

《歐美研究》第四十五卷第四期（民國一〇四年十二月），455-515

© 中央研究院歐美研究所

<http://euramerica.org>

什麼是仇恨言論，應否及如何管制： 歐洲人權法院相關判決分析*

廖福特

中央研究院法律學研究所

11529 臺北市研究院路二段 128 號

E-mail: ftliao@sinica.edu.tw

摘要

本文透過分析歐洲人權法院判決，關注何謂仇恨言論及應否與如何限制等議題，同時從政治爭議、宗教衝突、種族爭論、國家認同、性別認同等五個面向論述之。

歐洲人權法院沒有明確指出仇恨言論之定義，同時歐洲人權法院在納粹、法西斯、攻擊猶太人、提倡極端宗教思考及排除特定宗教人士之言論等領域適用公約第 17 條。本文認為，其實歐洲人權法院不需要先劃定「禁區」，也不必要強調適用公約第 17 條排除權利保障，而可以透過公約第 10 條第 2 項及第 11 條第 2 項之審查，決定締約國限制表意自由及集會結社自由是否違反比例原則。

關鍵詞：仇恨言論、歐洲人權公約、歐洲人權法院、表意自由、結社自由

投稿日期：104.1.12；接受刊登日期：104.9.2；最後修訂日期：104.6.4

責任校對：蔡旻芳、廖玉仙、曾嘉琦

* 作者感謝兩位匿名審查人提出諸多深刻之批評及建議，使得本文得以改善。當然文責應由作者負責。

壹、前言

當討論仇恨言論時，無可避免地必須處理幾個議題，例如吾人所指稱之仇恨言論究竟所指為何？而面對仇恨言論時，則應思考究竟是採用何種態度，是積極管制限制之或是以更理性之言論孤立之 (Haraszti, 2012: xiii)。

雖然仇恨言論一詞經常被使用，但是至今恐怕仍然沒有普遍接受之定義，即使有一些國家立法禁止仇恨言論，但是其構成要件恐怕亦有不一致之處。而仇恨言論是否應該管制一直都是國內爭辯之議題 (Weber, 2009: 3)，¹ 在各國規範中，經常提到美國沒有禁止仇恨言論，但是歐洲國家禁止之，論者認為，歐洲國家禁止仇恨言論，乃是採用魯文斯坦 (Karl Lowenstein) 的防衛民主理論，即如果民主面臨威脅時必須防衛自己 (Kahn, 2013: 584)。

歐洲理事會各國簽訂歐洲保護人權及基本自由公約 (European Convention for Protection of Rights and Fundamental Freedoms)，² 本公約至少有兩個非常重要的特質。首先，本公約是全世界第一個有拘束力之跨國人權文件，公約於 1950 年 11 月 4 日簽訂，於 1953 年 9 月 3 日生效。其次，公約建立了第一個跨國人權監督機制，為了監督公約所保障之權利及自由，乃有歐洲人權法院 (European Court of Human Rights) 之設置，歐洲人權法院於 1959 年成立，其為世界上第一個國際法院接受個人提起控訴國家之人權訴訟。

¹ 在國內，陳宜中教授認為得以限制仇恨言論，因為其違背寬容的精神，未必有助於發現真理、憲政民主運作、平等參與、型塑獨立自主個人、開明理性民主、審議式民主等 (2006: 49; 2007: 47-87)。而謝世民教授原則上反對政府概括性地禁止人民發表帶有歧視或仇恨之言論 (2009: 249)。

² 213 U.N.T.S.221; E.T.S.5; U.K.T.S.71 (1953)，以下簡稱為公約。同時為了節省篇幅，本文以下所指稱之公約，如果沒有特別說明，均是指歐洲人權公約。

長期以來歐洲人權法院對於諸多國家有影響 (廖福特, 2003: 49-50)。首先，當然歐洲人權法院對於公約會員國之國內法有相當大之衝擊，幾十年來歐洲各國為了符合歐洲人權法院判決之要求，已相當幅度地修改其國內法 (Bernhardt, 1994: 297-319)。其次，歐洲人權法院之判決亦可能為歐洲以外國家之國內法院引用，例如澳洲、紐西蘭、印度、美國、辛巴威等國家國內法院便曾引證歐洲人權法院之判決，作為其論證之基礎 (Merrills, 1995: 20)。

歐洲人權法院對其他區域人權機制，例如美洲人權法院 (Inter-American Court of Human Rights) 及非洲人權委員會 (African Commission of Human Rights) 有相當深遠之影響，其判決內涵明顯地有歐洲人權法院之影子。歐洲人權法院甚至對於聯合國公民及政治權國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights) 的監督機構人權事務委員會 (Human Rights Committee) 亦有相當影響，例如有關「判斷餘地原則」(margin of appreciation) 在國際人權法之適用 (Helfer & Slaughter, 1997: 273-391)。

歐洲人權公約及歐洲人權法院如何定義及規範仇恨言論，亦可能對於諸多國家及國際人權體系有相當程度之影響。因而本文關注歐洲人權法院如何面對仇恨言論之相關議題，對於本文而言有三個論述核心，第一，仇恨言論所指之內容為何；第二，歐洲人權法院所適用之審查基準為何；第三，歐洲人權法院判決所呈現之權利內容為何？同時本文有以下之安排，本文第貳節先討論各國際人權條約是否明文限制仇恨言論及歐洲人權公約相關權利之保障及限制內涵，以利於瞭解歐洲人權法院在什麼架構之下討論何謂仇恨言論及是否與如何限制等議題。接下來本文將相關議題區分為政治爭議、宗教爭議、種族爭論、國家認同、性別認同等五個面向，分別在第參節至第柒節論述之。本文第捌節為結語。

貳、不同規範模式

一、其他國際人權條約之規範模式

就本文所關注的何謂仇恨言論及應否與如何限制等議題而言，國際人權條約有幾種不同規範模式。第一種是在保障表意自由同時直接規範何謂仇恨言論，並直接要求立法禁止。例如聯合國的公民與政治權利國際公約第 19 條保障表意自由權，不過第 20 條規定「任何鼓吹戰爭之宣傳」及「任何鼓吹民族、種族或宗教仇恨之主張，構成煽動歧視、敵視或強暴者」，都應以法律禁止之。而美洲的美洲人權公約 (American Convention on Human Rights) 第 13 條第 1 項保障表意自由權，但是其第 5 項亦明定「任何戰爭宣傳和任何鼓吹民族、種族或宗教仇恨，構成煽動非法暴力行為，或以任何其他理由，包括以種族、膚色、宗教、語言或國籍為理由，對任何人或一群人煽動任何其他類似的非法活動，都應視為法律應予懲罰的犯罪行為。」因此對於公民與政治權利國際公約及美洲人權公約而言，所稱仇恨言論，著重於禁止戰爭宣傳及鼓吹民族、種族或宗教仇恨之主張。而且其直接規定各國應該以法律限制之。

第二種模式是一方面保障表意自由，另一方面認為得因仇恨言論之內容而限制之。例如保護所有遷徙工人及其家庭成員權利國際公約 (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families) 第 13 條第 2 項保障遷徙工人之表意自由，不過同條第 3 項亦規定得基於「防止構成煽動歧視、敵視或暴力之鼓吹民族、種族或宗教仇恨主張」，而限制表意自由。其所強調的是遷徙工人之表意自由應該受到保障，不過如果構成種族或宗教等仇恨內容時得以限制之。

第三種模式是特別規範種族仇視並要求國內法律將其規定為

犯罪行為。例如消除一切形式種族歧視國際公約 (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) 第 4 條規定，必須將「傳播以種族優越或仇恨為根據的思想，煽動種族歧視，對任何種族或屬於另一膚色或人種的人群實施強暴行為或煽動此種行為」規定為犯罪行為，並且禁止「提倡與煽動種族歧視」(Shin, 2013: 38-39; Thomas, 2013: 53)。因而消除一切形式種族歧視國際公約認為種族優越或歧視可能構成種族仇恨言論，並且必須以法律規定這些行為為犯罪行為。

第四種模式是保障表意自由，同時規定得以限制之正當理由，但是沒有明確以仇恨言論作為限制之理由。例如聯合國的兒童權利公約 (Convention on the Rights of the Child) 第 13 條一方面保障兒童之表意自由，亦規定得因保障他人名譽、國家安全、公共秩序等理由而限制之。

第五種模式是只規定表意自由之保障，但是沒有規範如何限制表意自由，或是應否限制仇恨言論。例如非洲人權及民族權憲章 (African Charter on Human and Peoples' Rights) 第 9 條第 2 項只規定個人得依法有權表達及散播意見，但是沒有限制表意自由或是仇恨言論之規定。

以上五種規範模式，前三種明文限制仇恨言論，而後兩種並未明文規定，必須由其限制條款詮釋是否應該限制仇恨言論。

二、歐洲人權公約之規範模式

而在歐洲，經過多年之後歐洲理事會的部長委員會 (Committee of Ministers) 認為仇恨言論應被認定為「散播、激發、提倡、或正

當化種族仇恨、仇外、反犹太³之所有形式言論，或其他基於偏狹之所有形式仇恨言論，包括偏狹的侵犯式國家主義、種族優越主義、對於少數民族、移民、移民後代之歧視及敵意。」⁴而歐洲聯盟 (European Union) 所認為的種族主義與仇外言論，包含「對特定種族或宗教等群體訴諸暴力或仇恨」、「公然否認國際刑事法院規約所規範之種族滅絕罪、違反人道罪、戰爭罪等罪行」。⁵

不過應該思考的是以上對於仇恨言論之認定是否與歐洲人權公約之內涵有關，歐洲人權公約是全世界第一個有拘束力之跨國人權文件，不過也正因為其早在 1950 年即簽訂，本公約並沒有如前述其他國際人權條約一樣地明文禁止仇恨言論，其規範模式屬於前述第四種模式，即一方面規定保障權利，同時規定得以限制之正當理由。另外，歐洲人權公約與其他國際人權條約不同的是其有特別規定如果行使權利之目的是損害權利與自由或超越公約規定的權利與自由的範圍的話，可以排除保障。

以下先分析公約如何保障及限制相關權利，以利於瞭解歐洲人權法院在何架構之下討論何謂仇恨言論及是否與如何限制等議題。

(一) 權利保障

公約前言強調，本公約之目的是使得世界人權宣言 (Universal Declaration of Human Rights) 所「宣布的權利獲得普遍與有效的承

³ 過去國內一般是使用「猶太人」，不過有民間團體認為「猶太人」一詞，因為使用大部，可能有歧視與貶抑意味，因此建議使用「犹太人」，本文認為此建議非常有意義，因而贊同採用之。

⁴ Committee of Ministers, Recommendation 97 (20) No. R (97) 20 on "Hate Speech," 30 October 1997.

⁵ See Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law.

認和遵守」，⁶ 而這些權利與自由必須透過有效的政治民主實踐，⁷ 因而公約成為歐洲民主信念之核心 (Gearty, 1997: xi)。

而就本文所討論的仇恨言論而言，最直接相關之權利當然是表意自由，公約第 10 條第 1 項保障「人人均有表意自由權」，同時其規定此權利應包括「持有意見之自由」、「接受訊息之自由」、「傳遞訊息之自由」，而此權利「不受公眾機構干預」及「不受地域限制」。⁸ 而因為意見可能以集會與結社之方式表達之，因而其亦牽涉集會與結社自由，同樣地公約第 11 條第 1 項亦保障「人人均有和平集會自由權及與他人結社自由權」，而且此權利包括「為了保護自身利益而組織或參加工會之權利。」⁹

歐洲人權法院認為，表意自由與集會及結社自由有其交錯之處，同時其亦認為在審查結社自由案件時，亦應考量表意自由之內涵。¹⁰ 因而或可以歐洲人權法院如何強調表意自由之特質為例，以論述權利保障內涵。

歐洲人權法院認為保障表意自由的最主要兩種理論是民主程序及自我實踐，此可由以下判決意見得知：「表意自由乃是民主社

⁶ 公約前言第二段。

⁷ 同上註。

⁸ 英文原文為：Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

⁹ 英文原文為：Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

¹⁰ See *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, paragraph 85 and *Association of Citizens Radko & Paunkovski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, paragraph 63.

會之必要礎石，亦是民主發展及每一個人自我實踐之必要條件之一。」¹¹

歐洲人權法院強調表意內容之保障，而最常被引用之一段話是：「表意自由不只是適用於喜歡聽到的，或是不具冒犯性或中立的『資訊』(information) 或是『意見』(ideas) 而已，其亦包括那些冒犯性、衝突性及騷擾性之資訊及意見。因為如果沒有多元社會、寬容及包容，就沒有民主社會。」¹²

於是歐洲人權法院認為表意自由不只是保障實質內容而已，亦保障其表達之方式，歐洲人權法院認為，表意自由之方式不只是限於特定方式，特別是政治性言論，其亦包括藝術表達¹³ 或是商業性質之表達，¹⁴ 亦包括以有線電視傳播輕音樂或商業消息。¹⁵ 而且不

¹¹ 參見歐洲人權法院以下判決：Handyside v. the United Kingdom, judgment of 7 December 1976, paragraph 49; Lingens v. Austria, judgment of 8 July 1986, paragraph 41; Müller and others v. Switzerland, judgment of 24 May 1988, paragraph 33; Oberschlick v. Austria, judgment of 23 May 1991, paragraph 57; The Observer and the Guardian v. the United Kingdom, judgment of 26 November 1991, paragraph 59; The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 2), judgment of 26 November 1991, paragraph 50; Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, judgment of 25 June 1992, paragraph 63; Otto-Preminger Institute v. Austria, judgment of 20 September 1994, paragraph 49; Piermont v. France, judgment of 27 April 1995, paragraph 76; and Vogt v. Germany, judgment of 26 September 1995, paragraph 52.

¹² 參見歐洲人權法院以下判決：Handyside v. the United Kingdom, paragraph 49; Lingens v. Austria, paragraph 41; Müller and others v. Switzerland, paragraph 33; Oberschlick v. Austria, paragraph 57; The Observer and the Guardian v. the United Kingdom, paragraph 59; Vogt v. Germany, paragraph 52; Piermont v. France, paragraph 76; Otto-Preminger Institute v. Austria, paragraph 49; Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, paragraph 63; The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 2), paragraph 50.

¹³ 參見歐洲人權法院以下判決：Müller and others v. Switzerland, paragraph 27.

¹⁴ European Court of Human Rights, Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany, judgment of 20 November 1989, paragraph 26.

論是以文字表達，或是以圖片、影像、行為等方式表達意見或是傳達訊息，都是表意自由之範疇 (Harris, O'Boyle, & Warbrick, 1995: 378)。同時遊行、公開演講、¹⁶ 出版品、¹⁷ 藝術作品、¹⁸ 電影、¹⁹ 廣播、有線電視、²⁰ 無線電視²¹ 等亦包括在內。

歐洲人權法院亦特別強調媒體在民主社會之角色，特別是有關政治領域之意見傳達，其表示：「在法治國家中媒體扮演重要角色，媒體必須傳遞有關政治問題及其他公眾關切事項之訊息及意見，新聞自由是一般大眾發現及形成他們對政治領袖之意見及態度的最佳方式之一，特別是媒體給予政治人物反應及評論公眾意見之機會，於是媒體使得每一個人得以自由參與政治辯論，而此是民主社會的最核心價值。」²² 歐洲人權法院認為，不只是媒體必須傳遞訊

¹⁵ European Court of Human Rights, *Casado Coca v. Spain*, judgment of 24 February 1994, paragraph 35.

¹⁶ 參見歐洲人權法院以下判決：*Piermont v. France and Chorherr v. Austria*.

¹⁷ 參見歐洲人權法院以下判決：*Handyside v. the United Kingdom and Vereniging Weekblad Bluf! v. the Netherlands*.

¹⁸ 參見歐洲人權法院以下判決：*Müller and others v. Switzerland*.

¹⁹ 參見歐洲人權法院以下判決：*Otto-Preminger Institute v. Austria*.

²⁰ 參見歐洲人權法院以下判決：*European Court of Human Rights, Groppera Radio AG and others v. Switzerland*, judgment of 28 March 1990; *European Court of Human Rights, Autronic AG v. Switzerland*, judgment of 22 May 1990; *European Court of Human Rights, Informationsverein Lentia v. Austria*, judgment of 24 November 1993.

²¹ 事實上當時草擬公約第 10 條時，曾經包括一段話：「無論是口頭、書寫、印刷或是視聽設施均受表達自由之保障」。如果此段話被列入，那麼歐洲人權法院便不用費心解釋表達自由方式所擴及之範圍 (Council of Europe, 1978: 380)。

²² 參見歐洲人權法院以下判決：*European Court of Human Rights, Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, paragraph 43; and *European Court of Human Rights, Jersild v. Denmark*, judgment of 23 September 1994, paragraph 31. *European Court of Human Rights, Prager and Oberschlick v. Austria*, judgment of 26 April 1995, paragraph 34.

息及意見，公眾亦有權接受此訊息及意見。²³ 否則媒體無法扮演「公眾監督者」(public watchdog) 此一重要角色 (Thorgeirsdóttir, 2004: 383, 393)，而且新聞自由亦包含可能的誇大及鼓吹。²⁴

(二) 限制權利

就權利限制而言，與本文相關的公約模式有兩種，第一種是直接排除權利保障，第二種針對特定權利作限制規定。

1. 排除保障

公約簽訂之歷史背景之一是面對納粹及法西斯暴行之深刻教訓，在二次大戰前納粹德國及法西斯義大利等國家之興起有計畫地破壞人權並挑起戰爭，給歐洲帶來悲慘命運，誠如泰根 (Pierre-Henri Teitgen) 於 1949 年 8 月在諮詢大會 (Consultative Assembly) 所言：「民主政體並非於一日變成納粹國家，邪惡因素狡猾地進展……自由一項接一項被消滅，直至公意及全國心靈均被癱瘓。……因而應適時制止之」(Roberston & Merrills, 1993: 4)。

因而公約第 17 條規定「本公約不得解釋為昭示任何國家、團體或個人有權進行任何活動或實行任何行動，其目的在損害本公約規定的任何權利與自由或在超越本公約規定的權利與自由的範圍。」²⁵ 論者認為本條之理論基礎可能來自於兩個面向，一者是源

²³ 參見歐洲人權法院以下判決：Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, paragraph 63; Jersild v. Denmark, paragraph 30; and The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 2), paragraph 50.

²⁴ European Court of Human Rights, Von Hannover v. Germany, judgment of 24 June 2004, paragraph 58.

²⁵ 英文原文為：Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limi-

自於民法權利不得濫用之理論，另一者是基於防衛式民主之理念，希望能阻絕公約之敵人，避免以自由之名毀壞自由。一般認為後者才是明定公約第 17 條之理由 (Roca, 2012: 505-512)。

而且本條的規範特質是，如果行為違反本條規定，個人即使欲行使公約之權利，亦不受保障。因此一旦被認為其行為或活動構成損害公約所保障之權利，或是超越公約之目的，即不受公約之保障，因而其特質是將特定行為或活動直接排除對其之保障，而非僅是限制而已。

2. 個別限制

公約針對特定權利規定限制條款，對於表意自由而言，公約第 10 條第 1 項但書規定「此條款不應限制各國要求廣播、電視或電影事業應取得證照之權利。」²⁶ 公約第 10 條第 2 項規定「因為這些自由之實行附有義務及責任，得依法且於符合民主社會之需要時，因國家安全、領土完整或公共安全之利益、防止失序或犯罪、保護健康或道德、保護他人之名譽或權利、防止洩露應保密之訊息或維護司法之權威及公正性，而附加準則、條件、限制或處罰。」²⁷ 而有關集會與結社自由，公約第 11 條第 2 項亦規定「除非依據法律，

tation to a greater extent than is provided for in the Convention.

²⁶ 英文原文為：This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

²⁷ 英文原文為：The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and necessary in a democratic society. In the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

符合民主社會之需要，基於國家安全或公眾安寧之利益、為了防止失序或犯罪、保護健康或道德、或維護他人自由及權利諸原因，不得對實行上述權利為限制。但本條文不應禁止針對軍隊、警察或國家公務員實行上述權利時為合法限制。」²⁸

因而對於表意自由及集會與結社自由做限制，最基本必須符合三個要件：限制方法是否有法律依據、是否有法定之限制原因、是否符合民主社會之必要及是否符合比例原則（廖福特，2003: 265-266）。而最重要的是最後一個要件之斟酌，其至少具備兩個功能，第一，作為限制與目的之間的比例原則思考；第二，作為民主必要此限制正當化理由之思考準則。歐洲人權法院所強調之民主特質為多元主義（pluralism）、容忍（tolerance）、寬容（broadmindedness）。²⁹ 而歐洲人權法院也強調，所稱之民主社會之「必要」，必須合理確認，³⁰ 達到「急迫的社會需要」（pressing social need）才符

²⁸ 英文原文為：No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.

²⁹ 參見歐洲人權法院以下判決：Handyside v. the United Kingdom, paragraph 49; Lingens v. Austria, paragraph 41; Müller and others v. Switzerland, paragraph 33; Oberschlick v. Austria, paragraph 57; The Observer and the Guardian v. the United Kingdom, paragraph 59; Vogt v. Germany, paragraph 52; Piermont v. France, paragraph 76; Otto-Preminger Institute v. Austria, paragraph 49; Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, paragraph 63; The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 2), paragraph 50.

³⁰ European Court of Human Rights, The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 2), judgment of 26 November 1991, paragraph 47.

合，³¹ 而且當事國所舉證之理由必須「相關且充分」(relevant and sufficient)。³²

公約並未明文限制仇恨言論，公約第 10 條及第 11 條保障集會與結社自由及表意自由，同時強調這些自由之保障包括冒犯性、衝突性及騷擾性之資訊及意見，因為如果沒有多元社會、寬容及包容，就沒有民主社會。然而另一方面公約第 17 條又排除權利保障，而公約第 10 條第 2 項及第 11 條第 2 項亦規範限制集會與結社自由及表意自由之可能性。因而歐洲人權法院必須在此架構之下判斷是否構成仇恨言論，是否排除保障，或是得否限制。

本文以下即透過個案之探討，以分析歐洲人權法院如何認定這些問題，同時將相關議題區分為政治爭議、宗教爭議、種族爭議、國家認同、性別認同等五個面向。

參、政治爭議

本文將歐洲人權法院審理之各種政治爭議區分為三種類型，包括納粹及法西斯、歐洲國家之其他歷史爭議及共產黨，以下分別討論歐洲人權法院如何審理這些案件。

一、納粹及法西斯

公約簽訂之歷史背景之一是面對納粹及法西斯暴行之深刻教

³¹ 參見歐洲人權法院以下判決：Lingens v. Austria, paragraph 39; Vogt v. Germany, paragraph 52; The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 2), paragraph 50 and Müller and others v. Switzerland, paragraph 32.

³² 參見歐洲人權法院以下判決：Lingens v. Austria, paragraph 40; The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 2), paragraph 50; Vogt v. Germany, paragraph 52; Fressoz and Roire v. France, paragraph 45 and Janowski v. Poland, paragraph 30.

訓，然而長久以來歐洲各國依然必須持續面對類似挑戰，因而公約監督機制必須決定提倡納粹及法西斯思想之言論是否受到保障？是否得以限制？如果可以限制，其界限為何？等難題。

(一) 早期意見

且讓本文先檢視早期歐洲人權委員會 (European Commission of Human Rights)³³ 的意見。在 *X. v. Italy*，³⁴ 歐洲人權委員會必須決定義大利禁止以法西斯主義為指導之政治運動是否符合民主社會之需要。而在 *X. against Austria*、³⁵ *H., W., P., and K. v. Austria*³⁶ 及 *Gerd Honsik v. Austria*³⁷ 等針對奧地利之案件，歐洲人權委員會所面臨之難題是限制新納粹或是國家社會主義活動是否合法。在 *X. v. FRG*、³⁸ *Michael Kühnen v. FRG*、³⁹ *Udo Walendy v. Germany*、⁴⁰

³³ 本來公約之監督機制包括歐洲人權委員會及歐洲人權法院兩者，不過公約第十一議定書，將原有之歐洲人權委員會及歐洲人權法院廢止，另行設立一永久性歐洲人權法院。公約第十一議定書於 1998 年 11 月 1 日生效。

³⁴ European Commission of Human Rights, *X. v. Italy*, Application No. 6741/74, decision of 21 May 1976.

³⁵ European Commission of Human Rights, *X. against Austria*, Application No. 1747/62, decision of 13 December 1963.

³⁶ European Commission of Human Rights, *H., W., P., and K. v. Austria*, Application No. 12774/87, decision of 12 October 1989.

³⁷ European Commission of Human Rights, *Gerd Honsik v. Austria*, Application No. 25062/94, decision of 18 October 1995.

³⁸ European Commission of Human Rights, *X. v. FRG*, Application No. 9235/81, decision of 16 July 1982.

³⁹ European Commission of Human Rights, *Michael Kühnen v. FRG*, Application No. 12194/86, decision of 12 May 1988.

⁴⁰ European Commission of Human Rights, *Udo Walendy v. Germany*, Application No. 21128/94, decision of 11 January 1995.

*Otto E. F. A. Remer v. Germany*⁴¹ *T. v. Belgium*⁴² 及 *Pierre Marais v. France*⁴³ 等案件中，歐洲人權委員會必須決定這些國家禁止聲稱「第二次世界大戰期間第三帝國屠殺數百萬猶太人是謊言」或是「集中營的毒氣室根本不存在」是否符合公約。同時以上各案件之當事人都被各國國內法處以刑罰。

在這些案件中，歐洲人權委員會都沒有認定當事國違反公約，不過其並未提出完整之論證理由 (Mendel, 2010: 7)，本文認為歐洲人權委員會之論證方法大致可以分為兩種類型。第一種直接引用公約第 17 條而認為相關言論根本不受公約之保障，例如在 *H., W., P., and K. v. Austria* 及 *Udo Walendy v. Germany*，歐洲人權委員會認為「表意自由不能以違反公約第 17 條之方式行使之」。⁴⁴ 在 *Michael Kühnen, Gerd Honsik, Otto E. F. A. Remer* 及 *Pierre Marais* 等案件中，歐洲人權委員會則是認為其行為不符合公約之內容及精神，表意自由之行使不能違反公約之基本價值，包括「有效的政治民主」(effective political democracy)⁴⁵ 及「正義與和平」(justice and peace)。⁴⁶

第二種則是認為各國之限制符合公約第 10 條第 2 項之規範，不過歐洲人權委員會強調不同重點。首先，在 *X. against Austria* 及

⁴¹ European Commission of Human Rights, *Otto E. F. A. Remer v. Germany*, Application No. 25096/94, decision of 6 September 1995.

⁴² European Commission of Human Rights, *T. v. Belgium*, Application No. 9777/82, decision of 14 July 1983.

⁴³ European Commission of Human Rights, *Pierre Marais v. France*, Application No. 31159/96, decision of 24 June 1996.

⁴⁴ Application No. 8348/78 & 8406/78, p. 196; Application No. 12774/87, p. 220; and Application No. 21128/92, p. 99.

⁴⁵ Application No. 12194/86, p. 209.

⁴⁶ Application No. 25062/94, p. 84; Application No. 25096/94, p. 122; Application No. 31159/96, p. 190; and Application No. 25992/94, p. 154.

X. v. Italy 這兩個案件，歐洲人權委員會只認定其限制符合民主社會之需要，但是沒有說明理由。⁴⁷ 同時在 *X. against Austria*，歐洲人權委員會也認為不需要審查本案是否符合公約第 17 條之規範。⁴⁸ 其次，在 *T. v. Belgium*，歐洲人權委員會認為本案在當事國裁量餘地 (margin of appreciation) 範圍內。再者，在 *X. v. FRG*，歐洲人權委員會只強調「將屠殺數百萬犹太人此一歷史事實描述為謊言，是對犹太社區及個人的誹謗性攻擊言論」。⁴⁹

不過歐洲人權委員會並沒有清楚說明區別兩種途徑之理由。論者亦認為，歐洲人權委員會適用公約第 17 條之方法相當混亂 (Law Commission, 2013: 9)，有時候直接適用公約第 17 條，有時候是以公約第 10 條第 2 項作為限制理由。不過歐洲人權委員會很清楚地認為支持納粹或法西斯，或是否認屠殺犹太人及集中營的毒氣室等，是應該被限制的。

(二) 近年看法

本文認為近年來歐洲人權法院之論證與前述歐洲人權委員會之思考有些許不同，最重要的是歐洲人權法院只適用公約第 17 條，不再進入公約第 10 條第 2 項之論證，同時本文認為歐洲人權法院建立了兩種適用公約第 17 條之分析途徑。

第一種途徑是如果案件內容沒有牽涉過去納粹及法西斯的話，就直接進入公約第 17 條之討論。例如在 *Pavel Ivanov v. Russia*，⁵⁰ 當事人擁有一份報紙，其聲稱犹太人造成社會、經濟及政治混亂，是

⁴⁷ Application No. 1747/62 and Application No. 6741/74.

⁴⁸ Application No. 1747/62, p. 444.

⁴⁹ Application No. 9235/81, p. 198.

⁵⁰ European Court of Human Rights, *Pavel Ivanov v. Russia*, decision of 20 February 2007.

社會亂源，應該將犹太人完全排除在俄羅斯的社會生活之外。歐洲人權法院認為，當事人聲稱整個猶太種族是俄羅斯的罪惡泉源，此乃對於猶太種族之攻擊，與公約的寬容 (tolerance)、社會和平 (social peace) 及不歧視 (non-discrimination) 價值衝突，因此違反公約第 17 條。

在 *W. P. and others against Poland*,⁵¹ 當事人想要組織「全國布爾什維主義及猶太復國主義波蘭被害人協會」(National and Patriotic Association of Polish Victims of Bolshevism and Zionism)，不過不被允許。歐洲人權法院認為，此協會指稱少數族群猶太人迫害波蘭人，而且兩者之間不平等。因而這些理念可被認為是反猶太主義之復興，而當事人呈遞法院之文件亦呈現其為種族主義者，有反猶太主義之意識。因而歐洲人權法院引用公約第 17 條，認為當事人不受公約第 11 條之保障。

第二種途徑是如果案件內容有關過去納粹及法西斯，歐洲人權法院建立「明顯確認之歷史事實」(reality of clearly established historical facts) 原則，並且援用公約第 17 條排除否認這些事實之言論的保障。

例如在兩個 *Witzsch v. Germany*⁵² 案件中，當事人發表否認第二次世界大戰期間納粹政權設立毒氣室及進行大屠殺，並稱這是「歷史謊言」，因而被判刑。而歐洲人權法院認為，此為否認「明顯確認之歷史事實」，違反公約第 17 條，因而不受公約第 10 條之保障。

⁵¹ European Court of Human Rights, *W. P. and others against Poland*, decision of 2 September 2004.

⁵² European Court of Human Rights, *Witzsch v. Germany*, decision of 20 April 1999. European Court of Human Rights, *Witzsch v. Germany*, decision of 13 December 2005.

而在 *Garaudy v. France*，⁵³ 當事人出版一本書名為《以色列政治之基本迷思》(*The Founding Myths of Israeli Politics*)，後來其被依否認違反人道罪起訴判刑。歐洲人權法院認為，屠殺犹太人、集中營毒氣室及紐倫堡審判等都是歷史學家間不爭論之歷史事件，因而否認此「明顯確認之歷史事實」，並非是追尋事實之歷史研究。否認違反人道罪是對於犹太人種族誹謗及激發仇視的最嚴重方式之一，否認這些歷史事實消滅了反種族歧視的價值，也嚴重威脅公共秩序。這些行為不符合民主與人權，因為其侵犯他人之權利。歐洲人權法院認為，當事人所出版之書籍的主要內容及基調違反公約正義與和平之基本精神，因而認定基於公約第 17 條之規定，當事人不享有公約第 10 條所保障之表意自由權。

而本文認為於此可以一併討論的是 *Perinçek v. Switzerland*，⁵⁴ 本案與納粹無關，而是有關土耳其之爭議，當事人為土耳其人，並為土耳其工人黨主席，其 2005 年於瑞士開會時公開否認在 1915 年鄂圖曼帝國有種族屠殺亞美尼亞人之行為，並認為所稱之「亞美尼亞種族屠殺」是「國際謊言」。當事人被瑞士法院以種族歧視之罪名判處罰金，但緩刑兩年。

歐洲人權法院在本案判決中說明將屠殺犹太人、集中營毒氣室及紐倫堡審判等認為是「明顯確認之歷史事實」之理由。歐洲人權法主要基於兩點理由，首先，歐洲人權法院認為，否認納粹屠殺者不只是否認納粹犯罪，亦可能否認非常確定之事實，例如毒氣室之存在。其次，歐洲人權法院強調納粹屠殺之處罰有明確之法律基礎，即紐倫堡國際軍事審判庭憲章第 6 條第 3 項，同時紐倫堡國際

⁵³ European Court of Human Rights, *Garaudy v. France*, decision of 24 June 2003.

⁵⁴ European Court of Human Rights, *Perinçek v. Switzerland*, judgment of 17 December 2013。本案有提交大法庭 (Grand Chamber) 審理，因此尚非最終確定判決。

軍事審判庭已明確判定納粹屠殺犯罪事實成立。

應該強調的是在上述兩種途徑中，歐洲人權法院都是直接以不受理之方式，直接駁回個案，其實並未以實質判決之方式為之，因此可以顯現歐洲人權法院認為此項議題不需要做進一步之論述，其已有明確之見解，相關案件都可以直接引用公約第 17 條而做成不受理，而可能之區別只是要不要論述個案所牽涉之內容是否為「明顯確認之歷史事實」。

在方法論上，本文認為應該著重歐洲人權法院適用公約第 17 條之情形及其創立之「明顯確認之歷史事實」概念。首先，有關於是否適用「明顯確認之歷史事實」概念，形式上看來，如同當時歐洲人權委員會之適用情形，歐洲人權法院同樣沒有穩定之方法論，有時候直接適用公約第 17 條，但是有時候透過其創立之「明顯確認之歷史事實」概念而適用之，因而有論者認為，歐洲人權法院只有在有人想要推翻歷史事實時，才會適用公約第 17 條 (Belavusau, 2010: 384)。不過其實吾人如果進一步探究歐洲人權法院之判決內容可以發現，如果當事人直接討論或否認過去納粹、法西斯、攻擊猶太人等相關內容時，歐洲人權法院會採用「明顯確認之歷史事實」之理念，認定其內容違反公約第 17 條，如果言論不是討論或否認過去，而是在現代時空之下攻擊猶太人，歐洲人權法院不會運用「明顯確認之歷史事實」理念，而是直接訴諸公約第 17 條，進而認為此言論不受保障。如果從此角度理解歐洲人權法院之相關判決，應可釐清其思考脈絡。不過歐洲人權法院的推論方式也被批評為狹隘的，因為法院又如何能決定哪些事件歷史學家已不再爭辯 (Pech, 2009: 27, 36)，這種方法論其實是劃定「禁區」，而且只適用在有關納粹，或是攻擊猶太人之言論，但是不適用在亞美尼亞 (Armenia)

與亞塞拜然 (Azerbaijan) 之爭議或是其他衝突事件。⁵⁵

本文同時認為應該檢討歐洲人權法院建構「明顯確認之歷史事實」的理由是否充分。如上所述，歐洲人權法院認為，否認納粹屠殺者不只是否認納粹犯罪，亦可能否認非常確定之事實，例如毒氣室之存在。不過本文認為此論證可能使得歐洲人權法院變成可以決定事實的歷史學家，問題是如果歐洲人權法院認為歐洲其他歷史爭議應該允許多元辯論，例如歐洲人權法院在 *Lehideux and Isorni v. France* 強調本案已是多年前之事，因此嚴重度比較低，而每個國家必須公開且沈穩地辯論其過去歷史，同時在 *Fatullayev v. Azerbaijan* 歐洲人權法院強調追尋歷史事實是表意自由之必要內涵，⁵⁶ 那麼又何必以公約第 17 條直接排除否認納粹暴行及攻擊猶太人之言論。

另外，歐洲人權法院強調納粹屠殺之處罰有明確之法律基礎，即紐倫堡國際軍事審判庭憲章第 6 條第 3 項，同時紐倫堡國際軍事審判庭已明確判定納粹屠殺犯罪事實成立。然而本文認為此見解也不必然成立。歐洲人權法院似乎認為有國際條約規範及國際司法機制判決，即可確認當時之事務為歷史不變之事實，問題是歐洲人權法院所審理的上述有關歐洲其他歷史爭議案件，在各當事國國內都有刑罰規範，同時亦由當事國國內法院判決認定，但是歐洲人權法院卻不認為因為已有法律規範及司法判決，即不需要再作是否違反公約之審查，當然歐洲人權法院的職責為審查當事國是否遵守公約，然而同樣的重點是諸多事項並不會因為有法律規範及司法判決，便不需要或是不可以再加以論辯。而與紐倫堡國際軍事審判庭憲章相近的是羅馬刑事法院規約 (Rome Statute of the International Criminal Court) 之規定，其處罰種族滅絕罪 (genocide)、違反人道

⁵⁵ 請參見本文下一小節之討論。

⁵⁶ 亦請參見本文下一小節之討論。

罪 (crimes against humanity)、戰爭罪 (war crime)、侵略罪 (crime of aggression)，同時設立國際刑事法院 (International Criminal Court) 審判之，如果依據歐洲人權法院之邏輯，因為有國際條約規定及國際法院審判，對於國際刑事法院判決之相關情事亦不得再作爭議，如此更是顯示其不合理，如果再作進一步推論，豈非所有國際層級司法機制所做決定之相關案情，都不得再作爭議，如此恐怕有可能陷入司法獨裁。然而即使是公約及歐洲人權法院判決本身，亦需面對未來之辯論及檢驗，個案之事實及相關爭議，不能因為有公約規範及歐洲人權法院判決，便認為其為「明顯確認之歷史事實」，因而不得再爭論，歐洲人權法院所稱之理由，恐怕沒有完整之說服力。

其次，有關適用公約第 17 條，歐洲人權法院認為前述所有否認納粹暴行及攻擊猶太人之事項，都可以依據公約第 17 條而排除其權利保障。然而論者批判歐洲人權法院引用公約第 17 條可能形成負面影響。第一，歐洲人權法院引用公約第 17 條與其經常強調的表意自由亦適用於冒犯性、衝突性及騷擾性之資訊及意見有所衝突。第二，如果廣泛適用公約第 17 條將會排除表意自由，特別是國家無須舉證限制表意自由之理由及方式。第三，此限制可能導致排除非主流自由價值之言論，特別是有宗教及文化敏感性之議題 (Hare, 2009: 78-79)。誠如歐洲人權法院所強調的，如果沒有多元社會、寬容及包容，就沒有民主社會。或許歐洲人應該嘗試著超越過去，或是再度相信民主 (Kahn, 2012: 279, 303)。當某些特定類型之言論都以公約第 17 條之名，程序上不受理之方式而排除表意自由權之保障，有時候可能形成誤認之情形，因而過度輕易將某些案件放進過濾網中，直接排除國家是否過度限制表意自由權之實質審查，不必然是最好之途徑。

本文認為，歐洲人權法院根本不需要先劃定「禁區」，而可以

與其他歐洲歷史爭議一樣，透過公約第 10 條第 2 項之審查，再決定締約國限制表意自由是否違反比例原則，否則歐洲人權法院便必須說明為何可以劃定「禁區」？基於什麼原則劃定「禁區」？等等議題，反而徒增困擾。

其次，就判決結果而言，歐洲人權法院延續歐洲人權委員會之理念，因而歐洲人權法院非常關切有關納粹，或是攻擊猶太人之言論，其認定這些言論是屬於特別領域之言論，並且將這些言論認定為仇恨言論，進而禁止之 (Garman, 2008: 852)。而有關納粹之爭議，主要為納粹政權之毒氣室及大屠殺，有關攻擊猶太人之事件，主要為排除猶太人及反猶太主義，這部分是從歐洲人權委員會到歐洲人權法院，長期持續維持之論證。

然而本文認為歐洲人權法院應該區別否認過去歷史事件及直接訴求種族攻擊言論兩者之不同。有關否認過去歷史事實部分，本文以下也會討論有關歐洲其他國家之歷史爭議，而歐洲人權法院並沒有介入這些歷史爭議，前述 *Perinçek v. Switzerland* 即是如此。實質上歐洲人權法院只選擇限制爭辯納粹相關行為是否存在之爭議，然而述說過去是否有殘酷之行為與主張應該施予殘酷之行為兩者有所不同，如果只是否認過去是否有某些行為存在，本質上不是訴諸仇恨之言論，應該不需要禁止之，就算認為這些言論是不智愚蠢的，也可以經由訴說內容駁斥之，因而其實可以將所有歷史爭議做相同之對待，由社會持續辯論述說，因而本文認為在前述 *Garaudy v. France* 及 *Witzsch v. Germany* 等案件中，歐洲人權法院其實可以不要限制爭辯納粹相關行為是否存在之言論，不必要認定其違反公約。但是相對地有關直接訴求種族攻擊言論部分，已經形成對於其他種族之攻擊，可被認為是仇恨言論，例如前述 *Pavel Ivanov v. Russia* 及 *W. P. and others against Poland* 等案件，得以限制之。

二、其他歷史爭議

本文認為，值得注意的是如果案件內容與納粹暴行或是攻擊犹太人無關，歐洲人權法院便不會引用「明顯確認之歷史事實」概念，也不會進入公約第 17 條之審查，相反地是依據公約第 10 條第 2 項作審查，此理念可由以下判決明顯得知。

首先，有關在法國之爭議，例如在 *Lehideux and Isorni v. France*，⁵⁷ *Lehideux* 是幾個公司之執行長，同時也是 Philippe Pétain 紀念組織之會長。而 *Isorni* 則是 Philippe Pétain 在 1945 年受審判時之律師。Philippe Pétain 因為資助納粹德國而被判處死刑。*Lehideux* 與 *Isorni* 以 Philippe Pétain 紀念組織之名義在報紙刊登廣告，標題為「法國人你們記憶短暫—你已忘記」，後續內容以正面之意念敘述 Philippe Pétain 從 1916 年到 1945 年之經歷，最後邀請大家加入 Philippe Pétain 紀念組織。兩人因而被處以刑罰。

在本案中歐洲人權法院強調「明顯確認之歷史事實」原則，其認為表意內容如果是否認「明顯確認之歷史事實」，例如納粹之大屠殺，因為公約第 17 條之規定，此表意內容不受公約第 10 條之保障。⁵⁸ 而表意內容違反公約之價值者，例如將支持納粹政策正當化，亦不受公約第 10 條之保障。⁵⁹ 不過歐洲人權法院定位本案所牽涉之爭議不是「明顯確認之歷史事實」，因為雖然廣告並沒有否認納粹政權之殘酷，但是本案當事人不認同納粹政體。⁶⁰ 因而歐洲人權法院認為，本案之重點不是因為公約第 17 條之規定而排除表

⁵⁷ European Court of Human Rights, *Lehideux and Isorni v. France*, judgment of 23 September 1998.

⁵⁸ *Ibid.*, paragraph 47.

⁵⁹ *Ibid.*, paragraph 53.

⁶⁰ *Ibid.*, paragraph 81.

意自由之保障，而是其限制是否符合公約第 10 條第 2 項之規範。歐洲人權法院提出三點理由，第一，其認為雖然當事人所討論之事項是法國傷痛之歷史，不過歐洲人權法院強調這已是四十多年⁶¹前之事，因此嚴重度比較低，而每個國家必須公開且沈穩地辯論其過去歷史。第二，其廣告內容與組織之目的相符合。第三，當事國或可不適用刑事處罰，而只適用民事救濟。因而歐洲人權法院認定法國違反公約第 10 條。

其次，有關亞美尼亞及亞塞拜然之爭議，例如在 *Fatullayev v. Azerbaijan*，⁶² 當事人是兩家報紙之創辦人及主編，其被允許造訪亞美尼亞軍隊控制的 Nagorno-Karabakh 區域，後來刊登「Karabakh 日記」，其中認為 1992 年 Khojaly 事件亞塞拜然亦必須負責任，不過一般認為是俄羅斯及亞美尼亞軍隊所為。當事人被以誹謗罪處以兩年六個月徒刑。

在本案中歐洲人權法院強調「明顯確認之歷史事實」原則，其認為表意內容如果是否認「明顯確認之歷史事實」，例如納粹之大屠殺，因為公約第 17 條之規定，此表意內容不受公約第 10 條之保障。⁶³ 而表意內容違反公約之價值者，例如將支持納粹政策正當化，亦不受公約第 10 條之保障。⁶⁴ 不過歐洲人權法院定位本案所牽涉之爭議不是「明顯確認之歷史事實」，因為當事人不是要否認有大量殺害 Khojaly 民眾之事實，而是提出不同之可歸責對象。⁶⁵ 歐

⁶¹ 歐洲人權法院判決當時之計算。

⁶² European Court of Human Rights, *Fatullayev v. Azerbaijan*, judgment of 22 April 2010.

⁶³ *Ibid.*, paragraph 81.

⁶⁴ *Lehideux and Isorni v. France*, paragraph 53.

⁶⁵ *Fatullayev v. Azerbaijan*, paragraph 81.

洲人權法院強調追尋歷史事實是表意自由之必要內涵，⁶⁶ 而歷史學家依然持續對於 Khojaly 事件辯論中。因而歐洲人權法院認為，本案之重點不是因為公約第 17 條之規定而排除表意自由之保障，而是其限制是否符合公約第 10 條第 2 項之規範。

歐洲人權法院關注三個理由，第一，「Karabakh 日記」是相當敘述性之內容。第二，其結論相當模糊不確定。第三，文中雖然有聲稱亞塞拜然軍隊也需要負擔部分責任，但是並未直接指控亞塞拜然軍隊或是特定個人屠殺自己同胞。歐洲人權法院認為本案違反公約第 10 條。

第三，有關土耳其之爭議，在 *Perinçek v. Switzerland*，當事人為土耳其人，並為土耳其工人黨主席，其在 2005 年在瑞士開會時公開否認在 1915 年鄂圖曼帝國有種族屠殺亞美尼亞人之行為，並認為所稱之「亞美尼亞種族屠殺」是「國際謊言」。當事人被瑞士法院以種族歧視之罪名判處罰金，但緩刑兩年。不過歐洲人權法院認為瑞士違反公約第 10 條，歐洲人權法院強調，其無法扮演確認歷史爭議之角色，⁶⁷ 而當事人亦未挑起仇恨或是暴力。⁶⁸ 歐洲人權法院強調，瑞士比較法律學院 (Swiss Institute of Comparative Law) 的研究指出，其所研究的 16 個歐洲國家中只有 2 個國家對於否認種族屠殺做刑事處罰，而西班牙憲法法院及法國憲法委員會也認為，對於否認種族屠殺做刑事處罰違反憲法。⁶⁹

第四，有關匈牙利之爭議，在 *Fáber v. Hungary*，⁷⁰ 當事人在一

⁶⁶ *Ibid.*, paragraph 87.

⁶⁷ *Ibid.*, paragraph 99.

⁶⁸ *Ibid.*, paragraph 119.

⁶⁹ *Ibid.*, paragraphs 120-121.

⁷⁰ European Court of Human Rights, *Fáber v. Hungary*, judgment of 24 July 2012.

場反種族主義遊行中靜靜高舉 *Árpád-stripped flag*，因而被旁人稱為「法西斯主義者」，遊行舉行地為第二次世界大戰期間猶太人被屠殺之處，警察要求當事人收起旗幟，但是當事人拒絕，因而被警察處以罰鍰。

歐洲人權法院強調幾個重點，第一，雖然 *Árpád-stripped flag* 造成其他遊行人之不安，但是並未干擾遊行。⁷¹ 第二，*Árpád-stripped flag* 可能被認為是歷史旗幟，也可能認為是代表匈牙利過去與納粹近似之「箭十字政權」(Arrow Cross regime)，有不同意義。⁷² 第三，當事人並無威脅或是暴力行為。⁷³ 因而歐洲人權法院認定匈牙利違反公約第 10 條。

本文認為，由以上判決可看出歐洲人權法院兩點非常明確之意見。第一，有關判決結論，以上判決的共通結論是歐洲人權法院強調不介入各國之歷史爭議，也不是歷史論爭之決定者，同時歐洲人權法院以嚴格的標準檢驗被告國家，認為當事國違反公約，以確保表意自由權之保障。本文認為，歐洲人權法院上述判決確認表意自由作為民主社會之礎石，表意自由亦應保障冒犯性、衝突性及騷擾性之資訊及意見，確保民主社會的多元、寬容及包容，而這些價值正是歐洲人權法院長久以來所堅持的，其判決結論值得讚賞。

第二，有關審查方法，以上判決顯示，凡是無關納粹、法西斯、攻擊猶太人等言論，歐洲人權法院便不會強調「明顯確認之歷史事實」原則，也不會動用公約第 17 條，而是進入公約第 10 條第 2 項之論證，因為這些言論為政治言論，因而論者認為歐洲人權法院認定兩種限制仇視言論途徑，一種是嚴重的質疑二次大戰相關歷史事

⁷¹ *Ibid.*, paragraph 45.

⁷² *Ibid.*, paragraph 54.

⁷³ *Ibid.*, paragraph 46.

實，例如否認毒氣室屠殺，就認定違反公約第 17 條，而其他形式仇視言論，則是以公約第 10 條審查之 (Keane, 2007: 642)。不過如本文前述，直接適用公約第 17 條，會過度輕易將某些案件放進過濾網中，直接排除國家是否過度限制表意自由權之實質審查，比較好之途徑應該是進入公約第 10 條第 2 項之論證。

三、共產黨

早期歐洲人權委員會必須面對共產黨理念是否應被允許，例如在 *German Communist Party v. Federal Republic of Germany*,⁷⁴ 德國共產黨被當時西德憲法法院認定違憲，因而向歐洲人權委員會提起訴訟。歐洲人權委員會認為，本案應該直接引用公約第 17 條，不需要適用公約第 10 條第 2 項及第 11 條第 2 項。歐洲人權委員會引述公約草擬過程中所強調之意念，其認為「阻止獨裁政權為其自身利益而擴張之方法，就是禁止利用權利或自由而消滅人權。」歐洲人權委員會認為，共產黨的目標是透過革命而建立社會共產制度，而德國共產黨依然信奉這些理念，因而依據獨裁信念而建立政權與公約不符合。

事隔多年之後，在 *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*,⁷⁵ 當事人想要籌組政黨，其目標是建構一個共產主義原則為基礎之人道國家，而羅馬尼亞以其隱含認為憲法及法律秩序是不人道及非真正民主，因而不允許。歐洲人權法院認為，本案不需要審酌公約第 17 條，同時認為羅馬尼亞國內法院並未闡

⁷⁴ European Commission of Human Rights, *German Communist Party v. Federal Republic of Germany*, Application No. 250/57, decision of 20 July 1957.

⁷⁵ European Court of Human Rights, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, judgment of 3 February 2005.

明為何當事人所欲籌組政黨違反羅馬尼亞憲法及法律秩序，歐洲人權法院也強調無法接受羅馬尼亞認為不應有新共產黨出現之說法。⁷⁶ 而歐洲人權法院認為，因為本案之限制方法為事先禁止，因而當事人是因為表達意見而被處罰。⁷⁷ 歐洲人權法院也強調，不能因為羅馬尼亞 1989 年之前之共黨統治歷史原因作為限制新政黨設立之理由。⁷⁸ 因而歐洲人權法院認定羅馬尼亞違反公約第 11 條。

經過幾十年之變遷，歐洲人權委員會及歐洲人權法院兩個決定顯然對於共產黨有相當不同之看法，一者是直接引用公約第 17 條而排除權利，另一者認為應該保障成立共產黨之權利。本文認為，兩個決定之核心差別是在 *German Communist Party v. Federal Republic of Germany*，其強調「共產黨的目標是透過革命而建立社會共產制度」，因而「依據獨裁信念而建立政權與公約不符合」。而在 *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*，此政黨並沒有使用革命之方法，因而符合民主原則。其次，本文認為，當歐洲人權法院強調不能以共黨統治歷史原因作為限制新政黨設立之理由時，其已相當程度地減緩防衛式民主之意念。

肆、宗教衝突

歐洲人權法院所面對之宗教爭議大都與穆斯林有關，本文將分為兩個面向討論，一者是其他人面對穆斯林信仰者之看法，另一者是穆斯林信仰者對其他人之主張。

⁷⁶ *Ibid.*, paragraph 55.

⁷⁷ *Ibid.*, paragraph 57.

⁷⁸ *Ibid.*, paragraph 58.

一、面對穆斯林信仰者

有關如何面對穆斯林信仰者，在 *Norwood v. the United Kingdom*，⁷⁹ 當事人是英國國家黨 (British National Party) 之地方成員，他在其公寓窗戶懸掛旗幟，上面有美國世貿雙塔燃燒之照片，同時寫著「回教人士離開英國，保護英國人」，因而被處罰金 (Vance, 2004: 201, 211; Weinstein, 2009: 44-47)。歐洲人權法院認為，當事人所聲稱之內容，是對在英國所有穆斯林之公開攻擊，同時將穆斯林連結為嚴重恐怖主義，此行為與公約的寬容、社會和平及不歧視價值衝突 (Van Noorloos, 2011: 146)，因此違反公約第 17 條。

就判決結論而言，本案當事人之主張明顯地排除特定宗教信仰的所有人，是嚴重的宗教仇視言論，本案與前述 *Pavel Ivanov v. Russia* 一案有類似之內容，其分別聲稱要完全排除回教人士或是猶太人在英國或是俄羅斯之外，本文贊同歐洲人權法院判決之論證，應可禁止之。

不過另一重點是審查方法，其實歐洲人權法院是以違反公約第 17 條直接做成不受理決定，並未進入實質審查。同樣地，如同前述，本文認為當某些特定類型之言論都以公約第 17 條之名，程序上不受理之方式而排除表意自由權之保障，有時候可能形成誤認之情形，因而過度輕易將某些案件放進過濾網中，直接排除國家是否過度限制表意自由權之實質審查，不必然是最好之途徑，歐洲人權法院其實可以認定本案英國並未違反公約第 10 條第 2 項。

⁷⁹ European Court of Human Rights, *Norwood v. the United Kingdom*, decision of 16 November 2004.

二、主張穆斯林教義

本文認為，歐洲人權法院嘗試著禁止提倡極端穆斯林思考，不過歐洲人權法院對於結社自由有較嚴格之限制，相對地讓表意自由得以較寬闊地倡議。

有關結社自由，歐洲人權法院採用兩種審查類型。第一種類型是直接將主張認定為違反公約第 17 條，因而不受保障。例如在 *Hizb Ut-Tahrir v. Germany*，⁸⁰ 當事人為 Hizb Ut-Tahrir (解放黨 [Liberation Party])，聲稱要建立「全球穆斯林政黨」，消除所有穆斯林之既有政府，並以伊斯蘭國取而代之。此政黨為德國禁止。歐洲人權法院認為，此政黨不只否認以色列生存之權利，亦主張以暴力消滅國家，並屠殺居民。其與公約「和平解決國際爭端」及「個人生命尊嚴」之價值相違背，因而違反公約第 17 條。而在 *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*，⁸¹ 兩位當事人是 Hizb Ut-Tahrir 在俄羅斯之成員，因而被判刑。歐洲人權法院重申，Hizb Ut-Tahrir 不只是提倡宗教信仰，或是嚴守穆斯林教義而已，而是要將其所信仰的強加諸於每一個人身上，此種政治信念違反公約第 17 條。

另一種類型則是認為不需要適用公約第 17 條，而是進入公約第 11 條第 2 項之討論。在 *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*，⁸² 當事人為社會福利黨，其在 1983 年 7 月成立，並在 1995 年國會選舉得到約 22% 選票，1996 年地方選舉得到約 35% 選

⁸⁰ European Court of Human Rights, *Hizb Ut-Tahrir v. Germany*, decision of 12 June 2012.

⁸¹ European Court of Human Rights, *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, judgment of 14 March 2013.

⁸² European Court of Human Rights, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, judgment of 13 February 2003.

票，但是在 1998 年土耳其憲法法院以此政黨之活動及其主要成員之言行違反世俗原則 (secularism)，而認定違憲，並解散此政黨。歐洲人權法院認為，其必須通盤檢視個案之後，才能判斷本案是否需要適用公約第 17 條，⁸³ 最後歐洲人權法院並未在本案適用之。歐洲人權法院論述幾個重點，第一，此政黨已得到相當選票，因此有可能威脅民主政體。⁸⁴ 第二，此政黨主張建立以伊斯蘭律法 (Sharia law) 為基礎之政權，而伊斯蘭律法與民主基本原則不符合，特別是有關刑法及刑事程序、婦女法律地位、以宗教立場介入個人之公私領域等。⁸⁵ 第三，此政黨雖然沒有正式表示以暴力取得政權，但是其亦未清楚與部分使用暴力之黨員做清楚釐清。⁸⁶ 最後歐洲人權法院認為土耳其解散此政黨並未違反公約第 11 條。

有關表意自由，歐洲人權法院並未適用公約第 17 條，而是進入公約第 10 條第 2 項之討論。在 *Gündüz v. Turkey*，⁸⁷ 當事人在獨立電視台節目中，與服裝設計師討論婦女衣著是否時尚或符合伊斯蘭教義，其中當事人強調伊斯蘭教義，而非世俗原則，當事人因而被指控宗教仇恨並判刑兩年。然而本案中歐洲人權法院完全沒有討論公約第 17 條，而是直接進入公約第 10 條之論述。歐洲人權法院認為，當事人只是將世俗原則描述為「不虔誠」(impious)，並且支持伊斯蘭律法，當事人並未訴求暴力或是宗教意識之仇恨言論。歐洲人權法院也認為，本案與前述 *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* 有三點不同，第一，節目中已清楚表示當事人是以

⁸³ *Ibid.*, paragraph 100.

⁸⁴ *Ibid.*, paragraph 108.

⁸⁵ *Ibid.*, paragraph 123.

⁸⁶ *Ibid.*, paragraph 131.

⁸⁷ European Court of Human Rights, *Gündüz v. Turkey*, judgment of 4 December 2003.

宗教領袖身分參與；第二，當事人之意見之前即為社會所知，並為評論，節目中亦有不同意見呈現；第三，當事人之言論是在多元辯論之場合發表。⁸⁸ 最後歐洲人權法院認為土耳其違反公約第 10 條。

本文認為，在方法論及審查標準部分，很明顯地歐洲人權法院採用兩種論證方式，而其重要區別依然是應否適用公約第 17 條。首先，在 *Hizb Ut-Tahrir v. Germany* 及 *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia* 兩個案件歐洲人權法院都適用公約第 17 條，然而在 *Hizb Ut-Tahrir v. Germany*，歐洲人權法院是直接以程序不受理駁回之，而在 *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*，歐洲人權法院卻是以實質判決認為因為當事人之行為違反公約第 17 條，因此不受保障。而其實這兩個案件高度類似，歐洲人權法院卻可能出現程序決定或實質判決之不同思考，反而無法形成穩定之方法論。

其次，有關是否必要適用公約第 17 條，其實如果仔細瞭解相關判決內容，應可區別 *Hizb Ut-Tahrir v. Germany* 及 *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia* 兩個案件，與 *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* 此案件之不同，在 *Hizb Ut-Tahrir v. Germany* 及 *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia* 兩個案件，其政黨主張「以暴力消滅國家，並屠殺居民」，明顯地直接訴諸暴力，甚至屠殺，因而才會導致公約第 17 條之適用，而在 *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*，其政黨是透過選舉而傳達其理念，因而不應該直接適用公約第 17 條而否認其權利。其實歐洲人權法院建立了兩段式防水閘，第一段是公約第 17 條，第二段是公約第 10 條第 2 項及第 11 條第 2 項，而歐洲人權法院必須不斷闡明什麼案件會在第一段防水閘被過濾掉，同時必須持續維持方法論之

⁸⁸ *Ibid.*, paragraph 51.

一貫性，反而更加困擾，並且可能削弱權利保障，不如都從公約第 10 條第 2 項及第 11 條第 2 項論述之，建立表意自由及結社自由可被限制之準則。

就判決結論而言，本文認為，歐洲人權法院認為極端穆斯林思考會構成仇恨言論，不過於此應強調的是其與單純的穆斯林信仰是有差別的，歐洲人權法院認為，即使是嚴守穆斯林教義，亦不會形成仇恨言論，而歐洲人權法院認為無法接受的是否認「和平解決國際爭端」及「個人生命尊嚴」之價值，或是將其信仰強加諸於每一個人身上，因而本文認為歐洲人權法院判決之見解可茲贊同。

然而本文認為歐洲人權法院必須面臨幾個挑戰，首要挑戰是如何面對嚴格的穆斯林教義，在 *Hizb Ut-Tahrir v. Germany* 及 *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia* 兩個案件，歐洲人權法院認為嚴守穆斯林教義並非其所欲禁止的，而在 *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*，歐洲人權法院卻認為伊斯蘭律法與民主基本原則不符合，其幾乎是直接否定穆斯林教義的部分內容，恐將引起更多爭議，特別是有關宗教自由之論述，歐洲人權法院之論證可能引起對於穆斯林之排斥。依據歐洲人權法院之論證，恐怕歐洲國家也需要檢視其是否奠基於基督教或天主教教義，這些教義是否介入公私生活，是否符合民主原則等問題。穆斯林教義內容應該可以被討論，但是因為政黨主張穆斯林教義就被解散，應是不同問題，歐洲人權法院恐怕是陷入歐洲國家之宗教盲點中了！然而公約已涵蓋幾乎所有歐洲國家，更重要的是其宗教信仰不只是基督教及天主教，不論如何必須面對伊斯蘭教 (Goldhaber, 2007: 97)，⁸⁹ 否則無法完整呈現歐洲理事會會員國之宗教多元，也無法確保公約所

⁸⁹ Goldhaber 將有關伊斯蘭教之案件稱為是“Mohammed in Strasbourg”，以指稱相關案件好像是歐洲人權法院審判穆罕默德。

堅持之宗教自由。

其次，以宗教理由在伊斯蘭社會中解散政黨，如果當其他政黨亦有接近之思考，特別是執政之政黨，並沒有被解散，卻針對特定在野黨下手，恐怕會形成在同樣的宗教環境中以宗教之名壓迫在野黨。再者，當歐洲人權法院強調政黨或許可能透過選舉執政，因而威脅民主政體，恐怕應該更加慎重，前述在有關共產黨成立之相關判決中，歐洲人權法院其實已降低防衛式民主之思考，但是在 *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* 卻又再次強調，恐有失平衡，而且歐洲人權法院的連結因素是宗教內容及不明確之暴力連結，恐怕更令人質疑。

伍、種族爭論

本文將各種類型種族爭議區分為媒體討論及組織結社兩個區塊論述之，然後再討論國家消除種族犯罪之義務。

一、媒體討論

其實歐洲人權法院非常著重新聞自由，若媒體不是直接訴諸於仇恨言論或是暴力，歐洲人權法院都會傾向保護言論內容之傳達。於此應該探討的是如果媒體討論之議題有關種族爭議，歐洲人權法院是否依然堅持新聞自由，或是認為在特殊情況下得以限制之。以下將案件區分為電視媒體及出版品兩種類型，並討論實質內容。

(一) 電視媒體

有關電視媒體對於種族議題之討論，*Jersild v. Denmark*⁹⁰ 是歐

⁹⁰ European Court of Human Rights, *Jersild v. Denmark*, judgment of 23 September

洲人權法院第一件必須決定媒體如何報導種族議題之案件。當事人是記者，他將訪問三位種族論者及一位社工之內容編輯為電視節目，而三位種族論者對於移民者及其他種族有攻擊及詆毀之言詞，⁹¹因而當事人被以幫助散播種族言論處刑。

歐洲人權法院強調以言論攻擊特定群體之種族論者不受公約第 10 條之保障，⁹²同時認為消除一切形式種族歧視國際公約之目的是衡量本案是否公約第 10 條第 2 項之重要基準。⁹³而在本案例中歐洲人權法院著重於幾個重點，第一，媒體並沒有贊同種族主義者之態度。第二，其內容包括對於種族主義之評論。第三，此節目是一系列嚴肅節目之一。因而歐洲人權法院認為本節目之目的不是種族主義，亦未提倡種族仇恨，同時其強調除非有特別堅實之理由，否則記者因為報導公眾事件而受處罰，將會嚴重傷害新聞自由。⁹⁴歐洲人權法院因而認定丹麥不應對當事人處罰。⁹⁵

本文認為，歐洲人權法院強調的是，雖然種族主義團體不受公約第 10 條之保障，但是仍應確保新聞自由，不過歐洲人權法院強調媒體應該忠實報導種族主義事務，重點是報導之方式、架構、內容、目的。民主社會當然必須消除種族主義，但是這不是認為媒體不得採訪種族主義者 (Harris, O'Boyle, & Warbrick, 1995: 410)，種族主義不會因為吾人閉上眼睛或是遮起耳朵就會消失了。誠如部長委員會所強調的，媒體對於消除非容忍有積極貢獻，特別是在社會

1994.

⁹¹ *Ibid.*, paragraph 10.

⁹² *Ibid.*, paragraph 35.

⁹³ *Ibid.*, paragraph 30.

⁹⁴ *Ibid.*, paragraph 35.

⁹⁵ 本案特別之處是有七位法官撰寫不同意見書，而且這七位法官當中有六位是當時最資深之法官。參見 Finnie (1995: 439-440); Bertoni & Rivera (2012: 507).

中不同族群、文化、宗教團體間形塑互相理解之文化。⁹⁶ 本文贊同歐洲人權法院強調新聞自由之理念。

本判決之特質是釐清種族論述與時事評論，其中可以看出歐洲人權法院對於政治言論與新聞自由之保障，其實歐洲人權法院所建構的是如果當事人不是種族主義之論述者，而是對社會議題之討論，同時並未提倡暴力，此時應該著重新聞自由，本文贊同歐洲人權法院之判決。

(二) 出版品

且讓本文先論述歐洲人權委員會及歐洲人權法院認為得以限制出版品之案件。在 *J. Glimmerveen and J. Hagenbeek v. the Netherlands*，⁹⁷ 其為早期歐洲人權委員會第一個處理有關種族歧視議題出版品之案件 (Bleich, 2014: 292)，本案當事人散發傳單表示希望將所有非白人趕出荷蘭。歐洲人權委員會認為，此傳單很明顯地是種族歧視之內容，其違反公約之精神，因此歐洲人權委員會認為，當事人之行為違反公約第 17 條之規定，因而不受公約第 10 條之保障 (Belavusau, 2013: 49; Bleich, 2014: 292)。不過在 *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*，⁹⁸ 歐洲人權法院並沒有引用公約第 17 條，而是進入公約第 10 條之審查；當事人出版一份「立陶宛年曆」，對特定歷史日期加註意見，並在封底附上地圖，說明立陶宛週邊波蘭、俄羅斯及白俄羅斯之領土是「立陶宛人之土地暫時被占領」。當事

⁹⁶ See Committee of Ministers, Recommendation No. R (97) 21 On the Media and the Promotion of a Culture of Tolerance, adopted on 30 October 1997.

⁹⁷ European Commission of Human Rights, Application No. 8348/78 & 8406/78 decision of 11 October 1979.

⁹⁸ European Court of Human Rights, *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, judgment of 4 November 2008.

人被認定為散發種族仇恨之出版品。

而歐洲人權法院認為，年曆中的文字是攻擊性的種族主義言論，其指稱犹太人及波蘭人對於立陶宛人犯了戰爭罪及種族滅絕罪，因此是對於犹太人及波蘭人之仇恨言論，⁹⁹ 同時歐洲人權法院認為，立陶宛只沒收年曆，並未對當事人處任何罰鍰，因而符合比例原則。歐洲人權法院認為本案並未違反公約第 10 條。

本文認為，同樣地這兩個認定違反公約之案件，其方法論之差異在於是否適用公約第 17 條，其實 *J. Glimmerveen and J. Hagenbeek v. the Netherlands* 與前述 *Norwood v. the United Kingdom* 及 *Pavel Ivanov v. Russia* 兩個案件相當類似，他們都有關要將特定群體的人趕出某一國家之外，而歐洲人權委員會與歐洲人權法院採用相同之方法，直接以公約第 17 條排除權利保障，由此亦可看出一貫之意見，即認為以種族或宗教之理由完全排除他人之言論，不應受到保障。然而在 *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*，歐洲人權法院認為內容是對於犹太人及波蘭人之攻擊性的種族主義言論，不過不需要適用公約第 17 條，然而本文前面所提有關攻擊猶太人之案件，歐洲人權法院都是適用公約第 17 條而排除權利保障，只是在 *Witzsch v. Germany* 及 *Garaudy v. France*，因為牽涉二次大戰歷史，因此歐洲人權法院建立「明顯確認之歷史事實」原則，並且援用公約第 17 條排除否認這些事實之言論的保障。而在 *Pavel Ivanov v. Russia* 及 *W. P. and others against Poland*，因為內容沒有牽涉過去納粹及法西斯，就直接進入公約第 17 條之討論。而 *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania* 未適用公約第 17 條，其實是有論證上之差異，但是相對而言 *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania* 不是最新判決，因而不是歐洲人權法

⁹⁹ *Ibid.*, paragraph 79.

院開始修正意見，而是在是否適用公約第 17 條可能有不一致之看法，這是歐洲人權法院應該注意之事。

而在判決結論部分，歐洲人權法院認為明顯的種族歧視言論及攻擊性的種族主義言論都應該被禁止，原則上應可贊同。不過接下來且讓本文討論歐洲人權法院認為不應該限制出版品之案件，如此更可瞭解全貌，並進行比較分析。

在 *Fatullayev v. Azerbaijan*,¹⁰⁰ 當事人發表文章批判亞塞拜然政府在聯合國大會投票贊成制裁伊朗之決議，將會造成亞塞拜然南邊與伊朗交接之 Talysh 少數民族之衝突與不安，因為伊朗亦有許多 Talysh 族人。文章亦暗示，因為亞塞拜然執政者是來自不同區域，才會讓南方少數民族陷入紛爭。當事人被以激發種族衝突之罪名而判處徒刑。

不過歐洲人權法院強調，討論少數民族區域之社會與經濟情況，並認為可能形成政治緊張，不能被認為是激發種族衝突。或許其內容可能誇大亞塞拜然政府之責任，不過歐洲人權法院認為本案之內容無關仇恨言論，亦未煽動種族暴力。¹⁰¹ 因而歐洲人權法院認定亞塞拜然違反公約第 10 條。

在 *Aksu v. Turkey*,¹⁰² 當事人為羅姆人 (Roma)，其指稱土耳其文化部所出版之《土耳其的吉普賽人》(*The Gypsies of Turkey*) 一書，認為吉普賽人從事非法活動，偷竊、強盜、乞討、販毒等方式為生，因此造成困擾且具攻擊性。當事人亦指稱文化部補助民間團體出版的兩本字典以負面歧視偏見之方式描述吉普賽社區。

¹⁰⁰ European Court of Human Rights, *Fatullayev v. Azerbaijan*, judgment of 22 April 2010.

¹⁰¹ *Ibid.*, paragraph 126.

¹⁰² European Court of Human Rights, *Aksu v. Turkey*, judgment of 15 March 2012.

在本案中歐洲人權法院認為當事國並沒有逾越裁量餘地，因此認為土耳其沒有違反公約。首先，歐洲人權法院認為，《土耳其的吉普賽人》的作者並沒有一般性地以負面手法描述吉普賽人，也沒有指稱所有吉普賽人都是違法，而其並非基於種族偏見之意圖。而本書之內容及研究方法符合基本學術規範，應給予對學術自由之尊重。因而歐洲人權法院雖然認為，應該對於吉普賽人之需求及不同生活模式特別考量，同時也應去除對於吉普賽人的刻板負面印象，但是歐洲人權法院認為當事國並沒有逾越裁量餘地。¹⁰³ 其次，有關字典，歐洲人權法院認為，其使用口語土耳其語，或許比較「輕蔑」(pejorative) 或「無禮」(insulting)，但不是用「比喻式」(metaphorical) 之手法撰寫。而此字典非教科書，亦非指定之參考書。因而歐洲人權法院認為，當事國並沒有逾越裁量餘地，亦未違反公約。¹⁰⁴

本文認為，在方法論上，以上判決是進入公約第 10 條第 2 項之論述，因此有其一致性，也是歐洲人權法院的典型論述方法，不用太多論辯。因此比較重要的是歐洲人權法院區別是否限制出版品之實質標準，由歐洲人權法院上述相關判決觀之，只要出版品內容不是種族歧視言論及攻擊性的種族主義言論，都不應該被禁止，即使內容可能誇大政府之責任，或是比較輕蔑或無禮，只要無關仇恨言論，亦未煽動種族暴力，應該容許言論之表達，歐洲人權法院藉此確保表意自由權，本文認為可茲贊同。

二、組織結社

然而歐洲人權法院對於結社內容涉及種族爭議，可能有比較嚴

¹⁰³ *Ibid.*, paragraphs 70-75.

¹⁰⁴ *Ibid.*, paragraphs 84-87.

格之管制。在 *Vona v. Hungary*,¹⁰⁵ 「為匈牙利人謀福利」(Movement for Better Hungary) 黨設立「保衛匈牙利人協會」(Hungarian Guard Association), 此協會再成立「保衛匈牙利人陣線」(Hungarian Guard Movement), 其目標是保護匈牙利人的傳統與文化。而匈牙利政府認為此協會與陣線從事違法行為, 因而將其解散。而當事人 Gábor Vona 先生是「保衛匈牙利人協會」之主席。

本案之特色是歐洲人權法院確認「預防性措施」(preventive measure) 概念, 其認為如果非政黨組織有充分急迫傷害他人權利並傷及民主基本價值之情形時, 國家得以對此組織採取預防性措施以保護民主。即使其行為尚未嘗試奪取政權或是對民主之毀壞尚未達急迫, 只要其有確實步驟已實施不符合公約及民主準則之政策, 當事國即可採取預防性措施。¹⁰⁶ 同時因為所針對之組織並非政黨, 因而其內容可以比較寬鬆。¹⁰⁷ 其次, 歐洲人權法院借用美國最高法院 *Virginia v. Black* 判決之「真實威脅」(true threat) 理念, 同時認為此組織之理念是「匈牙利人」(ethnic Hungarians) 對抗「吉普賽犯罪」(Gipsy criminality), 並且透過各種方式形成反吉普賽氣氛, 為種族主義者之概念。其訴諸「準軍事性」(paramilitary) 之手法, 近似匈牙利納粹運動。而其大規模的挑釁行為, 對吉普賽社區造成威脅, 亦是種族主義者之理念。因而歐洲人權法院認定解散此組織及陣線並未違反公約第 11 條。

本文認為, 在審查方法部分, 本案與 *W. P. and others against Poland* 都有關結社自由, 本案中歐洲人權法院認為當事人所持是種族主義者之理念, 同樣地在 *W. P. and others against Poland*, 當事人

¹⁰⁵ European Court of Human Rights, *Vona v. Hungary*, judgment of 9 July 2013.

¹⁰⁶ *Ibid.*, paragraph 57.

¹⁰⁷ *Ibid.*, paragraph 58.

想要組織協會，歐洲人權法院也認為當事人是種族主義者，不過在本案歐洲人權法院以公約第 11 條審查之，但是在 *W. P. and others against Poland*，歐洲人權法院卻引用公約第 17 條，認為當事人不受公約第 11 條之保障。本案與 *W. P. and others against Poland* 不同之處，在於本案是對吉普賽人造成威脅，而 *W. P. and others against Poland* 是對猶太人攻擊，其中亦再顯示歐洲人權法院對於有關猶太人之案件，有不同之審查方式。然而本文認為，其實 *W. P. and others against Poland* 與二次大戰期間猶太人處境無關，而是牽涉猶太人的現代生活環境，其實歐洲人權法院在兩個案件都可以依據公約第 11 條審查之。

在實質論證內容部分，首先，*Aksu v. Turkey* 及 *Vona v. Hungary* 這兩個案件都是有關面對羅姆人與吉普賽人之議題，而兩個判決形成不同結論的最重要區別應該是論述之內容及方式，在內容上，*Vona v. Hungary* 指稱「吉普賽犯罪」，而 *Aksu v. Turkey* 並未指稱所有吉普賽人都是違法。在方式上，*Vona v. Hungary* 牽涉「準軍事性」之手法，近似納粹運動，並有大規模的挑釁行為。但是在 *Aksu v. Turkey* 並沒有暴力行為。本文認為歐洲人權法院此部分論述可茲贊同。

其次，本文認為，可能引其爭辯的是歐洲人權法院在 *Vona v. Hungary* 所提出之預防性措施及真實威脅論述。有關預防性措施，其實本文亦討論幾個有關結社自由之案件，而且亦與政黨有關，例如 *German Communist Party v. Federal Republic of Germany*、*Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*、*Hizb Ut-Tahrir v. Germany* 及 *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia* 有關事先禁止政黨成立，而 *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* 關於解散政黨，但是在這些案件中歐洲人權法院都沒有提到預防性

措施之概念。而在 *Vona v. Hungary* 所牽涉的是非政黨組織，理論上要取得政權進而影響民主政治運作之程度應該較低，但是歐洲人權法院卻提出預防性措施，恐怕是太過度了，本質上非政黨組織對於社會之衝擊應是比較小的，歐洲人權法院卻反而認為可以採用預防性措施，恐怕是邏輯之倒置。歐洲人權法院長期以來堅持限制結社自由必須符合民主社會之「必要」，其程度必須達到「急迫的社會需要」才符合，所稱之「急迫的社會需要」應該是指現時之需要，而非預測未來的可能性。同時其實本案不是事前禁止組織之設立，因而本質上歐洲人權法院必須審查的是當事國解散組織是否符合公約之規範，原則上不論述預防性措施，亦不會嚴重到妨害其達成結論，然而於此提出預防性措施的論述，恐怕會加強有關防禦式民主之適用，此部分亦與歐洲人權法院其他判決不一致，因而本文認為其實歐洲人權法院根本不需要特別提倡預防性措施，亦不會影響其論述，更能維持論證之一貫性。

再者，有關真實威脅之論述，對於 *Vona v. Hungary* 判決而言，真實威脅論述是作為審查是否違反公約第 11 條第 2 項之準則，而所稱真實威脅準則，如論者認為，對於仇恨言論之管制，不應只限於會有訴求明顯暴力之時，更應及於訴諸或威脅使用非法行為時，而其最主要理由是政府必須保障人民免於暴力威脅 (Knechtle, 2006: 578)。其實在 *Vejdeland and others v. Sweden*，¹⁰⁸ 歐洲人權法院也強調，激發仇視不一定訴求暴力或是刑事犯罪，而基於性傾向之歧視，即是基於種族、出身、膚色等之嚴重歧視。因而或可看出歐洲人權法院逐步對於仇視之概念採取較寬廣之見解，而且是採納美國最高法院之想法。此途徑或可相對上進一步保障可能受傷害之

¹⁰⁸ 請參見本文後續第柒節之討論。

少數族群。

不過本文認為歐洲人權法院在論述上可能需要釐清幾個重點，首先，同時強調真實威脅與預防性措施恐怕有衝突，以歐洲人權法院所引述之美國最高法院 *Virginia v. Black* 判決而言，其強調得禁止意圖恐嚇 (intent to intimidate) 之燒十字架 (cross burning) 行為，因此不能只因其為燒十字架行為即禁止之，而必須有意圖恐嚇之意思才得為之，¹⁰⁹ 因而其本質上不是預防性措施。然而歐洲人權法院卻將兩種論述放在一起，反而造成紛擾。

其次，在論述方法部分，歐洲人權法院並沒有釐清真實威脅與急迫的社會需要兩種論述之差別，本文認為其實歐洲人權法院長久以來所強調之急迫的社會需要審查原則，其本質上即認為必須有真實威脅之存在，如本文前述歐洲人權法院強調，所稱之民主社會之「必要」，必須達到「急迫的社會需要」才符合，而且當事國所舉證之理由必須「相關且充分」。如果沒有確實之威脅，其實難以構成急迫的需要。同時歐洲人權法院長久以來也強調，在證明急迫的社會需要時，當事國所舉證之理由必須相關且充分，即是重視其真實性。因而與其借用美國最高法院之真實威脅原則，不如持續堅持長久所強調的急迫社會需要與相關且充分兩個原則，其實質內容便是著重於真實的威脅。

三、消除種族暴力之義務

其實歐洲人權法院不只是關注種族仇恨言論，亦嘗試建構國家消除種族犯罪之責任，此意見在 *Abdu v. Bulgaria*¹¹⁰ 呈現，本案當事

¹⁰⁹ Supreme Court of the United States, *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003), p. 1. Strasser (2011: 339, 361-363).

¹¹⁰ European Court of Human Rights, *Abdu v. Bulgaria*, judgment of 11 March 2014.

人為蘇丹國民，在保加利亞首都蘇菲亞市中心被兩位保加利亞年輕人毆打。歐洲人權法院認為，本案是基於種族因素之暴力行為，因而其強調締約國有積極義務避免不人道或污辱行為之發生，包括建立法律架構以保護個人，如有不人道或污辱行為之疑慮時必須進行官方有效之調查，確認事件中是否有種族主義動機或是種族仇恨及出身偏見為事件之起因。¹¹¹ 不過歐洲人權法院認為，締約國對於有種族主義或仇恨行為之調查，是一種程序義務 (obligation of means)，而非形成特定結果之義務。¹¹² 而針對本案，歐洲人權法院認定，保加利亞對於種族暴力有處以刑罰，不過本案中保加利亞檢察官並未確切調查是否有種族暴力之犯意，因而違反公約第 3 條。

本文認為本案至少有兩個重點值得論述，首先，此判決所建構之原則非常重要，其強調當事國不只是要消極的禁止種族仇恨之行為，更有積極義務避免種族仇恨之發生，而其內容包括建立法律架構、有效調查、確認動機及起因等，各當事國應該嚴肅面對這些原則。其次，過去絕大部分歐洲人權法院所審理之案件是當事人之言論或是集會結社被國家限制或禁止之後，當事人提起訴訟以確認國家之限制或禁止措施是否符合公約，而本案不同之處是當事人為被攻擊者，由被害人提起訴訟，以確認國家是否善盡其積極義務，因而其為種族仇視之被害人建立救濟途徑。

陸、國家認同

有關國家認同之相關言論，本文討論馬其頓人、庫德族、巴斯克人三個區域所引發之問題。

¹¹¹ *Ibid.*, paragraphs 25-29.

¹¹² *Ibid.*, paragraph 30.

一、馬其頓人

歐洲人權法院前後審理過三件有關馬其頓人之族群論述是否形成仇恨言論之案件，這些案件都與結社自由有關。在 *Sidiropoulos and others v. Greece*，¹¹³ 本案申請人等住在希臘北部與前南斯拉夫馬其頓共和國 (Former Yugoslav Republic of Macedonia) 邊境附近，他們自認有「馬其頓國家意識」(Macedonian national consciousness)，乃嘗試組織一社團法人，並欲以「馬其頓文明之家」(Home of Macedonian Civilisation) 命名之，其宗旨為促進地區文化合作，提倡民族文化，及保護地區自然及文化環境等，但是希臘禁止此社團法人之設立，理由是此社團的真正目的與其所言不一致，希臘政府認為此社團之真正目的是促進「希臘有一馬其頓少數民族」此意念，因此與希臘國家利益不一致，並違反法律。¹¹⁴ 在 *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*，¹¹⁵ 當事人申請在保加利亞西南馬其頓人居住區域成立 United Macedonian Organisation Ilinden，他們希望「在區域及文化基礎上團結所有馬其頓人」，並使「保加利亞承認馬其頓人的少數族群地位」。¹¹⁶ 但是保加利亞政府不讓此組織註冊。在 *Association of Citizens Radko & Paunkovski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*，¹¹⁷ 當事人與其他馬其頓族裔想要成立社團以確保馬其

¹¹³ European Court of Human Rights, *Sidiropoulos and others v. Greece*, judgment of 10 July 1998.

¹¹⁴ *Ibid.*, paragraph 10.

¹¹⁵ European Court of Human Rights, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, judgment of 2 October 2001.

¹¹⁶ *Ibid.*, paragraph 10.

¹¹⁷ European Court of Human Rights, *Association of Citizens Radko & Paunkovski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, judgment of 15 January 2009.

頓文化及傳統種族價值，並接受其他國家之國民加入本社團。

歐洲人權法院認為，組織社團乃是公約第 11 條所賦予之權利且是其核心部分，既使此條文僅明白例示組織工會之權利，人民應可組織法人以共同保護彼此之利益，此為結社自由權最重要之部分，如果此部分被剝奪，結社自由權便無任何意義。¹¹⁸ 同時在審查結社自由案件時，亦應考量表意自由之內涵。¹¹⁹

其實歐洲人權法院在這三個案件有近似之看法，且讓本文以 *Sidiropoulos and others v. Greece* 為例說明之。就申請人所欲設立之社團而言，歐洲人權法院有以下論述：第一，申請人未曾嘗試破壞希臘之領土完整、國家安全或公共秩序，而其所聲稱之少數民族意識及保存與發展少數文化，不應被視為對民主社會之威脅。第二，申請人並未挑戰希臘政府對馬其頓省之理念，而只是聲稱馬其頓少數民族被壓迫。第三，此組織之目的僅是保存及發展地區文化，其為明確的且有正當性。

因此歐洲人權法院認為，「領土完整、國家安全及公共秩序不會因為一個目的是促進地區文化或少數民族文化的組織而受到威脅，少數民族及文化之存在乃是歷史事實，依據國際法此為一個國家必須容忍，甚至保護或支持的」(Ubillos, 2012: 414)。¹²⁰ 歐洲人權法院認為，希臘所擔心的只是一種假設，況且既使弄假成真，希臘政府亦可依其國內法解散此法人。因此歐洲人權法院全體一致判決認為，希臘禁止此社團法人之設立違反公約第 11 條之規定。

¹¹⁸ *Ibid.*, paragraph 40.

¹¹⁹ See *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, paragraph 85 and *Association of Citizens Radko & Paunkovski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, paragraph 63.

¹²⁰ *Sidiropoulos and others v. Greece*, paragraph 41.

二、庫德族

而在與庫德族有關之案件，都牽涉表意自由。在 *Sürek v. Turkey* (no. 1)，¹²¹ 當事人為《真實新聞與評論》(*The Truths of News and Comments*) 週刊之所有人，此週刊刊登兩篇讀者投書，其文章標題分別為〈武器無法對抗自由〉(“Weapons cannot win against freedom”) 及〈這是我們的錯〉(“It is our fault”)，因而被土耳其認定為在人群中挑起敵對與仇視而被判刑。歐洲人權法院認為，如果言論涉及對個人、公務員、群體使用暴力，當事國即有較寬廣之裁量餘地原則。而本案中，因為兩篇投書使用「法西斯土耳其軍隊」、「謀殺組織」、「帝國主義雇用的屠夫」、「屠殺」等語句，歐洲人權法院認為其已有血腥復仇之訴求。同時文稿中直接指出姓名，使其暴露於危險之中。因而歐洲人權法院認為，文稿內容有關仇視言論及讚揚暴力。其次，歐洲人權法院認為，雖然文章為讀者投書，但是媒體行使表意自由時亦附有義務及責任，因此認為當事人應負責任 (Holmes, 2012: 459, 469)。最後歐洲人權法院認定土耳其沒有違反公約第 10 條。

而在 *Sürek and Özdemir v. Turkey*，¹²² 當事人 *Sürek* 為《真實新聞與評論》週刊之所有人，而 *Özdemir* 為週刊之總編輯，週刊刊登訪問非法組織「庫德工人黨」領袖之文章，因而被認定刊登恐怖組織及倡議分裂之言論，導致週刊被沒收，且當事人被處六個月徒刑及罰金。在 *Sürek v. Turkey* (no. 4)，¹²³ 同樣也是因為《真實新聞與

¹²¹ European Court of Human Rights, *Sürek v. Turkey* (no. 1), judgment of 8 July 1999.

¹²² European Court of Human Rights, *Sürek and Özdemir v. Turkey*, judgment of 8 July 1999.

¹²³ European Court of Human Rights, *Sürek v. Turkey* (no. 4), judgment of 8 July

評論》週刊刊登訪問非法組織「庫德工人黨」領袖之文章，因而被認定刊登倡議分裂之言論，導致週刊被沒收，且當事人被處六個月徒刑及罰金。在 *Şener v. Turkey*¹²⁴ 及 *Birdal v. Turkey*¹²⁵ 兩個案件，同樣地當事人所出版之文章被指稱為宣揚庫德族分離主義或是仇恨言論，因而被判刑。

在這幾個判決中，歐洲人權法院強調媒體不應刊登宣傳以暴力對抗國家之言論，以避免成為傳播仇恨言論及提倡暴力之載具。而當沒有此情況時，國家不能以領土完整及國家安全為理由而限制表意自由。¹²⁶ 歐洲人權法院認為，批判政府之政治言論應受到高度保障，本案文章內容並未訴諸暴力或仇視，而且當事人受到嚴重處罰，因而認定土耳其違反公約第 10 條。

在 *Arslan v. Turkey*，¹²⁷ 當事人出版一本書，並獲得 Yunus Nadi 獎，本書前言包括對於 Musa Anter 致敬，而 Musa Anter 是支持庫德族之政治人物及作家，其在 1992 年被謀殺。本書作者被以發表分離言論而起訴並判刑。歐洲人權法院認為，本書並非以中立之方式描述過去歷史，同時對於土耳其政府有強烈批判。不過歐洲人權法院強調幾個重點，第一，作者透過文學作品表達意見，而非大眾媒體，因而領土完整及國家安全之疑慮較低。第二，書中並未鼓吹暴力或武裝抗爭，此為重要因素。第三，當事人所遭受之一年八個月徒刑是非常嚴重。因而歐洲人權法院認定土耳其違反公約第 10 條。

1999.

¹²⁴ European Court of Human Rights, *Şener v. Turkey*, judgment of 18 July 2000.

¹²⁵ European Court of Human Rights, *Birdal v. Turkey*, judgment of 2 October 2007.

¹²⁶ *Sürek and Özdemir v. Turkey*, paragraph 63, *Sürek v. Turkey* (no. 4), paragraph 60 and *Birdal v. Turkey*, paragraph 38.

¹²⁷ European Court of Human Rights, *Arslan v. Turkey*, judgment of 8 July 1999.

從以上判決觀之，影響是否違反公約及是否構成仇恨言論之重點為是否提倡暴力，因而有論者認為，歐洲人權法院限制仇恨言論之標準並非根據是否刻意激起敵意，而是攻擊式的論述方式 (Sottiaux, 2011: 54)。確實歐洲人權法院堅持少數族群之保障，而分離獨立之論述，亦不應被認為是仇恨言論。但是當提倡以暴力作為達成目標之方式時，便已逾越新聞自由之界線。

三、巴斯克人

而在 *Otegi Mondragon v. Spain*¹²⁸ 一案，當事人是巴斯克分離團體之發言人，因為過去西班牙警方對於巴斯克地方報社編輯施以拘禁及酷刑，當西班牙國王到達巴斯克時，當事人便聲稱西班牙國王是酷刑施行者，以酷刑統治巴斯克。後來當事人被以污辱國王起訴及判處一年徒刑。

歐洲人權法院認為本案並未構成仇恨言論，同時當事人亦未訴諸暴力。¹²⁹ 歐洲人權法院強調公眾人物更必須接受批判，而聲明事實與價值判斷必須區分，同時如果聲明事實趨近於價值判斷，則需要充分事實支撐，否則即為過度，不過如果某些資訊已為公眾所知，則提供事實作為價值判斷之基礎的要求標準應該降低。¹³⁰ 而當事人所批判的並非西班牙國王之私生活，而是其在憲政體制上代表國家。¹³¹ 因而歐洲人權法院認定西班牙違反公約第 10 條。

同樣地，歐洲人權法院強調是否訴諸暴力，以作為少數族群訴

¹²⁸ European Court of Human Rights, *Otegi Mondragon v. Spain*, judgment of 15 March 2011.

¹²⁹ *Ibid.*, paragraph 54.

¹³⁰ *Ibid.*, paragraph 53.

¹³¹ *Ibid.*, paragraph 57.

求意見之重要準則。而歐洲人權法院同時強調公眾人物之可受批評度及聲明事實與價值判斷必須區分，可說是再次確認表意自由作為民主社會中政治議題辯論之重要性，歐洲人權法院判決確保表意自由。

回顧以上有關國家認同之案件，其實除了在 *Sürek v. Turkey* (no. 1) 一案，歐洲人權法院認為當事國得以限制當事人之文章內容，因為其內容有仇視言論及讚揚暴力，而在其他案件，歐洲人權法院認為有關國家認同之討論不構成仇恨言論，亦不應該限制，因而認定當事國違反公約。本文認為歐洲人權法院確實堅持對於表意自由及結社自由之保障。而在論證理由部分，歐洲人權法院持續堅持不得訴諸暴力，其實這是歐洲人權法院長久堅持之內涵，如同在本文前述所討論的許多案件，例如 *Perinçek v. Switzerland*, *Fáber v. Hungary*, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, *Gündüz v. Turkey*, *Hizb Ut-Tahrir v. Germany* 及 *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia* 等案件，是否訴諸暴力都是歐洲人權法院審查之重點，而且這些案件牽涉不同爭議，歐洲人權法院依然強調相同之重點，可見其執著及持續，值得讚佩。

柒、性別認同

於此討論歐洲人權法院一個有關同性戀之案件。在 *Vejdeland and others v. Sweden*¹³² 一案，當事人等到一所國中發傳單，或是將傳單放在置物櫃中，此傳單內容為反對同性戀，其指稱同性戀對於社會有實質的道德毀壞性，他們導致 HIV 及 AIDS 之傳播，他們因

¹³² European Court of Human Rights, *Vejdeland and others v. Sweden*, judgment of 9 February 2012.

為騷擾群體之罪名而被判處罰金。

歐洲人權法院認為，此傳單稱「同性戀是行為不軌之社會怪癖」、「對於社會有實質的道德毀壞性」、「導致 HIV 及 AIDS 之傳播」，因而即使其沒有直接訴求仇恨行為，至少是嚴重偏差之指控 (serious and prejudicial allegations)。¹³³ 同時歐洲人權法院強調，激發仇視不一定訴求於暴力或是刑事犯罪，而基於性傾向之歧視，即是基於種族、出身、膚色等之嚴重歧視。¹³⁴ 而放在置物櫃之傳單使得學生無法拒絕。因而歐洲人權法院認定瑞典未違反公約第 10 條。

本案的爭議性或可區分表達意見之方式與內容，在方式部分，本文贊同歐洲人權法院之看法，本案中是校外人士以強制方式將傳單放在學生置物櫃內，而非在校門口或沿途傳遞，其方式是強迫式，使得學生無法選擇要或不要接受傳單，進而參考言論內容，等於是強迫接受言論內容，使得學生之消極言論自由無法受到保障。

在內容部分，歐洲人權法院似乎認為，除了仇恨言論之外，也有某些言論是「嚴重偏差之指控」，其似乎認為所稱之「嚴重偏差之指控」或許沒有仇恨言論嚴重，但是亦應該被限制。因而有論者批判，歐洲人權法院一方面認為表意自由亦包括那些冒犯性、衝突性及騷擾性之資訊及意見，不過歐洲人權法院同時認為「嚴重偏差之指控」不受保障。其認為歐洲人權法院的推論方式來自於其不同意當事人傳單之內容 (Kiska, 2012: 130, 150)。禁止仇恨言論的重點應該是其攻擊性及排斥性，但是如果認為言論內容不正確，或是道德價值觀不同，就全部禁止，恐怕反而限制表意自由，本案當事人之言論內容應該偏向道德價值觀的不同理念，或許不值得贊同，

¹³³ *Ibid.*, paragraph 54.

¹³⁴ *Ibid.*, paragraph 55.

但是卻也未必需要禁止，而可以由社會更多元之辯論改變之，同時歐洲人權法院創設「嚴重偏差之指控」類型，也會使歐洲人權法院本身陷入究竟何者正確之前提論述，本質上無助於表意自由之進展。

捌、結語

本文關注歐洲人權法院如何討論何謂仇恨言論及應否與如何限制等議題，同時從政治爭議、宗教衝突、種族爭論、國家認同、性別認同等五個面向論述之。

有關公約與仇恨言論，公約並未明文限制仇恨言論，公約第 10 條及第 11 條保障表意自由及集會與結社自由，同時強調這些自由之保障包括冒犯性、衝突性及騷擾性之資訊及意見，因為如果沒有多元社會、寬容及包容，就沒有民主社會。然而另一方面公約第 17 條又排除權利保障，而公約第 10 條第 2 項及第 11 條第 2 項亦規範限制表意自由及集會與結社自由之可能性。因此歐洲人權法院是在此架構下討論何謂仇恨言論及應否與如何限制。

首先，有關何謂仇恨言論，歐洲人權法院在 1999 年之後才正式使用仇恨言論一詞 (McGonagle, 2012: 463)，其認為某些言論為仇恨言論，但是最終歐洲人權法院依然沒有明確指出仇恨言論之定義 (Bader, 2014: 320, 323; Parmar, 2009: 371)。雖然歐洲人權法院沒有明確指出仇恨言論之定義，不過吾人或可從歐洲人權法院相關判決描述其輪廓。在政治爭議部分，歐洲人權法院認為納粹、法西斯、反猶太人言論為仇恨言論，但是討論其他歷史爭議不是，過去認為共產黨主張是仇恨言論，但是最近判決認為不是。在宗教衝突部分，歐洲人權法院認為提倡極端穆斯林思考及排除穆斯林人士是

仇恨言論，但是單純穆斯林教義不是。類似地在有關種族爭論，歐洲人權法院認為全然排除某一種族之言論，或是對種族之威脅言論，構成仇恨言論，但是間接討論種族議題或是種族主義者不是。同樣地歐洲人權法院也認為，少數民族有關國家認同之相關論述，只要不訴求暴力，都不構成仇恨言論。有關性別議題之討論，歐洲人權法院原則上不會認定是仇恨言論，不過歐洲人權法院認為「嚴重偏差之指控」，雖然不是仇恨言論，亦應該限制。

然而本文認為歐洲人權法院應該區別否認過去歷史事件及直接訴求種族攻擊言論兩者之不同。如果只是否認過去是否有某些行為存在，本質上不是訴諸仇恨之言論，應該不需要禁止之。而歐洲人權法院創設「嚴重偏差之指控」類型，也會使歐洲人權法院本身陷入究竟何者正確之前提論述，本質上無助於表意自由之進展。

其次，有關應否與如何管制仇恨言論及歐洲人權法院的方法論，可由兩個層面討論，一方面有關是否適用公約第 17 條，歐洲人權委員會及歐洲人權法院認為公約第 17 條之內涵包括有效的政治民主、正義、和平（包括社會和平及和平解決國際爭端）、寬容、不歧視、個人生命尊嚴等價值，而依據獨裁信念建立政權與公約不符合。

不過歐洲人權委員會及歐洲人權法院都沒有穩定之論述內容，有的案件進入第 17 條，有的沒有，但是難以釐清理由。不過相對地在政治爭議部分，可以看出歐洲人權法院認為納粹、法西斯、反猶太人言論與公約第 17 條有關。如果當事人直接討論或否認過去納粹、法西斯、攻擊猶太人等相關內容時，歐洲人權法院會採用「明顯確認之歷史事實」之理念，認定其內容違反公約第 17 條，如果言論不是討論或否認過去，而是在現代時空之下攻擊猶太人，歐洲人權法院不會運用「明顯確認之歷史事實」理念，而是直

接訴諸公約第 17 條，進而認為此言論不受保障。而共產黨主張過去被認為是違反公約第 17 條，近來認為不再是。在宗教衝突部分，歐洲人權法院認為，提倡極端穆斯林思考及排除穆斯林人士之言論，違反公約第 17 條。不過在本文所討論的有關種族爭論、國家認同及性別認同的案件中，歐洲人權法院都認為與公約第 17 條無關。因而歐洲人權法院主要在納粹、法西斯、攻擊犹太人、提倡極端宗教思考及排除特定宗教人士之言論等領域適用公約第 17 條。而且如果案件內容有關過去納粹及法西斯，歐洲人權法院建立「明顯確認之歷史事實」之方法排除保障，如果案件內容沒有牽涉過去納粹及法西斯，就直接進入公約第 17 條之討論。

不過本文認為，當歐洲人權法院以違反公約第 17 條直接做成不受理決定時，其未進入實質審查。當歐洲人權法院強調「明顯確認之歷史事實」時，其實是劃定「禁區」，而且只適用在有關納粹或是攻擊猶太人之言論，當歐洲人權法院直接適用公約第 17 條時，也是直接排除權利保障，因而歐洲人權法院必須持續面對是否適用「明顯確認之歷史事實」原則及是否適用公約第 17 條之挑戰。其實歐洲人權法院根本不需要先劃定「禁區」，也不必要強調適用公約第 17 條排除權利保障，而可以透過公約第 10 條第 2 項及第 11 條第 2 項之審查，決定締約國限制表意自由及集會結社自由是否違反比例原則。

另一方面有關公約第 10 條第 2 項及第 11 條第 2 項之論證，在政治爭議部分，歐洲人權法院認為應該容許非「明顯確認之歷史事實」議題之論述。應該允許共產黨成立。在宗教衝突部分，歐洲人權法院也認為，得以限制以伊斯蘭律法為基礎之政黨，不過應該容許伊斯蘭教義之討論。在種族爭論部分，歐洲人權法院認為，如果涉及攻擊性種族主義言論，可以禁止之，同時得基於預防性措施而

限制有真實威脅之團體。但是不應限制論述種族議題之言論。有關國家認同，歐洲人權法院認為，國家中少數民族之相關言論與結社，除了其訴諸暴力，應有寬廣之保障。有關性別議題，歐洲人權法院原則上認為應與保障，但是卻認為得以限制「嚴重偏差之指控」。

本文對於大部分歐洲人權法院在此部分之論證表示贊同，不過也提出幾點不同看法。例如本文認為在宗教爭議部分，歐洲人權法院應該釐清為何其一方面認為嚴格的穆斯林教義可被贊同，卻又另一方面認為伊斯蘭律法與民主基本原則不符合。在種族爭議部分，歐洲人權法院在個案認為得以「預防性措施」限制具有「真實威脅」之團體。不過本文認為，同時強調真實威脅與預防性措施有衝突，歐洲人權法院應該強調其長久堅持之相關且充分的急迫社會需要原則。

參考文獻

- 陳宜中 (2006)。〈當穆罕默德遇上言論自由〉，《思想》，2: 35-51。
(Chen, I. C. [2006]. When Mohammed meets freedom of expression. *Reflexion*, 2: 35-51.)
- 陳宜中 (2007)。〈仇恨言論不該受到管制嗎？反思德沃金的反管制論證〉，《政治與哲學評論》，23: 47-87。(Chen, I. C. [2007]. Must hate speech not be regulated? Reflections on Dworkin's anti-regulation arguments. *A Journal for Philosophical Study of Public Affairs*, 23: 47-87.)
- 廖福特 (2003)。《歐洲人權法》。臺北：學林。(Liao, F. T. [2003]. *European Human Rights Law*. Taipei: Sharing.)
- 謝世民 (2009)。〈歧視仇視的言論也享有自由嗎？〉，《思想》，12: 247-253。(Hsieh, S. M. [2009]. Discriminatory hate speech also enjoy freedom? *Reflexion*, 12: 247-253.)
- Bader, V. (2014). Free speech or non-discrimination as trump? Reflections on contextualised reasonable balancing and its limits. *Journal of Ethic and Migration Studies*, 40, 2: 320-338.
- Belavusau, U. (2010). A *dernier cri* from Strasbourg: An ever formidable challenge of hate speech. *European Public Law*, 16, 3: 373-389.
- Belavusau, U. (2013). *Freedom of speech: Importing European and US constitutional models in transitional democracies*. London: Routledge.
- Bernhardt, R. (1994). Human rights and judicial review: The European Court of Human Rights. In D. M. Beatty (Ed.), *Human rights and judicial review: A comparative perspective* (pp. 297-319). Dordrecht, the Netherlands: Kluwer Academic.
- Bertoni, E., & Rivera, J., Jr. (2012). The American Convention on Human Rights regulation of hate speech and similar expression. In M. Herz & P. Molnar (Eds.), *The content and context of hate speech rethinking regulation and responses* (pp. 499-513). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Bleich, E. (2014). Freedom of expression versus racist hate speech: Explaining differences between high court regulations in the USA

- and Europe. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 40, 2: 283-300.
- Council of Europe. (1978). *Collected editions of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights vol. iv*. London: Martinus Nijhoff.
- Finnie, W. (1995). Jurisprudence of the European Court of Human Rights in 1994. *Judicial Review*, 423: 439-440.
- Garman, J. J. (2008). The European Union combats racism and xenophobia by forbidding expression: An analysis of the framework decision. *University of Toledo Law Review*, 39, 4: 843-860.
- Gearty, C. A. (1997). *European civil liberties and the European Convention on Human Rights: A comparative study*. London: Martinus Nijhoff.
- Goldhaber, M. D. (2007). *A people's history of European Court of Human Rights*. London: Rutgers University Press.
- Haraszi, M. (2012). Foreword: Hate speech and coming death of the international standard before it was born (complaints of a watchdog). In M. Herz & P. Molnar (Eds.), *The content and context of hate speech rethinking regulation and responses* (pp. xiii-xviii). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Hare, I. (2009). Extreme speech under international and regional human rights standards. In I. Hare & J. Weinstein (Eds.), *Extreme speech and democracy* (pp. 62-80). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Harris, D. J., O'Boyle, M., & Warbrick, C. (1995). *Law of the European Convention on Human Rights*. London: Butterworths.
- Helfer, L. R., & Slaughter, A. (1997). Toward a theory of effective supranational adjudication. *Yale Law Journal*, 107, 2: 273-391.
- Holmes, C. B. (2012). Quran burning and religious hatred: A comparison of American, international, and European approaches to freedom of speech. *Washington University Global Studies Law Review*, 11, 2: 459-481.
- Kahn, R. A. (2012). Who's the fascist? Uses of the Nazi past at the Geert Wilders trial. *Oregon Review of International Law*, 14, 2:

279-305.

- Kahn, R. A. (2013). Why do Europeans ban hate speech? A debate between Karl Loewenstein and Robert Post. *Hofstra Law Review*, 41, 3: 545-585.
- Keane, D. (2007). Attacking hate speech under art 17 of the European Convention on Human Rights. *Netherland Quarterly of Human Rights*, 25, 2: 641-663.
- Kiska, R. (2012). Hate speech: A comparison between the European Court of Human Rights and the United States supreme court jurisprudence. *Regent University Law Review*, 25, 1: 107-151.
- Knechtel, J. C. (2006). When to regulate hate speech. *Penn State Law Review*, 110, 3: 539-578.
- Law Commission. (2013). *Hate crime: The case for extending the existing offences. Appendix A: Hate crime and freedom of expression under the European Convention on Human Rights* (Law Commission consultation paper No 213). London: Law Commission.
- McGonagle, T. (2012). A survey and critical analysis of Council of Europe Strategies for countering “hate speech”. In M. Herz & P. Molnar (Eds.), *The content and context of hate speech rethinking regulation and responses* (pp. 446-498). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Mendel, T. (2010). *Hate speech rules under international law*. Retrieved from <http://www.law-democracy.org/wp-content/uploads/2010/07/10.02.hate-speech.Macedonia-book.pdf>
- Merrills, J. G. (1995). *The development of international law by the European Court of Human Rights*. Manchester, UK: Manchester University Press.
- Parmar, S. (2009). The challenge of “Defamation of Religions” to freedom of expression and the international human rights system. *European Human Rights Law Review*, 3: 353-375.
- Pech, L. (2009). *The law of holocaust denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide criminal prohibition* (Jean Monnet working paper 10/09). New York: The Jean Monnet Center.
- Roberston, A. H., & Merrills, J. G. (1993). *Human rights in Europe: A*

- study of the European Convention on Human Rights*. Manchester, UK: Manchester University Press.
- Roca, J. G. (2012). Abuse of fundamental rights and defence of democracy. In J. G. Roca & P. Santolaya (Eds.), *Europe of Rights: A compendium on the European Convention on Human Rights* (pp. 503-526). London: Martinus Nijhoff.
- Shin, H. B. (2013). Racial discrimination, hate speech and hate crimes in Japan: Some outstanding issues in light of international human rights law. In M. Komori & M. Heto (Eds.), *Contemporary forms of racial discrimination reflections of our times* (pp. 53-68). Tokyo: The International Movement against All Forms of Discrimination and Racism.
- Sottiaux, S. (2011). “Bad tendencies” in the ECtHR’s “hate speech” jurisprudence. *European Constitutional Law Review*, 7, 1: 40-63.
- Strasser, M. (2011). Advocacy, true threats, and the First Amendment. *Hasting Constitutional Law Quarterly*, 38: 339-386.
- Thomas, J. D. (1998). *Human rights: Group defamation, freedom of expression and the law of nations*. London: Martinus Nijhoff.
- Thorgeirsdóttir, H. (2004). Self-censorship among journalists: A (moral) wrong or a violation of ECHR law? *European Human Rights Law Review*, 4: 383-399.
- Ubillos, J. M. B. (2012). Freedom of assembly and association (Art. 11 ECHR): Some hesitation on a path of firm protection. In J. G. Roca & P. Santolaya (Eds.), *Europe of rights: A compendium on the European Convention on Human Rights* (pp. 403-437). London: Martinus Nijhoff.
- Van Noorloos, M. (2011). Foretelling the future, facing the past: Hate speech and conflicting situations under the ECHR. In A. Buyse (Ed.), *Margins of conflict the ECHR and transition to and from armed conflict* (pp. 131-151). Antwerp, Belgium: Intersentia.
- Vance, S. C. (2004). The permissibility of incitement of religious hatred offenses under European Convention Principles. *Transnational Law and Contemporary Problems*, 14, 1: 201-251.
- Weber, A. (2009). *Manual on hate speech*. Strasbourg, France: Council

of Europe.

Weinstein, J. (2009). Extreme speech, public order, and democracy: Lessons from *the masses*. In I. Hare & J. Weinstein (Eds.), *Extreme speech and democracy* (pp. 23-61). Oxford, UK: Oxford University Press.

What is Hate Speech? Shall and How to Regulate? —Analysis of Jurisprudence of the European Court of Human Rights

Fort Fu-Te Liao

Institute of Law, Academia Sinica
No. 128, Sec. 2, Academia Rd., Taipei 11529, Taiwan
E-mail: ftliao@sinica.edu.tw

Abstract

This article reviews issues including what constitutes hate speech and whether and how to regulate it through an analysis of the judgments of the European Court of Human Rights. The relevant cases are divided into five fields: political controversy, religious conflict, racial dispute, national identity and gender character.

The Court does not explicitly define hate speech, but regards Nazi, Fascist, anti-Jewish, extreme expression, exclusion of Muslims or members of a specific race, race-based threats, and appeals to violence as forms of hate speech. Some of these expressions are excluded from protection because of Article 17 of the Convention. The Court also rules that a political party based on Sharia law can be dissolved; preventive measure can be imposed due to an association with true threats; speech appealing to violence can be prohibited.

This essay argues that the Court need not draw a “restricted zone,” nor emphasize the application of Article 17 of the Convention. It may, instead, focus on second paragraphs of Articles 10 and 11 to review whether the restrictions comply with the principle of proportionality. The essay also argues that the Court has to clarify why Sharia law does not stand with democratic principles. The Court should insist on its own relevant and sufficient pressing social need principle.

Key Words: hate speech, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, freedom of expression, freedom of association