

公職人員之公眾資訊與宣導工作^{*}

——介乎中立要求與競爭扭曲之間

Peter M. Huber 著^{**}

劉淑範 翻譯^{***}

壹、從*Schmidt*政府之公共活動到「對德國另類選擇黨出示紅牌」

邇近，聯邦憲法法院再度處理聯邦總統¹及聯邦部長²等公職人員針對非同屬或親近政黨及其成員與支持者所為之貶抑言論。聯邦總統*Gauck*曾於一個面對中學生之活動中提及，吾等雖能禁止德國國家民主黨（Nationaldemokratische Partei Deutschlands, NPD），「然而，瘋子、意識型態者及狂熱份子……卻不會就此即從這世界中被剔除。³」第二庭對偌此言論未多加訾議，正如聯邦家庭與婦女老幼事務部長*Schwesig*接受圖林根邦日報（*Thüringische Landeszeitung*）訪談一案亦然，該部長值圖林根邦議會2014年大選前夕藉此預告，「將竭盡全力，俾使九月之選舉根本不致演成這般地步。首項目標務必是，德國國家民主黨不會進入邦議會。⁴」與此相悖者，乃聯邦教育與研究部長*Wanka*在該部網頁上以

* 「2019年中央研究院法律學研究所大師講座」演講，2019年9月10日。

** 德國聯邦憲法法院法官暨慕尼黑大學法學院公法學教授。

*** 中央研究院法律學研究所兼任研究員。

¹ BVerfGE 136, 323 ff. — Äußerungsrechte Bundespräsident, Spinner.

² BVerfGE 138, 102 ff. — Schwesig; BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2018 — 2 BvE 1/16 —, juris — Wanka.

³ BVerfGE 136, 323 (324 Rn. 2) — Äußerungsrechte Bundespräsident, Spinner.

⁴ BVerfGE 138, 102 (103 Rn. 3) — Schwesig.

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/62718012.pdf>；

<http://publication.iias.sinica.edu.tw/62618012.pdf> (German version)。



2015年11月4日第151/2015號新聞稿，對德國另類選擇黨（Alternative für Deutschland, AfD）出示紅牌，並藉此企圖阻止由該黨籌劃對抗聯邦總理示威遊行之潛在參與者一案，聯邦憲法法院則是將此「紅牌」評斷為對《基本法》第21條第1項第1句所定政黨機會平等權利之侵害⁵。

前揭各項判決係處於可回溯至1977年3月2日一個較長之傳統路線，當時第二庭批駁*Schmidt*（施密特）政府大規模之公共活動，因其在1976年10月3日聯邦眾議院大選前夕，於各家日報及雜誌投置大版面之廣告，且以財政預算支應之⁶。若干邦憲法法院亦須面對可資比擬之議題。基本上，彼等係依循卡爾斯魯厄（Karlsruhe，譯按：聯邦憲法法院所在地）之裁判⁷。

貳、對司法裁判之批判

司法裁判引發極大之迴響，並招致相當之批判⁸。批判者認為系爭之

⁵ BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2018 — 2 BvE 1/16 —, juris — Wanka.

⁶ BVerfGE 44, 125 ff. — Öffentlichkeitskampagne der Bundesregierung.

⁷ Berlin: Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, Urteil vom 04. Juli 2018 — 79/17 —, juris; Rheinland-Pfalz: VerfGH RP, Beschluss vom 21. Mai 2014 — VGH A 39/14 —, juris, Rn. 26 m.w.N.; Saarland: SaarlVerfGH, Urteil vom 08. Juli 2014 — Lv 5/14 —, juris.; Thüringen: ThürVerfGH, ThürVBl. 2016, 273 ff.; ThürVBl. 2016, 281 ff.

⁸ *H. Butzer*, Im Streit: Die Äußerungsbefugnisse des Bundespräsidenten, ZG 30 (2015), S. 97 ff.; *Chr. Hillgruber*, Zur Äußerungsbefugnis des Bundespräsidenten in Bezug auf politische Parteien, JA 2014, S. 796 ff.; *J. Krüper/H. Kühr*, Der Lebenszyklus politischer Parteien — Eine „evolutionäre“ Einführung in das Parteienrecht, ZJS 2014, S. 477 ff.; *R. Chr. van Ooyen*, Kompetenzüberschreitung des Bundespräsidenten?, Recht u Politik 2014, S. 127 ff.; *M. Sachs*, Staatsorganisationsrecht: Redefreiheit des Bundespräsidenten, JuS 2014, S. 956 f.; *A. Bäcker*, Ein Lehrstück bundespräsidialer Sachlichkeit — Zu den Grenzen der Redefreiheit des Bundespräsidenten, MIP 2015, S. 151 ff.; *dies.* MIP 2015, S. 154 ff.; *Chr. Gusy*, Neutralität staatlicher Öffentlichkeitsarbeit — Voraussetzungen und Grenzen, NVwZ 2015, S. 700 ff.; *St. Muckel*, Neutralitätsgebot für Äußerungen von Mitgliedern der Bundesregierung („Fall Schwesig“), JA 2015, S. 715 ff.; *M. Penz*, Äußerungsbefugnisse von Regierungsmitgliedern — Anmerkungen zum Urteil des Thüringer Verfassungsgerichtshofs vom 8. Juni 2016 — VerfGH 25/15, ThürVBl. 2016, S. 265 ff.; *M. Putzer*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Äußerungsbefugnisse staatlicher Organe und Amtsträger, DÖV 2015, S. 417 ff.; *St. Tanneberger/H. Nemeček*, Neutralitätsgebot für Mitglieder der Bundesregierung, NVwZ 2015, S. 209 ff.; *M. Payandeh*, Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger im

層峰政治人物並非分裂之人格，而是公職人員與政黨政治人物兩者兼備，故指摘司法裁判欠缺實用性並漠視生活現實。進而，對國家公職人員要求中立之主張，係立基於憲法上令人質疑之一項前提，抑且，——對此等批判應可作如是理解——倘若此主張乃牴觸《基本法》第20條第1項之民主原則。復又，公職人員與政治競爭者進行批判性辯論時所為之言論，毋寧是民主正當化下國家功能主體原始政治權限之展現，故而原則上係屬許可⁹。

上述批判係固著於憲法上被誤解為所不蘊含之中立要求，並且忽視，此處系爭之行為，不涉乎自身確信居後之道德義務，或亦無關乎脫離現實之「腦中一把剪刀」（譯按：「自我審查」之意），藉此擬依化身博士／變身怪醫之行徑（Dr. Jekyll & Mr. Hyde），將每位公職人員打造成為分裂之人格，實則，此等行為乃涉乎競爭政黨彼此間之公平及機會平等。

參、公眾資訊與宣導工作作為競爭之參與

吾等從*Martin Morlok*讀到：「於《基本法》之競爭民主中，政黨法乃是競爭法」¹⁰，此競爭法旨在調控權力獲取或權力喪失之程序¹¹。此言

öffentlichen Meinungskampf, *Der Staat* 55 (2016), S. 519 ff.; *Arno Wieckhorst*, Rechts- und verfassungswidriges Regierungshandeln in der sogenannten Flüchtlingskrise?, *ThürVBl.* 2016, S. 181 ff.; *G. H. Stumpf*, Parteipolitische Äußerungen des Thüringer Ministerpräsidenten — Anmerkungen zum Sondervotum Petermann zum Urteil des Thüringer Verfassungsgerichtshofs vom 8. Juni 2016 — *VerfGH* 25/15, *ThürVBl.* 2016, S. 270 ff.; *C. D. Classen*, Der Verfassungsberggriff der Demokratie in Deutschland und in Frankreich, *JÖR* 65 (2017), S. 263 ff.; *D. Kuch*, Anmerkung, *JZ* 2018, S. 409 ff.

⁹ *Payandeh* (Fn. 8), S. 519 ff.

¹⁰ *M. Morlok*, Parteienrecht als Wettbewerbsrecht, in: Häberle/Morlok/Skouris (Hrsg.), *FS für Dimitris Tsatsos*, 2003, S. 408 ff.; *M. Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), *GG*, Bd. II, 3. Aufl., 2015, Art. 21 Rn. 77.

¹¹ *Morlok*, Parteienrecht als Wettbewerbsrecht (Fn. 10), S. 408 ff.; *M. Morlok*, Das BVerfG als Hüter des Parteienwettbewerbs, *NVwZ* 2005, S. 157 ff.; vgl. auch *P. M. Huber*, Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 47 Rn. 2 m. w. N.

現今既是公共財¹²，亦是對守護此競爭之純正係屬聯邦與各邦憲法法院任務之洞見¹³。

此處系爭政府及其成員之公眾資訊與宣導工作或聯邦總統之公開言論，亦係關涉乎上述贏取（潛在）選民以及權力獲取與權力喪失之不被扭曲的競爭。不論聯邦政府是否籌辦欲促使選民投向支撐政府政黨之大型活動，抑或是否欲經由涉乎競爭政黨之貶抑言論而嚇阻選民，其實質上（亦）恆屬政黨贏取選民之競爭。

倘若此競爭務須純正。猶如吾等得依據競爭法而作如是措辭：倘若此競爭，既不得透過「機關權威之濫用」（„Missbrauch amtlicher Autorität“，〈不正競爭防止法〉第4條第3款）¹⁴，亦不可藉由「因違法行為致生之優勢」（„Vorsprung durch Rechtsbruch“，〈不正競爭防止法〉第3a條）¹⁵，而遭受扭曲，蓋因此等行徑將會妨害個別政黨在《基本法》第21條第1項第1句¹⁶所保障之機會平等¹⁷。

當然，政黨間之競爭，尤如支撐政府與在野之政黨間，永遠無法完全機會平等，——正如在市場經濟上之競爭，亦總是存在較強與較弱之競爭者一般。對於政府職位擁有者產生特別興趣，且彼等作為談話夥伴

¹² F. Shirvani, *Das Parteienrecht und der Strukturwandel im Parteiensystem*, 2010, S. 199; R. Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. II, 8. Aufl., 2018, Art. 21 Rn. 119.

¹³ M. Morlok, *A Comparative Presentation on Constitutional Courts as Guardians of Competition between Political Parties*, XIII/2007 JURIDICA INT'L 94 (2007).

¹⁴ BGHZ 150, 343 ff., Rn. 23 — Elektroarbeiten; BGH, GRUR 2009, 606 — Buchgeschenk vom Standesamt; GRUR 2005, 960 — Friedhofsruhe; GRUR 2003, 167 — Kommunalen Schilderprägebetrieb; GRUR 1987, 116 — Kommunalen Bestattungswirtschaftsbetrieb I.

¹⁵ BGH, Versäumnisurteil vom 11. Mai 2017 — I ZR 59/16 —, juris.

¹⁶ BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2018 — 2 BvE 1/16 —, juris, Rn. 39 ff., 42 — Wanka; Morlok, GG (Fn. 10), Art. 21 Rn. 78, 氏欲從綜觀《基本法》第3條第1項、第20條第1、2項及第21條之規定中，推演出政黨之機會平等。惟若悖於既有司法實務及論著通說見解而否定政黨之基本權利能力時，當然即無此種推行之空間可言；vgl. dazu P. M. Huber, *Parteien in der Demokratie*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht II, 2001, S. 609 (623 f.); BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2018 — 2 BvE 1/16 —, juris, Rn. 32 — Wanka, 聯邦憲法法院於該判決中，不僅放棄援引《基本法》第3條第1項，抑且將政黨透過集會方式揭示及宣傳其政治目標並於公共論壇中引發對此關注之權利，係典型地從《基本法》第21條第1項而非從第8條第1項推衍而出。

¹⁷ Morlok, GG (Fn. 10), Art. 21 Rn. 78; Streinz (Fn. 12), Art. 21 Rn. 119.

恰因其職權享有更多自我表述之可能性，此乃屬在自由民主程序中應被接受之政治競爭現實。就此，第二庭於*Schwesig*一案中乃毫不含糊地闡明之¹⁸。

除此之外，至於公眾之較高興趣無論如何皆亦對職位擁有者產生有利效果乙節，則絕非定論。雖然，觀諸1949年以降之經驗，以及於21世紀初依然存留在黑格爾信奉者身上之權威公信力餘蘊，或可令人作此聯想。然而，一位不（再）討喜之公職人員所為之媒體曝光對於權力獲取與權力維繫之競爭可能產生反效果之情況，亦是可想而知。

肆、選民作為阿基米德支點

政黨法作為競爭法之理解，通常固足以解決具體案例。然而，吾等不容忽視，政黨間不被扭曲之競爭並非自我目的。其乃屬為選民服務之計，並為選民（基於人性尊嚴之）政治上自我決定權利¹⁹。就此而言，第二庭於其1977年3月2日之判決中，對政黨之機會平等與國民主權、權力分立、政府責任及多數等原則間之關聯性所為闡述，不僅係頗饒助益，更屬必要²⁰：

「為使選舉決定能於全然自由中作成之，在任何可能之範圍內，政黨以同等機會進入選戰，此乃屬不可或缺。職是，原則上，政黨於選舉時之自由影響，亦即所有政黨之完全平等權利，勢亦必然地與《基本法》第21條第1項第2句所確保之設立自由相互連結。本諸此一洞見，政黨同等競爭機會之憲法原則乃獲授其特有之表徵。平等原則之形式化於國民政治意志形成之領域中，導致政黨機會平等之憲法原則亦應以相同意義予以形式上理解（……）。憲法禁止公權力為任何能變更選舉時機會平等之政黨差別待遇，只要偌此差別待遇無法以特別必要之理由釋明

¹⁸ BVerfGE 138, 102 (115, 120 Rn. 44, 60) — Schwesig. Unter Hinweis auf BVerfGE 8, 51 (67); 14, 121 (134); 52, 63 (89); 78, 350 (358); 85, 264 (297).

¹⁹ Huber (Fn. 11), Rn. 2; zur Verankerung des in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG angesiedelten „Rechts auf Demokratie“ vgl. BVerfGE 5, 85 (204 f.) — KPD; 89, 155 (171) — Maastricht; 129, 124 (168) — EFSF; 134, 366 (396 Rn. 51) — OMT-Vorlage; 142, 123 (200 Rn. 147) — OMT.

²⁰ BVerfGE 44, 125 (145 ff.) — Öffentlichkeitskampagne der Bundesregierung.

之（……）。」²¹

準此以推，就此處系爭之問題而言，是否涉乎對《基本法》第21條第1項第1句所定政黨機會平等之干預乙節，並非從行動之職位擔當人視野加以衡量，而應視政黨機會平等對選民（潛在）決定能有何種效果而定。自此以觀，選民亦屬政黨法之阿基米德支點（archimedischer Punkt），甚且，不僅止於選戰期間²²。政黨毋寧係不加休止地促進國民意志之形成；此亦合理說明國家對政黨之持續性經費補助²³。

伍、個案之梳理分類

吾等若試圖梳理聯邦憲法法院所裁判之案例，俾探求各種形式之「公眾資訊與宣導工作」是否並於何等範圍內（得以）如此這般地搭上選民，以致俾此工作能導致個別政黨機會平等之妨害，則一幅分殊化之圖像即顯現而出。

一、公共活動（BVerfGE 44, 125 ff.）

從1976年5月至1976年10月3日聯邦眾議院大選期間，（由德國社會民主黨〔SPD〕與自由民主黨〔F.D.P.〕共同支撐之）聯邦政府委託諸多日報及雜誌刊登一連串之廣告系列。十家大型日報插置諸多大規格之廣告，其中將聯邦政府於所有重要領域（譬如經濟、交通政策、農業政策及教育事務）達成之績效陳列出來。各個廣告末端皆見「中期成果報告顯示：我們在正確的道路上。績效值得信賴。我們確保未來」語云。從1976年5月24日至1976年7月26日期間，聯邦政府於新聞雜誌「明鏡」（„Der Spiegel“）每週發表一個各含3至5頁之廣告，其中在大字標題下（譬如：「總而言之，這個政府帶給您更多的自由」）強調聯邦政府之

²¹ BVerfGE 44, 125 (145 ff.) — Öffentlichkeitskampagne der Bundesregierung.

²² Vgl. BVerfGE 138, 102 (111 Rn. 32); 140, 225 (227 Rn. 9) — e. A. Wanka; BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2018 — 2 BvE 1/16 —, juris, Rn. 46 — Wanka; Th. Kliegel, Äußerungsbefugnisse von Amtsträgern gegenüber politischen Parteien, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2017, S. 413 (436 f.); Payandeh (Fn. 8), S. 540.

²³ BVerfGE 85, 264 (286).

績效，同時列舉諸多標語式之事實輪廓，並暗示反對黨不具理由之悲觀氛圍。在「繽紛」（„Bunte“）雜誌中之「關於德國的50項事實」系列下，每週各刊載五個全頁之聯邦政府廣告，其中每頁多含僅由一句構成之大字體聲明，並連同（小字體之）簡短理由陳述（譬如：「刑事重犯在聯邦共和國內處境特別困難。聯邦共和國之重大犯罪破案率高達98%左右」。或如：「即便家庭主婦現今亦能進入年金保險體系。此乃於1972年經由法律落實」）。於1976年7月中，廣播雜誌及電視雜誌則是刊載強調聯邦政府於年金立法領域之績效的廣告。偌此廣告係以「績效值得信賴，我們確保德國的未來」收尾。於14個雜誌中，聯邦政府發表宣傳婚姻法改革之內涵與影響的資訊廣告。

除此之外，於1976年間，聯邦政府亦在公眾資訊與宣導工作之框架下，透過新聞局、資訊局及各部，發行各具不同內容與目標之書籍、手冊、傳單及類似出版品（諸如政府工作成果報告、住宅補貼指南等便民服務出版品、聯邦總理及聯邦部長之演講、法律條文及契約條文、報告及計畫），其中部分高達超過一百萬份之版次。出版品大部分係交由執政黨（亦即德國社會民主黨〔SPD〕與自由民主黨〔F.D.P.〕）傳布。由新聞局及資訊局於1976年1月1日至1976年7月26日期間所發行總計超過六百萬份之22項各種印刷品中，59.5%係交由執政黨SPD與F.D.P.，而僅有0.26%係交由反對黨CDU（Christlich Demokratische Union Deutschlands，德國基督教民主聯盟）與CSU（Christlich-Soziale Union in Bayern e. V.，巴伐利亞基督教社會聯盟）。偌此活動花費約莫1,000萬馬克，且由聯邦財政預算支應之。聯邦眾議院以執政多數議決通過此等預算（《基本法》第110條）；而預算支用亦是任由政府自由裁量為之。

顯而易見地，偌此公共活動係呈現不許可之競爭扭曲，遂亦意謂反對政黨之機會平等遭受干預²⁴。縱然第二庭在判斷標準之部分論述散漫，且不僅從競爭政黨（《基本法》第21條第1項）及候選人（《基本法》第38條第1項第2句）之觀點，抑從選民（《基本法》第38條第1項第1句）之視野，皆缺失政府機關公眾資訊與宣導工作之界限，然而，

²⁴ BVerfGE 44, 125 (144) — Öffentlichkeitskampagne der Bundesregierung.

諸項酌量仍達成如是論斷：

「儘管如此，涉乎國家整體之公眾資訊與宣導工作，亦應避免有利於個別政黨宣傳性影響之印象，同樣地亦應避免關於其他政黨恣意性、非合理貶抑性及攻擊性之表述。公眾資訊與宣導工作不得透過挹注公家資源支援多數政黨抑或鬥爭反對政黨。否則，即與國民意見與意志形成之自由與開放程序原則以及政黨平等原則不相切合。

（……）前揭論述尤其是針對——有意地或無意地——適於替選舉宣傳效力或影響選戰之措施有其適用。原則上可如是說，選舉宣傳開啟之處，即是政府之公眾資訊與宣導工作界限之所在。」²⁵

二、報紙訪談（BVerfGE 138, 102 ff.）

*Schwesig*一案之事實情況則係全然迥異²⁶。時任聯邦家庭與婦女老幼事務部長之*Schwesig*女士，於2014年秋季正值圖林根邦大選期間，接受圖林根邦日報訪談時，被問及德國國家民主黨NPD之提案於邦議會或市議會中如何處理之。隨即，彼乃就該黨所引發之危險及彼源自於梅克倫堡——前波莫瑞邦（Mecklenburg-Vorpommern）任官之經驗加以表述。整個訪談之焦點在於，彼預告將協助圖林根邦議會選戰，並竭盡全力，務使德國國家民主黨不會進入邦議會。於訪談之新聞報導文中，不僅就*Schwesig*女士所掌管之部，亦就其所屬之政黨，皆有提示。

如眾所周知，聯邦憲法法院並未就前揭表述有所訾議，並宣告機關爭議程序之聲請為無理由²⁷。關鍵性理由在於，於權力獲取與權力維繫之競逐中，該部長並未動用競爭政黨無法享有之資源。然而，此處勢須仔細端詳，蓋因顯而易見地，職位擁有者總將試圖在權力獲取與權力維繫之角力中，亦加利用優勢。從而，諸如談話圓桌、討論論壇或訪談之一般政治論辯活動，應予以區辨檢視：

「於此，政府職位擁有者不僅可以政府成員身分抑可以政黨政治人物身分被徵詢。此等活動——尤在多數人參與之情況——通常係致力於

²⁵ BVerfGE 44, 125 (149 f.) — Öffentlichkeitskampagne der Bundesregierung.

²⁶ BVerfGE 138, 102 (103) — Schwesig.

²⁷ BVerfGE 138, 102 (108 Rn. 25) — Schwesig.

涉乎議題之政治論點及立場交流，因而首應歸屬於政治意見角力。此處使用職稱者，尚非訴求職位權威之推證，蓋因國家之功能主體亦得於非職務情境中使用彼等職稱（……）。

報紙訪談不僅對政府職位擁有者開放，抑對支撐彼等之政黨及反對黨的成員同樣開放。訪談夥伴之挑選在於各該新聞報刊機構之新聞責任。對於政府職位擁有者產生特別興趣，此乃屬在自由民主程序中應被接受之政治競爭現實。」²⁸

職是，對措施之競爭合致性具決定性者，乃「政府職位擁有者是否依循特殊方式以政府職位之權威襯托其表述。」就此而言，如同該案例中單純使用聯邦部長職稱，尚無關宏旨。國家之功能主體——從守衛到部長——亦得在職務以外之情境中使用其職稱，而政黨之機會平等不能延伸如此這般之寬廣，以致現實須被修正，且實際執行功能之稱呼亦不得為之。設若須對潛在選民噤聲不提訪談夥伴之名字及其所擔當之功能，此舉簡直是近乎欺騙選民。

抑且，政府職位擁有者無須於訪談時僅侷限在與政府工作相關之表述。否則，勢將與政黨之機會平等權利無法切合，並將系統性地不利於支撐政府之政黨。就此而言，唯有執政黨如同反對黨能以相同之手段爭取選民支持，政黨間不被扭曲之競爭與機會平等方始存在。因此之故，政府職位擁有者亦可參與政治見解之競爭，且亦不受中立要求之拘束，——只要彼等係在非為國家行事之範疇中。自此以觀，政府職位擁有者甚且享有「論證雄辯式之反擊權利」²⁹。

相反地，若政府職位擁有者執行該功能，或以特殊方式運用繫乎其職位之權威，訪談表述即不許可。何時存在此種情形，則視個案狀況而定，——猶如政府之公共活動一般³⁰。諸如機關辦公室內進行訪談、於國家象徵前攝影、引證聯邦政府或自身主管部之決議與方案或動用新聞發言人等，從選民之角度觀之，皆可能製造一種職務關聯性，並使涉乎

²⁸ BVerfGE 138, 102 (120 Rn. 60) — Schwesig.

²⁹ BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2018 — 2 BvE 1/16 —, juris, Rn. 60 — Wanka, 聯邦憲法法院於該判決中，否定國家機構有此等反擊權利，惟並不針對擁有政府職位的自然人。

³⁰ BVerfGE 44, 125 (152) — Öffentlichkeitskampagne der Bundesregierung.

權力獲取與權力維繫之競爭政黨人物的角色退居背景。

三、網頁貼文（BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2018 — 2 BvE 1/16）

*Wanka*一案之事實情況迥異，乃明顯可見。公職人員於此處係在其所主管聯邦部之網頁上（www.bmbf.de），公布載有德國國徽及「聯邦教育與研究部」題稱之151/2015號新聞稿，該稿明文如是：

對德國另類選擇黨之紅牌

Johanna Wanka針對德國另類選擇黨所籌劃2015年11月7日於柏林的遊行

「紅牌應是對德國另類選擇黨出示，而非對聯邦總理。Björn Höcke及該黨其他發言人慫恿社會激進化。公然煽動民族情緒的極右派份子，如Pegida（歐洲愛國者抵制西方伊斯蘭化運動）首腦Bachmann，因此而獲得難以忍受的奧援。」

第二庭依德國另類選擇黨之聲請，根據《聯邦憲法法院法》第32條第7項第1句，基於特殊急迫必要性，3位法官已先以2015年11月7日之暫時命令，命令相對人將新聞稿從聯邦教育與研究部網頁暫時移除³¹；而該機關爭議訴訟於本案程序亦獲得勝訴³²。

第二庭首先再度提醒，聯邦政府所擁有之權威及對國家資源之處分可能對國民政治意志之形成產生不利之影響作用，此意含政黨間政治競爭嚴重扭曲之風險以及由國民朝向國家機關形成意志之程序反轉³³。固然，政府行為在相當範圍內會對或能對處於政治競爭之政黨的選舉機會產生影響乙節，係屬應予接受之政治程序一環³⁴。然而，聯邦政府對政黨競爭之目標針對性干預乃另一回事，爰不許可。職是，基於憲法之理

³¹ BVerfGE 140, 225 ff. — e. A. Wanka.

³² BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2018 — 2 BvE 1/16 —, juris — Wanka.

³³ BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2018 — 2 BvE 1/16 —, juris — Wanka, Rn. 52, unter Hinweis auf BVerfGE 138, 102 (115 Rn. 45) — Schwesig.

³⁴ BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2018 — 2 BvE 1/16 —, juris — Wanka, Rn. 53, unter Hinweis auf BVerfGE 44, 125 (140) — Öffentlichkeitskampagne der Bundesregierung; 138, 102 (114 f., Rn. 44) — Schwesig.

由，聯邦政府、聯邦部長及其他公職人員，當彼等行使其公眾資訊與宣導工作之職權時，不得認同個別政黨，並將供彼等處分之國家資源及可能性作有利於或不利於政黨之運用：

「準乎於此，為個別處於政治競爭之政黨宣傳開啟之處，聯邦政府之公眾資訊與宣導工作的許可性即終止。《基本法》第21條第1項第1句所定之機會平等原則並不允許，聯邦政府利用公眾資訊與宣導工作之可能性，俾支持執政政黨或鬥爭反對政黨。」³⁵

然而，聯邦部長之新聞稿卻明顯逾越此等界限。此乃屬聯邦教育與研究部之新聞稿，並非政黨政治人物 *Wanka* 之新聞稿；此稿係登載於彼主管部為官方公佈之用的網頁上，並附有聯邦之鷹，是以，讀者勢必將新聞稿歸屬該部及德意志聯邦共和國，而非政黨政治人物 *Wanka*。設若彼於私營網頁上作相同之表述，譬如在德國基督教民主聯盟 *CDU* 之活動上，或——猶如其同儕 *Schwesig*——在一個非進一步關涉職位之訪談情境下，反面思緒即不致興起。然而，彼卻是為削弱政治競爭者並妨害政黨政治競爭中之機會平等而利用國家資源。

四、聯邦總統與「瘋子」（BVerfGE 136, 323 ff.）

所謂「瘋子」判決亦是融入此一思維結構。其事實基礎係聯邦總統 *Gauck* 之一項表述，按在2013年9月聯邦眾議院大選前夕，彼於一個面對中學生之活動中，針對當時涉乎德國國家民主黨 *NPD* 之繫屬中政黨禁止程序，曾提及，吾等雖能禁止該黨，

「瘋子、意識型態者及狂熱份子……卻不會就此即從這世界中被剔除。」³⁶

乍看之下可能令人詫異，聯邦憲法法院對前揭表述並未有所訾議，因此處亦是一位公職人員——聯邦總統——對一個政黨作負面表述，並可能妨害其於競爭中之機會平等。事實上，選民既然虔誠凝神地追循聯邦總統於電視上之耶誕文告，則渠等亦受到猶如本案訴訟標的之表述影響，似乎並不排除。

³⁵ BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2018 — 2 BvE 1/16 —, juris — *Wanka*, Rn. 54.

³⁶ BVerfGE 136, 323 (324 Rn. 2) — *Spinner*.

(一)聯邦總統之特殊角色

當然，此僅是初瞥直覺，蓋因聯邦總統之角色係根本異乎於聯邦政府、聯邦部長及其他公職人員之角色。聯邦憲法法院於稍後作成之 *Schwesig* 判決的第1項要旨中即已確證此點，並強調，對聯邦總統涉乎政黨之表述及聯邦憲法法院審查此等表述所適用之標準，係無法移轉至聯邦政府成員之上。倂此表述乃《基本法》所賦予聯邦總統之特殊地位的特別展現。彼對外與對內代表國家及德意志聯邦共和國之國民，並應體現國家之團結統一，就此，彼乃自由決定如何以生命履行其代表與統合之任務³⁷。固然，聯邦總統對政黨及社會團體之目標與活動保持一定距離，係符合對聯邦總統職位之憲法期待及根深蒂固之憲法傳統³⁸；然而，僅僅從此尚不能推論出可供司法審理其職務執行之準則³⁹。

實因聯邦總統於履行其代表與統合任務之際負有這般義務，為維護與促進國家團體之利益表明立場，透過其文稿喚起公眾注視其所辨識之弊端與畸形發展——尤如危及人民團結及所有居民和平相處者——，並徵召公眾付出心力掃除弊端，故而彼亦應無所阻礙地將其所認知之相互關聯納為其公開表述之標的⁴⁰。

「根據此等原則，聯邦總統亦能廣泛地自由決定，彼於何種場合及以何種形式作言論表述，並以何種方式投入各個溝通處境。彼尤亦可不受阻礙地以尖銳用詞表達其訴求，只要彼認為此舉乃屬適宜。無助於客觀辯論且具排斥性效果之表述，方不再與聯邦總統之代表與統合任務相互切合，原則上侮辱性表述即屬此種情況，尤如在其他情境下被定性為『誹謗式批評』（„Schmähkritik“）……之表述。」⁴¹

此實質上意謂，聯邦總統之表述不受憲法上之訾議，只要倂此表述

³⁷ BVerfGE 138, 102 (112 Rn. 36) — Schwesig, unter Hinweis auf BVerfGE 136, 323 (332 Rn. 25) — Spinner.

³⁸ BVerfGE 138, 102 (112 Rn. 36) — Schwesig, unter Hinweis auf BVerfGE 136, 277 (311 Rn. 95 m. w. N.) — Spinner.

³⁹ BVerfGE 138, 102 (112 Rn. 36) — Schwesig, unter Hinweis auf BVerfGE 136, 323 (332 Rn. 26) — Spinner.

⁴⁰ BVerfGE 136, 323 (334 Rn. 31) — Spinner.

⁴¹ BVerfGE 136, 323 (335 Rn. 32) — Spinner.

顯然係在公共福祉目標制約之下，並非為某黨之故而意欲排斥或圖利某黨。聯邦總統如何履行其職責及行使其統合功能，乃純屬其自我認定之自身事務。彼究於何種程度係以一位「中立的聯邦總統」之榜樣為導向，不論就抽象概括理論而言，抑或個別案例上，皆不受法院審查之框束⁴²。

然另一方面，政黨之機會平等權利既是民主基本秩序之要環，倘若政黨在相對於聯邦總統之關係上置身於毫無權利保障之境地，則又抵觸法治國家之原則。在此背景下，對於聯邦總統涉乎某個政黨之負面表述施以法院審查，俾探究彼是否藉由此等表述，同時明顯疏忽其統合功能，因而恣意地偏袒一方，此舉乃屬必要惟亦已足矣⁴³。

(二)釋義學上之梳理分類

實質上，區別聯邦總統與其他層峰機關中職位擔當人者，主要有三項：彼並不與政黨爭取選票；彼並不支配可資比擬之資源；甚又，彼被賦予一個特殊之代表與統合任務，而彼能「為自己之計算」履行任務，抑或任務可能觸礁。就偁此表述之釋義學梳理分類而論，兩項關鍵點可供判準：

1. 一方面，吾等得引為出發點者，乃《基本法》經由賦予聯邦總統作為國家統一象徵之代表與統合任務⁴⁴，亦同時授予彼干預《基本法》第21條第1項第1句所定政黨機會平等之職權。

此外，偁此不成文或與國家領導任務密不可分之半成文授權型態，對於國家組織法亦屬常見，譬如對於聯邦政府之答覆國會義務，不論係就質詢權抑或國會調查委員會之調查權而言，皆數度被司法肯認。於2017年11月7日涉乎德國鐵路股份公司（DB AG）及聯邦金融監管局（BaFin）事務領域國會質詢權之判決中，第二庭就此明文確認，聯邦眾議院依憲法之質詢與資訊權以及聯邦政府與其連結之資訊提供義務，

⁴² BVerfGE 136, 323 (336 Rn. 33) — Spinner.

⁴³ BVerfGE 136, 323 (336 Rn. 33) — Spinner.

⁴⁴ Vgl. A. Süsterhenn, in: Parlamentarischer Rat, 2. Sitzung, Sten. Bericht, 1948, S. 25; ferner R. Herzog, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 55. Aufl., 2009, Art. 54 Rn. 28; U. Fink, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. II, 7. Aufl., 2018, Art. 54 Rn. 13 f.

「對於資訊提供所蘊含之基本權利干預，係屬充分之基礎。依據聯邦憲法法院之裁判見解，任務賦予原則上亦蘊含政府資訊行為之授權。就此而言，更進一步之法律規定爰無必要。」⁴⁵

對於同樣參與國家領導之聯邦總統的表述，——若援引類推適用原則——，前揭論述亦有其適用。與之相應者，「瘋子」判決乃言及：

「職是，聯邦總統於提示畸形發展或警告危險之際，並指稱彼所論斷為肇因者之群體或個人，即便超乎彼職位所內涵的公共表述職權之外，亦無須法律之授權。」⁴⁶

由此可見，受到總統表述不利影響之政黨，原則上應容忍此等表述乙節，亦已釐清。從而，當前文論及，「政黨之機會平等權利既是民主基本秩序之要環，倘若政黨在相對於聯邦總統之關係上置身於毫無權利保障之境地，則又牴觸法治國家之原則，是以，對於聯邦總統涉乎某個政黨之負面表述施以法院審查，俾探究彼是否藉由此等表述，同時明顯疏忽其統合功能，因而恣意地偏袒一方，此舉乃屬必要惟亦已足矣」⁴⁷等語，厥為實踐諧和（*praktische Konkordanz*）之展現，亦即聯邦憲法法院於權衡《基本法》第54條第1項所定之聯邦總統職權與《基本法》第21條第1項第1句所定之政黨機會平等權時所必須達成之實踐諧和。

2. 另一方面，因聯邦總統之不利表述致生競爭扭曲之密度，——設若競爭扭曲根本被肯定——，允應低於聯邦政府之公共活動抑或主管部網頁之機關新聞稿情況。縱然《基本法》確係賦予聯邦總統一連串之權限（參照《基本法》第59條第1項——國際法上之代理權；《基本法》第60條第1項——聯邦公務員及軍人之任命；《基本法》第63條第1項，第64條——聯邦總理選舉及任命之建議，聯邦部長之任命及免職；《基本法》第82條第1項第1句——法律之簽署），甚且於危機情況時付託領導

⁴⁵ BVerfGE 147, xx (Rn. 244) — DB AG und BAFin；在國會質詢權與第三人基本權利間就此所應為之比例性調和，勢必蘊含著，後者得於必要性範圍內受到限制；vgl. BVerfGE 137, 185 (257 f., Rn. 97 f.) — Rüstungsexporte; 146, 1 (45 ff., Rn. 100 ff.) — V-Mann; Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, Urteil vom 04. Juli 2018 — 79/17 —, juris, Rn. 78 f.，該判決的結論亦同，惟其否定相關表述的外部效果，卻屬不適法。

⁴⁶ BVerfGE 136, 323 (332 Rn. 25) — Spinner.

⁴⁷ BVerfGE 136, 323 (336 Rn. 33) — Spinner.

決定（參照《基本法》第63條第4項，第68條——聯邦眾議院之解散；《基本法》第81條——立法緊急狀態之宣布，BVerfGE 114, 121〔151, 159〕）⁴⁸，惟若總統職位之權威與尊嚴恰亦係展現在尤其是精神道德效果之目標上⁴⁹，此乃亦意含一個較低程度之干預承載性。

就此而言，聯邦總統之表述亦脫離政黨法作為競爭法之邏輯。聯邦總統正因非自身參與競爭，即已不可能行為「不純正」。

惟油然而生之問題，乃「從上」之干涉——猶如政府與行政於食品法、消費者保護法及環境法領域之資訊活動一般⁵⁰——是否仍可意謂對政黨機會平等之干預。倘若聯邦總統之表述係以意義重大之方式影響人民之選舉決定，吾人似乎即可作此認定。此點雖不能排除之，惟從貼近現實之觀察下亦非特別明顯可見，蓋因聯邦總統欠缺干預所需之必要資源。聯邦總統——不同於政府——無法支應大規模之活動，而係端賴其話語於現今瞬息萬變之媒體生態中獲得傾聽及傳遞。是則，持續性之議題設定唯有於例外情況方能告成。然而，不同於聯邦部長Wanka，聯邦總統亦欠缺工具，俾對其表述之對象「激發」某種類如付度服從（*vorauselender Gehorsam*）之物⁵¹。彼終究——異於其他公職人員——不具有可供支配之機器，能讓彼獲得一個特殊之資訊上或權限上優勢地位，進而促使社會上影響及傾聽之提昇。聯邦憲法法院之論述如是：

「聯邦總統既非與政黨處於為贏取政治影響之直接競爭，亦乏可供彼支配之資源，能讓彼如同聯邦政府，透過廣泛之資訊政策而對國民之意見與意志形成產生影響作用。定期性地提供公眾關於激進運動之資訊，或就政黨違憲確認之聲請案（《基本法》第21條第2項）作成決定，亦非屬聯邦總統之職權。」⁵²

⁴⁸ BVerfGE 136, 277 (311 Rn. 94) — Bundesversammlung.

⁴⁹ BVerfGE 136, 277 (xxx Rn. 94) — Bundesversammlung.

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 105, 252 ff. — Glykol; 105, 279 ff. — Osho; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21. März 2018 — 1 BvF 1/13 — Ekelpranger.

⁵¹ Zur Neigung deutscher Wissenschaftler, sich (vermeintlichen) Erwartungen aus dem politischen Bereich frühzeitig anzupassen vgl. *P. M. Huber, Freiheit braucht Mut*, in: Shirvani/Durner/Peine (Hrsg.), *Freiheit und Sicherheit in Deutschland und Europa: Festschrift für Hans-Jürgen Papier zum 70. Geburtstag*, 2013, S. 307 (314 f.).

⁵² BVerfGE 136, 323 (Rn. 27) — Spinner.

選民亦知曉此點。固然，聯邦總統之表述，基於彼作為國家領袖及民族統一象徵之地位，係擁有特殊（道德上）之分量，而與聯邦總統之公共辯論，異於與直接政治競爭者或由彼等所支撐之聯邦政府的公共辯論，乃依循不同之情況條件。然而，於此乃涉乎風格及道德，而無關乎具體確鑿之機會平等。隨著人民教育程度提昇、社會多元分歧化以及自網際網路屹立後溝通交流條件之變遷（關鍵詞：「同溫層效應」，Echokammern [echo chamber]），權威與機關公信力係持續遞減。職此之故，現今成熟及／或冷漠之選民，於其選舉決定之際，允應不會以聯邦總統之表述馬首是瞻。此雖令人遺憾，惟另一方面亦替職位擁有者開啟較大之空間。

陸、中立原則之角色

自此以觀，對中立原則（並非總是完全精確）之主張，無非是要求代表國家且具特權之政黨行動者遵守競爭規定之箴言。就此而言，對聯邦憲法法院較新裁判之批評，實係肇因於未將公職人員行動所處之法律關係彼此充分區辨。吾等若十足審慎地細讀此處系爭裁判，終究亦僅是言及國家之或國家機構之中立義務，抑或國家中立而已⁵³。惟國家在相對於位居其前沿地帶之政黨的關係上受到中立要求之制約乙節，乃屬純然不言而喻之理。此理係直接源自於《基本法》第21條第1項第1句之防禦性權利性質。

於政治人物以國家之職位擔當人身份呈現之際，彼等並非以自己名義行動。正如所有公務員、法官、軍人及市長，另亦如有限責任公司或股份公司之所有董事長，咸位居於彼等所代替行為的法人之後。職此之故，若係涉乎某項可歸責於國家之公眾資訊與宣導工作，被指摘者並非私人之行為，而係國家之行為。此或許在機關訴訟之程序態勢中——而此處所評論之所有案例咸屬機關訴訟——不致十分明確。惟事實則是，職位擔當人作為自然人或政黨成員所享有之權利及所負有之義務，於此

⁵³ BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2018 — 2 BvE 1/16 —, juris — Wanka, Rn. 44 f.

處係無關宏旨⁵⁴。

反若職位擔當人係以自然人姿態出現，情況即有異。彼等於此乃屬自由，亦得單向地且偏袒地行動。即令「反擊之權利」，亦不能對彼等予以否定。至於彼等是否主張此權利，乃是個人信任度及風格之問題——惟於一般法律之框架下卻非法律問題。只是，聯邦總統恆難擺脫其角色⁵⁵。

⁵⁴ 對於彼等任用法律關係或違反職務義務時之求償可能性等情況，即有差異。

⁵⁵ 此點應於確定卸任禮遇金時加以考量。

參考文獻

- Bäcker, A. (2015), Ein Lehrstück bundespräsidialer Sachlichkeit — Zu den Grenzen der Redefreiheit des Bundespräsidenten, MIP, S. 151-153.
- Butzer, H. (2015), Im Streit: Die Äußerungsbefugnisse des Bundespräsidenten, ZG 30, S. 97-127.
- Classen, C. D. (2017), Der Verfassungsberggriff der Demokratie in Deutschland und in Frankreich, JÖR 65, S. 263-293.
- Fink, U. (2018), in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. II, 7. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 54.
- Gusy, Chr. (2015), Neutralität staatlicher Öffentlichkeitsarbeit — Voraussetzungen und Grenzen, NVwZ, S. 700-703.
- Herzog, R. (2009), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 55. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 54.
- Hillgruber, Chr. (2014), Zur Äußerungsbefugnis des Bundespräsidenten in Bezug auf politische Parteien, JA, S. 796-798.
- Huber, P. M. (2001), Parteien in der Demokratie, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht II, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 609-626.
- (2005), Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, § 47.
- (2013), Freiheit braucht Mut, in: Shirvani/Durner/Peine (Hrsg.), Freiheit und Sicherheit in Deutschland und Europa: Festschrift für Hans-Jürgen Papier zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, S. 307-320.
- Kliegel, Th. (2017), Äußerungsbefugnisse von Amtsträgern gegenüber politischen Parteien, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin/New York: de Gruyter, S. 413-438.

- Krüper, J./Kühr, H. (2014), Der Lebenszyklus politischer Parteien — Eine „evolutionäre“ Einführung in das Parteienrecht, ZJS, S. 477-489.
- Kuch, D. (2018), Anmerkung, JZ, S. 409-411.
- Morlok, M. (2003), Parteienrecht als Wettbewerbsrecht, in: Häberle/Morlok/Skouris (Hrsg.), FS für Dimitris Tsatsos, Baden-Baden: Nomos, S. 408-447.
- (2005), Das BVerfG als Hüter des Parteienwettbewerbs, NVwZ, S. 157-160.
- . 2007. A Comparative Presentation on Constitutional Courts as Guardians of Competition between Political Parties. *Juridica International* XIII/2007:94-100.
- (2015), in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, Art. 21.
- Muckel, St. (2015), Neutralitätsgebot für Äußerungen von Mitgliedern der Bundesregierung („Fall Schwesig“), JA, S. 715-717.
- Payandeh, M. (2016), Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger im öffentlichen Meinungskampf, Der Staat 55, S. 519-550.
- Penz, M. (2016), Äußerungsbefugnisse von Regierungsmitgliedern — Anmerkungen zum Urteil des Thüringer Verfassungsgerichtshofs vom 8. Juni 2016 — VerfGH 25/15, ThürVBl., S. 265-269.
- Putzer, M. (2015), Verfassungsrechtliche Grenzen der Äußerungsbefugnisse staatlicher Organe und Amtsträger, DÖV, S. 417-425.
- Sachs, M. (2014), Staatsorganisationsrecht: Redefreiheit des Bundespräsidenten, JuS, S. 956-957.
- Shirvani, F. (2010), Das Parteienrecht und der Strukturwandel im Parteiensystem, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Streinz, R. (2018), in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. II, 8. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 21.
- Stumpf, G. H. (2016), Parteipolitische Äußerungen des Thüringer Ministerpräsidenten — Anmerkungen zum Sondervotum Petermann zum

- Urteil des Thüringer Verfassungsgerichtshofs vom 8. Juni 2016—VerfGH 25/15, ThürVBl., S. 270-280.
- Süsterhenn, A. (1948), in: Parlamentarischer Rat, 2. Sitzung, Sten. Bericht, München: Bundesarchiv und Institut.
- Tanneberger, St./Nemeczek, H. (2015), Neutralitätsgebot für Mitglieder der Bundesregierung, NVwZ, S. 209-215.
- van Ooyen, R. Chr. (2014), Kompetenzüberschreitung des Bundespräsidenten?, Recht u Politik, S. 127-130.
- Wieckhorst, Arno (2016), Rechts- und verfassungswidriges Regierungshandeln in der sogenannten Flüchtlingskrise?, ThürVBl., S. 181-189.