處理的懸案，也難怪引起社會一片譁然。

這樣移送公懲會的作法有下面兩個問題：

第一點是證據的認定問題：

交給公懲會等於是先放棄自己的行政決定權，而交付給司法機關處理。這樣的決定看似有理，但事實不然。因為公懲會基本上相當於公務員法庭，在公務人員懲戒法第二條規定要懲戒公務員，必須有兩個原因，就是公務員違法以及公務員有廢弛職務或其他失職行為，但這都需要證據的認定。如果說移送的機關自己都沒有先行認定郭冠英的言行是否失職甚至是模稜兩可的打迷糊仗，公懲會的職權調查和調閱文卷調查又能起得了什麼作用呢？第一線的行政機關的證據調查都沒有任何結果了，又如何期待只是第二線調查的公懲會呢？

如果行政機關沒有先行掌握公務人員考績法第十二條第三項各款的行為的證據，甚至是查無實據<sup>17</sup>，那公懲會如何可以在拖延時日後，有詳盡的證據認定有郭冠英有公務員懲戒法的違法，廢弛職務或其他失職行為？

第二點是新聞局違法行政

依照公務員懲戒法第十九條但書的規定，對九職等的公務員懲戒是可以直接移送的，也就是說移送權是在主管機關，主管機關一定是認定違法有據才會移送。

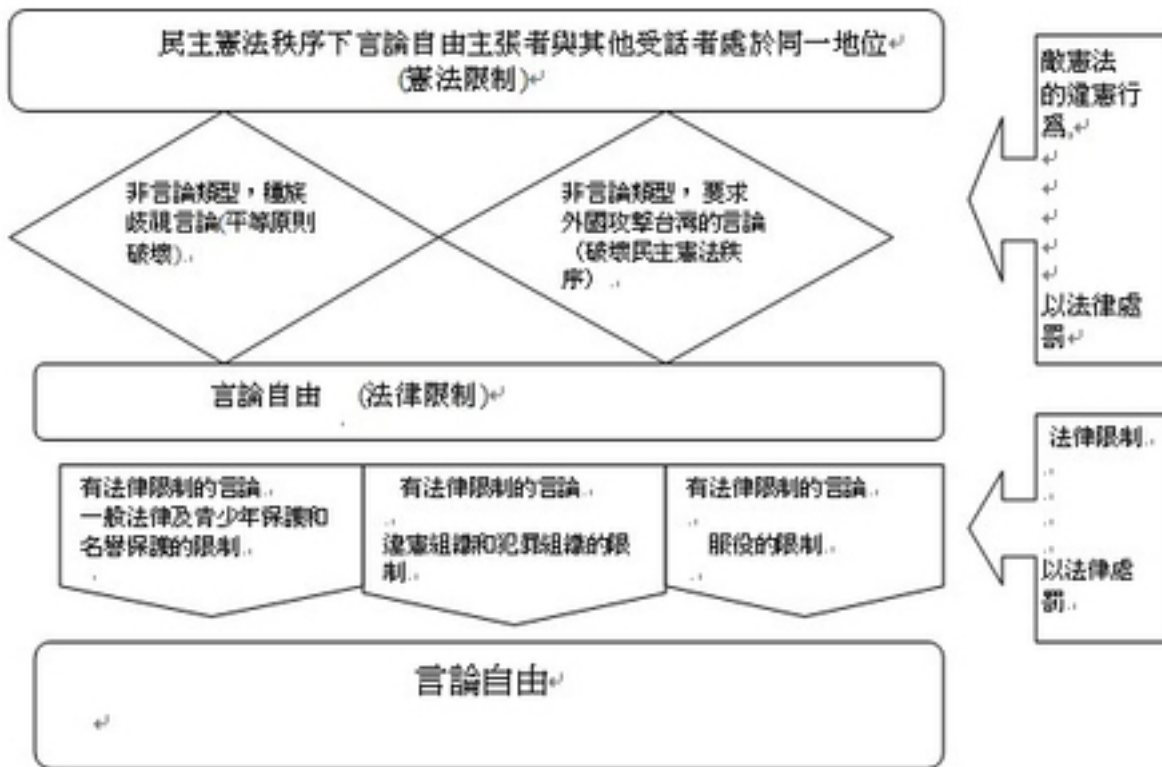
如果主管機關根本無從認定郭冠英的言行是否違法，那根本就不能移送。本案最大的問題在於郭冠英牽涉的辱台言論，若沒有先經過主管機關的認定和移送，身為司法機關的公懲會該如何懲戒呢？這裡是很矛盾的，如果你查無實據，那麼按照第十九條法條，就不可以移送，如果移送了，就不應該是查無實據，兩者只能擇一。這裡新聞局又移送，又查無實據，這根本是違法行政，因為完全不符法律規範。

本案例中，郭冠英的行為極有可能該當公務員考績法第十二條的第三項第三款的傷害政府信譽，第五款的言行不檢致損害政府或公務人員聲譽，第七款的破壞紀律，情節重大者，以及第八款的曠職日數過長，這些都是新聞局可以記郭冠英兩大過免職的原因，但新聞局一開始並沒有這樣做，而是先調職，然後把行政程序移到司法程序去，在公務員懲戒程序欠缺足夠的判斷資料及證據時，新聞局放棄行政處分權限而把這件事全部丟過去，在欠缺證據的前提下，公懲的停職處分就變成有違法行政的嫌疑了，新聞局如果欠缺證據也不能夠移送，所以這樣的處理根本上是讓程序有嚴重瑕疵，甚至有程序違法結果。雖然後來補了兩大過免職，但這個後來郭冠英的免職處分就顯得突兀了，因為新聞局沒有在第一時間做出處理，反而是等郭冠英抨擊新聞局長官並且大放厥詞的時候，才做處理。新聞局並沒有妥適的依法行政，也沒有維持住政府信譽基本的停損點，這實在令人遺憾啊。

### 【言論自由圖解】

在結果上，雖然郭的言論都是用法律來處罰，但是其實在層次上郭的言論同時具備違憲和違法的可能性，而法律效果也可能因法律功能分配而有不同，此可以下面的圖表加以說明。

郭冠英案的言論自由審查圖解如下




作者段正明為律師

( 本文僅代表作者個人意見, 不代表本智庫立場 )

註解：

- 1.關於郭冠英另外涉及的刑法，民法或行政法律責任，限於篇幅，不在本文討論範疇。
2. Öffentliches Recht, 16 Auflage, Nomos, 10.8.2007, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.
- 3.Pieroth / Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24 Auflage, 2008, S.137.
- 4.Pieroth / Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24 Auflage, 2008, S.146-150
- 5.中立性言論和特別性言論是承襲帝國威瑪共和憲法而來的區分，特別性言論是指涉法律上針對這個言論必須有特別權利才可發表。只要不屬於特定法規必須審查的言論都叫做中立性言論。中立性言論是特別言論以外的，一般法律所允許，而無庸意見表達者為特定的內容或是放棄特定的內容(言論任務的禁止)的言論，以及非法律要件所規定具侵害性之無價值的或傷害性的特定言論內容(言論內容的歧視禁止)。 6.Vgl.Poscher, Neue Rechtsgrundlagen gegen rechtsextremistische Versammlungen, in: NJW 2005, S. 1316- 1319., Pieroth / Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24 Auflage, 2008, S.149, Rn 599a . 7.<http://www.zeit.de/online/2008/52/passau-mannichl-mordanschlag>
8. 比約十世是上一世紀被封聖的羅馬天主教皇，比約十世神職兄弟會是一個天主教的支派，不過這個團體向來主張天主教必須回復基本教義的堅持，信仰上不可妥協，特別在對待殺神者的猶太人上面。其創始者為列佛布瑞，弔詭的是列佛布瑞的父親是一個納粹的反對者，一九四四年死於集中營，但其子卻創造了這個激烈的基本教義派，一般均認為這個教派有嚴重的種族傾向。<http://www.zeit.de/2009/07/01-Papst> 9.<http://www.zeit.de/2009/07/01-Papst> 10.<http://www.zeit.de/online/2009/07/merkel-papst-vatikan-lob>,這裡有許多政治家反對梅克爾的跳出來公開批評梵諦岡，理由是干涉了教會的內部事務，神職人員也有認為教宗從未容忍過種族歧視的言論，梅克爾跳出來，等於是給教宗一個莫須有的罪名。 11.<http://www.zeit.de/online/2009/07/merkel->

papst-vatikan-lob 12.<http://www.zeit.de/online/2009/07/williamson-abberufung-merkel-anruf>  
13.關於88其實在納粹份子就是視其為兩個SS的組合，只是尾巴把他變長了點，就是88。這個SS是納粹黨衛軍的標誌，這個軍隊是納粹執行種族屠殺指令的奉行者。把SS結合起來也是希特勒手創的倒鉤十字的納粹黨標記 ，讀者仔細看就可以知道這個倒鉤十字就是兩個S的組合。這和佛教的卍字剛好顛倒，千萬別混淆了。可參照，<http://www.welt.de/politik/article3436058/Fussballprofi-Owomoyela-verklagt-NPD-Chef-Voigt.html>

14. <http://www.welt.de/politik/article3436058/Fussballprofi-Owomoyela-verklagt-NPD-Chef-Voigt.html>

15.請參閱石之瑜先生的『其實是自由與極權的選擇』，<http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0,4521,11051401+112009031600081,00.html>，同作者的『後現代的法西斯』，<http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0,4521,11051401+112009032600458,00.html>，不過在本篇文章中，石之瑜先生似乎混淆了法西斯與國家社會主義的區別，甚至連基本的後現代的論述與自由主義也概念模糊，有待商榷！

16.郭冠英的言論可能該當殘害人群治罪條例的第三條，而並非屬於言論自由的範疇。

第二條（性質與範圍）

意圖全部或一部消滅某一民族、種族或宗教之團體，而有左列行為之一者，為殘害人群罪，處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑：一、殺害團體之分子者。

二、使該團體之分子遭受身體上或精神上之嚴重傷害者。

三、以某種生活狀況加於該團體，足以使其全部或一部在形體上歸於消滅者。

四、以強制方法妨害團體分子之生育者。五、誘掠兒童脫離其所屬之團體者。

六、用其他陰謀方法破壞其團體，足以使其消滅者。第三條（煽動殘害人群罪）公然煽動他人犯前條第一項之罪者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。

17.<http://udn.com/NEWS/NATIONAL/NAT1/4795404.shtml>