

# 關於「謀殺罪無期徒刑之合憲性」之判決

——聯邦憲法法院判決集第四五卷第一八七頁以下

譯者：吳從周

目次（譯按：因本判決內容過於豐富，為便於閱讀，特自加此目次）

判決要旨

判決正文

判決理由

A、本件爭點之所在與正反意見

I、刑法二一一條之立法演進史

II、邦法院主張刑法二一一條規定違憲之理由

III、聯邦政府及各邦政府表示之意見（依BVerfGG77條）

IV、聯邦最高法院各刑事庭表示之意見（依BVerfGG82條IV項）

V、被告之指謫與否認

- VI、各邦政府曾作之調查統計資料
- VII、言詞審理中各鑑定人之鑑定意見
- VIII、憲法法院第一庭管轄本案之依據
- B、憲法法院受理（Verden 邦法院之）陪審法院提案之理由
- C、本判決主張不違憲之理由
  - I、聯邦最高法院向來主張不違憲之見解與制憲者之態度
  - II、聯邦憲法法院不採邦法院違憲主張之理由
  - III、無期徒刑之附條件釋放應有其成文法依據
  - IV、析論國家刑罰之意義與目的
  - V、對刑法二二一條、以殘暴手段及為掩飾另一犯罪行為（而殺人）兩構成要件要素，依比例原則作限制解釋。
- VI、刑法二二一條未抵觸 QQ 第三條第一項
- VII、刑法二二一條未抵觸 QQ 第一九條第二項

判決要旨：

1. 對謀殺罪處以無期徒刑（刑法第二二一條第一項），根據下述原則之標準，係與基本法相一致的。

2. 依照當今（研究成果）的認識情況來看，並無法確定：依行刑法規定以及考量今日赦免之實際情況（*Gnadenspraxis*）而執行無期徒刑，將必然造成身心方面無法回復的損害，因而違反人性尊嚴（基本法第一條第一項）。

3. 被判處無期徒刑之受刑人，原則上仍應保有重新享有自由的機會，此乃合乎人性尊嚴的刑罰執行之前提要件。受刑人僅僅有被赦免的可能性還不夠；相對地，尚須依法治國原則（譯按：即判決理由（III 4 a）中申論的：法定安定性原則與實質正義原則）之要求，以法律明定無期徒刑延緩執行（緩刑）之要件與適用之程序。

4. 依照刑法第二二一條第二項規定，作為謀殺罪構成要件的「以殘暴手段」及「為掩飾另一犯罪行為」而殺人，在根據憲法上比例原則作成限制解釋的情形下，並未牴觸基本法。

根據1977.3.22/234言詞審理，於1977.6.21作成之第一庭判決

—IBVL 14/76—

在該程序中，因Verden邦法院第九大刑事庭（陪審法院），在1976.3.5（3Ks 3/75）作成的緩刑與提案決議，而對1969.6.25的刑法第一次改革法（1975.1.2公布）中刑法典第二二一條的規定提案請求違憲審查。

判決主文：

倘若謀殺者係以殘暴手段或為掩飾另一犯罪行為而殺害他人，因而被判處無期徒刑，則1969.6.25刑法第一修正案（1975.7.2新公佈）中之第二一一條規定，依照（下述之）判決理由，係與基本法相一致的。

理由：

A、

本件程序審查之對象乃如下問題：對於一個以殘暴手段或為掩飾另一犯罪行為而實施殺人行為之謀殺者科以無期徒刑，是否與基本法相一致？

I、

1. 1969.6.25刑法第一次改革案（1975.7.2新公佈）中之刑法第二一一條規定：

§ 211 條 謀殺（Mord）

(1) 謀殺者，處無期徒刑。

(2) 所謂謀殺者，係指

出於殺人狂，為滿足性慾、貪慾或其他卑鄙醜惡之動機，以殘暴或滅絕人性（*heimtückisch oder grausam*）或以致生公共危險之手段，為實行另一犯罪行為或為掩飾另一犯罪行為，而殺人者。

對該系爭（被指謫的）規定在憲法上之評斷有重要性者，係刑法第二一二條及二一三條之規定。在1975.7.2公佈之條文中，該二條之規定如下：

§111 二條 故殺（*Totschlag*）

(1) 非謀殺而故意殺人者，按故殺，處五年以上之有期徒刑。

(2) 有特別重大情事存在者，得處無期徒刑。

§112 三條 應予酌量減輕之情事（*Minder-Schwere Fall des Totschlages*）

故殺，如係因受被害人自己或親屬之虐待或受重大侮辱而激怒，致當場惹起行為或有其他應予酌減之情事存在者，處六月以上五年以下有期徒刑。

2. 刑法二一一條在1871.5.15之帝國刑法典時代原本係作如下規定：

故意殺人者，若以謀慮之方式（*mit Überlegung*）實施其殺害行為時，構成謀殺而處死刑。

爾後，謀殺便指故意殺害及謀慮實施之殺害行為。法院判決認為謀慮（*Überlegungs*）係指，行為人「足夠清晰地考量到為達成其目的所希望的殺害結果，（考量到）迫使其行為及阻止其行為之動機，以及（考量到）導致所希望的结果之必要行為」

是否作為區別謀殺與故殺之唯一判斷要素的謀慮，足以描繪出作為故殺最嚴重案型的謀殺之特徵，

這點從一開始就被認為尚有疑問的。儘管如此，一九〇九年（第二二二條）、一九一三年（第二八〇條）、一九一九年（第二八三條）、一九二七年（第二〇五條）以及一九三〇年（第二四五條）之刑法草案仍然堅持這項要素。一九一一年（第二五三條）草案僅以「慎重考慮」（Vorbacht）這個概念來代替「謀慮」（Überlegung）。相反地一九二二年（第二一八條）及一九二五年（第二二二條）草案則放棄了謀慮這個標準，而且把每種非狹義的故殺、受囑託殺人（Tötung auf Verlangen）或殺嬰等故意殺害行為皆視為謀殺。

後來透過1941.9.4之帝國刑法典修正案第二條，謀殺的構成要件被重新規定。這項刑法第二一一條的新條文係根據一九三六年（第四〇五條）及一九三九年（第四一一條）之草案而來，而該二草案他方面則又根據以前瑞士刑法典而來。其規定如下：

## § 二一一條

(1) 謀殺者，處死刑。

(2) 所謂謀殺者，係指

出於殺人狂，為滿足性慾、貪慾或其他卑鄙醜惡之動機，

以殘暴或滅絕人性或以致生公共危險之手段，

為實行另一犯罪行為或為掩飾另一犯罪行為，

而殺人者。

(3) 例外情形下，科處死刑並不適當時 ( nicht angemessen )，得處無期徒刑。

嗣後，基本法第一〇二條廢除死刑，1953.8.4第三次刑法修正案第10款 ( Nr.10 ) 為使用法第一二二條第一項之刑度 ( Strafdrohung ) 與基本法相符，故修正該項，並刪除第三項。同時，重新規定刑法第一二二條故殺罪之處罰 ( 此點，參閱1952.9.29刑法第三次修正草案—刑法校正法 [ Strafrechtsber-einigungsgesetz ] 中，聯邦政府之理由 )。1969.6.25刑法第一次改革法第四條及第五條則以「自由刑」 ( Freiheitsstrafe ) 代替「徒刑」 ( Zuchthaus )。刑法第一二二條一項及一二二條因而維持其現行條文 ( derzeit gültige Fassung )。

## II、

Verden邦法院—陪審法院—已延緩刑事訴訟程序，並依照基本法第一〇〇條第一項之規定向聯邦憲法法院請求判決如下問題：是否刑法第一二二條第一項規定謀殺者處無期徒刑是違憲的。

1. 公訴之提起及開始訴訟程序之裁定皆針對三二歲擔任柏林市警長 ( Polizeimeister ) 的被告Detlev R.而進行，他於1973.5.13夜晚在Nienburg/Weser謀殺了二二歲的吸毒者Günter L.。到目前為止，陪審法院照主審程序的結果認定謀殺之被告有罪。陪審法院基本上認定事實如下：

被告長期以來一直販賣毒品。他曾在1976.3.3被Verden邦法院依販毒及逃稅 ( Steuerhinterziehung ) 二者具行為單一性 ( in Tateinheit )，判處有期徒刑五年六個月。

一九七二年四月底，被告透過一位土耳其人的介紹，在 Nieburg 認識了吸毒者 Gantler J.，同時以現金交易之方式賣給 Gantler J. 嗎啡。因為被告想將毒品交易移往西德，所以便於幾天後，再度前往 Nieburg 並委託 J. 代銷嗎啡。對此，J. 應繳付一〇〇〇馬克給被告。然而在一次警方對 J. 住所的搜索中，大部分毒品皆被警方搜獲而收去保管 (sichergestellt)，因而 J. 不再有毒品。為了迫使被告能不管那些尚未繳款的嗎啡而繼續供應他毒品，J. 乃在柏林打電話給被告，並恐嚇他若不繼續供應毒品將向警方檢舉他。於是被告決定前往 Nieburg 向 J. 說情；希望以這種方式能阻止 J. 以檢舉恐嚇他，同時不再被 J. 繼續敲詐。對此，他為使 J. 誤認為沒有危險，因而打電話給 J.，答應供應嗎啡。1973.5.13 夜晚被告與該土耳其人共同前往 Nieburg，並且在 J. 之住所交給他被告原先所答應之嗎啡。J. 立刻準備要注射這位「柏林人的藥劑」(Berliner Tink)。當該土耳其人與 J. 一起走進廚房時，被告在客廳等著。而就在 J. 背對著門坐在廚房要開始注射時，被告從背後走近因在注射而分心的 J.，在半公尺的距離外朝其頭部連開三槍，槍槍命中要害。Gantler J. 當場死亡。

陪審法院將此等過程評價為係，為掩飾另一犯罪行為而以殘暴手段殺害。因而構成刑法第二二一條之謀殺。

2. 依陪審法院之觀點，在刑法第二二一條第一項有效之情況下，被告應判處無期徒刑；而在該規定無效之情況下，依尚須進行的科刑，則應考慮到最高一五年的有期徒刑(刑法第二八條第二項)。

3. 陪審法院認為此項應作(違憲)審查的規定與基本法第一條、有關聯的第二條第二條第二項第一

句與第十九條第二句、進而與第三條第一項之規定抵觸。其陳述之理由基本上如下：

a) 對行刑中（犯人）人格變化（*Persönlichkeitswandlungen*）的科學實証研究已証實如下的行刑經驗：長期剝奪自由將出現損害（犯人）人格的結果。

在一段十年、十五年、二〇年或甚至二五年的監禁期間之後，在每位受刑人身上實際上將到達一種狀況：隨著良善情緒逐漸減少、絕望（*Resignation*）、遲鈍以及冷漠（*Gleichgültigkeit*），造成一種人格變化，這種人格變化最後會以生活無能（*Lebensuntauglichkeit*）、辯稱無罪（*Unschuldssophisterei*）、不斷的幻想赦免以及經常性痴呆而告終。在大約二〇年左右的監獄居留後，受刑人除了身體與心靈的完全崩潰（*Wreck*）之外，一無所獲。因此，立法者已與行刑委員會一致地禁絕有期徒刑超過十五年的最高限度，因為較長的行刑期間既不能用以保護法益。亦不能在再社會的觀點下獲得支持。此種經由無期徒刑所導致的徹底將犯罪行為人排除於社會之外，以及因而毀滅其已受束縛的心理（的情形），違反了在本法第一條中所課予立法者應尊重人性尊嚴的義務，此種人性尊嚴是基於人的本質所應當享有的，即使是一般的犯人（也不例外）。

b) 無期徒刑造成了，完全排除行動自由（*Bewegungsfreiheit*），因而在禁止逾越基本法第十九條第二項之基本內容的要求下（*unter Überschreitung der Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG*）抵觸了基本法第二條第二項第二句所意涵的保障人身自由的後果。

c) 針對故意殺人的構成要件事實，立法者已規定了不同的法律效果。謀殺（刑法第二一一條）的

構成要件強制應判處無期徒刑，相對地，故殺（刑法第二一二條）的構成要件則開放給法官，得在量刑範圍內依據行為人的罪責及危險性裁量刑罰。對於相同受保護的法益，這樣不同的法律效果只有在如下情形，才可能在憲法上加以正當化：刑法第二一一條中規定的加重條件（Qualifizierung）不容反駁地會產生行為人較高的罪責與危險性。因為從法治國原則可以得出：被用以威嚇的刑罰應與行為的嚴重性及行為人的罪責處於適當的關係，這樣的結論。而在符合刑法第二一一條之構成要件的行為態樣與（相較於）刑法第二一二條之範圍內，此種罪責內涵的重大不同已導致法院判決在解釋上（dogmatisch）令人質疑的規避性嘗試（Umgehungsversuchen）。此外，這點與正義思想也不一致，不只是所謂的卑鄙齷齪的動機，就連刑法第二一一條其他的行為態樣也被法律強加（beizumessen）了一種擬制的罪責內涵，此種罪責內涵與行為人的人格上的罪責並不必然地一致。舉個醫生的例子來看，若醫生為其照顧之下病危的病人實施加工自殺，亦將因此同時充足「以殘暴手段殺害」這種型態的謀殺罪構成要件。因此，謀殺罪的客觀不法內涵並不必然大於故殺罪的客觀不法內涵。透過在個別構成要件中所內涵的裁量範圍，此多餘的（Übrige）刑法應考慮到刑罰與罪責應適當（Die Strafe schuldangemessen sein müsste），這個法治國原理。絕對的無期徒刑的威嚇雖然只規定在謀殺罪（刑法第二一一條一項）及殘害人群罪（刑法第二二〇條第一項第一款），但至少刑法第二一一條並無顯著的足以與刑法第二一二條區別的適當理由。由於欠缺裁量範圍，法官必須在某些情況下判處超過其自己感覺適當的刑罰，因此，此項刑罰規定抵觸了基本法第三條。

d) 較大部份的人及迄今為止的法院判決認為無期徒刑乃理所當然。儘管在大刑法委員會 (Großen Strafrechtskommission) 及學理上此種刑罰已被提出質疑，但立法者至今仍堅持之。然而既非人民意見亦非一般政策上的考量足以成爲在憲法上維持此種違憲規定之重要理由：此種違憲規定將在長期尊嚴受忽視之情形下人格毀滅的犯人排除在社會共同體之外。

e) 無期徒刑的正當化理由亦無法從國家刑罰的目的得出。

聯邦憲法法院已將保護社會生活的基本價值視爲刑法的任務。依照聯邦憲法法院的看法，除了威嚇與矯正之外，刑罰亦用以贖罪 (Sühne) 及應報 (Vergeltung) 不法犯行。

然而，從國家的刑罰體系可以清楚地得知：絕非爲正義之緣故而施以刑罰 (例如，在某些構成要件，未遂並無可罰性 (Straflosigkeit)；只在某些構成要件，過失才有可罰性 (Strafbarkeit) 等等)。黑格爾法哲學思想：「經由刑罰，犯人得以被尊爲理性者 (den Verbrecher durch die Strafe als ein Vernünftiges (Zu)ehren)」，雖然是刑罰一個有意義的觀點 (Sinnaspekt)，但絕非是剝奪人的尊嚴以及終身將其排除於社會之外，這樣一種刑罰的基礎與憲法上正當化的理由。在一個被世俗化的 (sektularisierten) 及自由的社會中，爲了贖罪及正義二者自身的緣故而加以運作，絕非刑法的任務。其既不符合今日對刑法的理解，也不符合道德上所承認的正義要求。因此，應報與贖罪二者實不足以成爲無期徒刑的正當化理由。

刑法第二一一條第一項亦無法成爲無期徒刑具威嚇作用的理由；蓋此種作用在經驗上是無法獲得証

明 (beweisbar) 。

依照刑法 (Strafvollzugsgesetz) 第二條規定，行刑的主要目的是再社會化。聯邦憲法法院在多數判決中亦強調，源自憲法基礎的再社會化應是執行自由刑的主要目的 (das herausragende Ziel) 因此，依刑法第二一一條之刑罰裁判 (Strafaustruch) 與以憲法為基礎的行刑目標是彼此矛盾的。赦免的實際情形 (Gradenpraxis) 亦並不足以調和 (此種矛盾) 。即使無期徒刑通常都並未服滿刑期，蓋大部的受刑人都因為一的確相當不同地運作著的——赦免的實際情形而提前釋放，但這仍不足以為此項依其內容與目的設定 (Zielsetzung) 乃係違憲的規定辯護。(合乎) 赦免的證據與否定赦免的證據並不受法官的審查。擁有赦免權者係依其自由裁量而作成判斷。這樣的赦免規定，缺乏足夠的可預測性 (Berechenbarkeit) 及可確定性，也缺乏在一個將保護自由與人性尊嚴視為最高目的的法治國秩序之下，足夠的法律保護，故不能為此種普遍地排除上述基本價值的刑罰規定辯護。

無期徒刑的說理通常係奠基在行為人的危險性上。保安處分的目的是對無期徒刑的執行而言，唯一合理且在憲法上重要的理由。但這種理由亦只有在如下情形才能必然地被正當化：當行為人在為保護社會不可或缺或缺的標準下侵犯到受害人人性尊嚴時，因此，無期徒刑須以確定行為人已無可矯正性 (Unverbesserlichkeit) 為前提。而是否在一個具體案件中，(犯人) 至生命結束為止，累犯之危險已可完全被確定，尚在未定之數。無論如何，大部分謀殺犯的累犯可能性是微乎其微的。因此，在個別案中須承認的保安處分的必要並不能成爲，對所有謀殺者均適用的無期徒刑的理由。對被告而言，法院認爲

無法確定：被告在長期行刑之後仍具危險性，以致大眾須長期被保障。因此，即使刑法第二一一條第一項含有裁量範圍——最高得處無期徒刑，陪審法院亦無法科處被告無期徒刑。

### III、

因為根據聯邦憲法法院法第八二條第一項，第七七條之規定，聯邦憲法法院應給予聯邦以及邦的憲法機關表示意見的機會，所以聯邦政府透過聯邦司法部長，巴伐利亞邦政府（die Bayerische Staatsregierung）透過巴伐利亞邦總理，以及自由的與（加入）漢薩聯盟的漢堡市政府透過司法委員，表示了如下意見。

1. 聯邦政府認為（上述）提出於法院之見解並不可採。

無論如何，刑法第二一一條規定，在其以無期徒刑威嚇殘暴殺人的範圍內，係與基本法相一致的。在嚴格解釋的情形下，這點也適用於「掩飾另一犯罪行爲」這個構成要件要素。刑法第二一一條第二項的其他行爲態樣，則可以不予考慮，因為它們對於（訴訟之）開頭程序而言，並不重要。

當立法者認為，基於特殊值得非難的動機而殺害他人的行爲係如此嚴重，以致於科處唯一且無減輕可能性的無期徒刑仍被視為適當制裁時，他係遵守憲法上有意義且適當刑罰的要求的。在此種情形下，無期徒刑無論如何不是一種國家對於事實上明顯的罪責所作的（*unverhältnismäßige*）反應。當立法者在這種關聯上，對再社會化觀念的重視程度不及對有期徒刑的科處時，便無須再對其作憲法

上之指責。

「以殘暴手段殺害」這個概念已由法院判決所限制。此項構成要件要素只包含了：依外在行為情狀及行為人罪責，已顯示出一項可責的思想與行為，足以正當化對此犯罪行為，科以最高可能的刑罰，的這種行為態樣。就此而論，雖涉及者為一絕對的刑罰，但立法者並未逾越所賦予給他的立法空間（*Gestaltungsraum*），從而並未牴觸基本法第三條第一項。

在為掩飾另一犯罪行為而殺人的情形雖然可以考慮，該犯罪行為係在袒護自己與袒護他人的衝突狀態下所實施，因此，應有利於對其作成減刑的判決；儘管如此，但仍然可以透過限制解釋，根據有意義適當的刑罰這個標準，將該構成要件要素限制在：依照行為情狀、行為人的罪責與危險性，可以正當化對其科處最高刑罰的情形。這正是在（訴訟）開頭程序的被告的情形。

因為刑法第二二一條的刑度與有意義且適當的刑罰這個憲法要求相一致，所以在牽涉到維護比例原則，這個作為基本法第十九條第二項保障基本權利的內容之要素的範圍內，人身自由的基本權在其本質內涵上並未被侵犯。此外，在制憲會議上（*Parlamentarischen Rat*）對基本法第一〇二條的討論上，亦從未（*Zu keiner Zeit*）考慮對無期徒刑加以廢除。

新的刑法法係依據人格權的核心意義而制定，並將犯罪行為為人的重新適應社會視為執行自由刑的主要任務。並防制（*entgegenzuwirken*）剝奪自由所可能造成的損害性後果。因此，這部法律（按：即新刑法法）係將無期徒刑之執行包括在內的。準此以言，這種以達成再社會化思想為目標的刑罰執行，應

適當地創設赦免的要件，同時減輕被赦免人在重新適應社會上的困難。不過，至少在此種依據人性尊嚴執行刑罰的範圍內，受刑人並未被降格而成單純行刑的客體（Zum Objekt degradiert）。

在無期徒刑之執行可能導致不合理的嚴酷與不公平（Unbilligkeiten）的範圍內，赦免提供了矯正的可能性。近年來，幾乎所有各邦都自動地轉向，在某一段時間的監禁之後，以官方立場來審查赦免的問題。這種現象造成的實際結果係，除了少數對犯人作社會預測結果顯示為不良，而無法對這種安全上的風險負責的例外情形，幾乎每位無期徒刑的受刑人皆獲得提早釋放。

聯邦司法部已經對在何種要件下得延緩繼續執行無期徒刑這個問題，研擬了一段時間。因此，預計在第八次立法會議期間內可以通過一項合適的立法計劃。

2. 巴伐利亞邦總理亦認刑法第二一一條第一項之規定合憲。

a) 抵觸人性尊嚴的情形並不存在。

在Straubing及Aichach這兩個司法執行機關（監獄）中並未能較新地確定：無期徒刑必然會產生受刑人心靈毀滅的結果。

Straubing執行機關（監獄）已經告訴我們，無法特別地根據刑事執行的較新發展得知：無期徒刑可能導致人格崩潰或「心靈毀滅」。現代刑事執行提供了許多補償的可能性，這種可能性雖然不能排除損害的事實，然而在許多的情形下，卻可以開始提供受刑人熟練社會行爲的機會。因此，特別是長期受刑人（Inhaftierte），經由與執行人員良好的接觸，可在執行機關中獲得信任之地位，此種信任地位將帶

給他肯定與自尊。這種發展已經使得在約二十年監禁後被釋放的絕大多數無期徒刑受刑人，因而得以在一些調適的困難（Umstellungsschwierigkeit）之後，勝任在自由中的生活。只有在非常少數的案例中，有過負面的經歷。

而Aichach這個在巴伐利亞邦主管對女性執行無期徒刑的執行機關（監獄），它的女性心理學家們根據其二十年來對處於該監獄中十二、三十年的三三位婦女刑事執行的經驗，提出報告。心理學家們強調，這些婦女在判決之後，亦尋求其自我實現的可能性。當然，在執行中的行為可能不是一成不變的，然而不和諧及沮喪的狀態卻通常可以經由預定的措施加以防制。儘管有著許多的困難，但長期監禁並不是在對現行制度作麻木的戰鬥，而且也使得在往後的監禁期間中，能夠成爲消化其罪責（Schuldverarbeitung）的新階段。

在被赦免之後，受刑人根據（上述）細心和廣泛的準備，毫無例外地証實其有適應社會之能力（einglebungsfähig），甚至格外地表現其專業及通達人情的（menschlich）的工作能力。當然，受刑人也須與重大的困難博鬥，然而卻都能將其克服。另一方面而言，也就在這個時候，他們贏得了受人尊重的地位。

當然，被判處無期徒刑者的重大遭遇，是不應被輕視的。然而，概括化的及絕望式的觀察卻既不符合刑事執行的實際情形，亦不符合面臨此等遭遇者的成就。在Aichach執行機關（監獄）中的經驗已經顯示，在熬過無期徒刑時，問題不僅是由監禁所引起的（haftbedingt），而且通常是由先前已經存在的

受刑人生活管理上的困難性 (Lebensführungsschwierigkeiten) 所引起的。由此亦可得出對長期受刑人應採取特別措施的必要性。

b) 謀殺罪處無期徒刑，既未抵觸與基本法第二條第二項第二句相關聯的第十九條第二項，亦未抵觸平等原則。

因為故意殺人在非價內涵上 (Unwertgehalt) 與謀殺罪顯示出重大的區別，所以，不禁止立法者在刑法第二一一條中另設構成要件，以掌握此類特殊重大案件，並提高刑度以威嚇之。

法官在唯一絕對的刑度內，對謀殺罪科處較高於合乎其罪責之刑罰，這點或有不當。然在個案中不可避免的嚴苛，得經由具彈性的赦免實際情形 (Gnadenpraxis) 加以調和。

3. 自由的與 (加入) 漢薩聯盟的漢堡市政府司法委員，基本上以書狀說明 (Schriftsatz) 的方式，答覆判處無期徒刑的聯邦憲法法院第二庭所臚列的問題 (Fragenkatalog)。在該說明書狀上對無期徒刑提出了憲法上的質疑；不過卻強調，由於缺少足夠的認識內容，欲形成一項有保證的意見，並不可能，此外，他贊成當時將無期徒刑列入附條件釋放之規定中的那份專題研究草案 (Referententwurf)，不過卻應注意，我們必須再問：是否在目前刑法第二一一條的規定下 (Formulierung)，無期徒刑的唯一刑度得以被堅持。(詳細可參閱後述 A VI.3 的部分)

#### IV、

聯邦最高法院院長根據聯邦憲法法院法第八二條四項之規定，傳達了五個刑事庭對這個問題的意見。所有的刑庭在結論上皆一致認為，無期徒刑並不生任何憲法上之疑義。

1. 刑庭第一庭指出，制憲者在基本法第一〇二條廢除死刑時已明確地表示，他同意現行刑法第二二一條中無期徒刑這項剩餘的絕對必要的（*zwingende*）威嚇。除此之外，在所有歐洲國家（除了葡萄牙以外），無期徒刑皆被用以特別地威嚇加重條件的故意殺人行爲而作爲唯一之法律效果，一如在德意志聯邦共和國。聯合國一般人權宣言及歐洲人權公約甚至連死刑都不反對。

謀殺（*Mord*）與故殺（*Totschlag*）間界定之困難性並不會導致刑法第二二一條之違憲性。而正好這個在開頭程序中擬加以判決之案件也未顯出此種困難性。

2. 刑庭第二庭則指出，邦法院之觀點將可能造成法定量刑範圍之移動（*Verschiebung*），以致刑度（*Strafmiveau*）會被普遍地減低。

無期徒刑並未抵觸人性尊嚴。因爲，謀殺者以具有最嚴重罪責內涵的方式毀滅一個人的生命。如果在（邦法院的）提案決議中（*Vorlagebeschluss*）所描述的性格崩潰的結果事實上可能發生，則係可以透過一項尊重人性尊嚴的刑事執行加以防止的。

無期徒刑亦未破壞基本法第十九條第二項禁止影響基本權利之基本內容的規定。

同樣地，平等原則之違反亦無法看出。在必要且容許的對不法加以類型化（*Unrechtstypisierung*）的情形下，立法者已適當地評價過在刑法第二二一條第二項所描述的殺害行爲。至於在（邦法院的）提

案決議中所提及的醫生實施工自殺的例子則根本不符合謀殺罪構成要件。

4. 刑庭第三、第四及第五庭之見解則是，基本法第一〇二條在意義上很明確地就是：制憲者認為對謀殺罪處以無期徒刑是容許的。因此，留給單純立法者的便是，他要繼續科處或廢除無期徒刑？

依照構成要件地來界定謀殺或故殺，雖然有時會造成令人不滿意的結果；但並沒有憲法上的問題，反而只是一般立法上的問題而已。在刑法第二一一條第二項中所提出的，用以描述特殊可責的殺害行為方式的標準，並不是恣意的；特別是該條所無法掌握的刑法第二一二條第二項中所謂特別重大的殺人行爲，同樣地係以無期徒刑來加以科處。

#### V、

開頭程序的被告指謫提案決議中所作的事實認定，同時否認曾殺害 Gardner。此外，他還指出，不僅是刑法第二一一條第一項，而是根本整個無期徒刑就是違憲的，因為它完全剝奪了人身自由。這點依照基本法第十九條第二項規定，是不允許的。

#### IV、

聯邦憲法法院曾在兩次已終結的憲法訴願程序中向邦政府發出一份詳盡的調查表，這份調查表回收了許多有關無期徒刑的科處、執行和影響以及各邦赦免的實際情形等內容豐富的資料。此等資料在本案之程序中亦可加以援用。據此可得如下結論：

1. 從一九四五年五月八日至一九七五年十二月三十一日間，德意志聯邦共和國共計有一九一五人被判處無期徒刑。其中約88%為男性。一九七二年至一九七五年的判決總數在四六個（一九七二年）到七六個（一九七三年）間。

以一九一五個受判決人的年齡來看，二一歲以下占46%，二一到二九歲占66%，三〇到三九歲占28.5%，四〇到四九歲占11.5%，五〇到五九歲占4.5%，六〇歲以上占1%。

犯罪行為人58%沒有前科，15%曾有一次前科，27%曾有兩次或兩次以上前科。

截至一九七五年十二月三十一日為止，聯邦共和國的監獄中尚有九七五位無期徒刑之受刑人，其中只有一位是監禁三〇年的。在一九四五年五月八日以前則無人受此種判決。

一九一五個受判決人中有一四〇人（占33%）死於獄中，其中有三八人（占27%）是自殺。

截至一九七五年十二月三十一日為止的七〇二個受赦免人中，再犯者約占5%，其中一人是謀殺罪，三人是其他殺人罪，其餘則皆因其他的犯罪行為。

按赦免的實際情形來看，從監禁到赦免釋放的期間，只有少數受刑人（即四八人）服刑少於其刑罰的十年；也只有少數受刑人（即二七人）服刑超過其刑罰的三〇年。大部分受赦免者皆在十五到二十五年的服刑期間。平均服刑期間約在二〇年。

2. 只有自由的與（加入）漢薩聯盟的漢堡市司法當局對無期徒刑提出憲法上之質疑。柏林市政府的司法委員至多只認為對所有的謀殺者一律適用唯一的無期徒刑，似容有疑義。其餘各邦則均不認為現有

之規定 (Rechtstage) 係違憲。黑森邦政府 (Die hessische Landesregierung) 則未對此問題表示意見。

3. 邦政府——除了漢堡及不萊梅市政府之外——根據其監獄行刑的經驗，對於無期徒刑執行的影響這個問題上，結論一致地認為，無法確定此種刑罰之執行通常會產生對受刑人人格上重大且永久的損害，此種監禁狀態可由受刑人個別不同地加以克服。關鍵全視受刑人之個性而定。此外，犯罪事實，監禁時之年齡，行為與罪責的消化 (Verarbeitung)，執行機關的結構以及刑罰執行的形態等亦皆具有重要性。藉由較新的刑罰執行形態，以各種方式及可能性鼓勵受刑人對外接觸 (Augenkontakten)，已使得受刑人足以保持其精神上的活動以及維護自身的個性 (Individualität)。相應於此地，從赦免的實情來看，此種（赦免的）經驗亦使得受刑人得以盼望將來提前被釋放，進而減輕其心理上之負擔。因此，少有例外地，即使在二〇年或更長的監禁期間之後被赦免的受刑人，也絕對有面對實際生活的能力，而且在克服了監禁的種種困難之後，更使其生活變得積極而且目標明確。雖然也有受刑人因為此種消極的監禁狀態而降低了其精神的活動性，以致於發生人格崩潰 (Personlichkeitsabbau) 的情形。（還有）很多人因此提早衰老。但此種障礙有時在短期監禁也會發生。因此，正足以證明：此種人格變化非由於監禁，而是由於人格構造以及（受刑的）關係人 (Betroffenen) 先前之損害 (Vorsachen)。只有在先前已受有損害之受刑人以及在因年齡或疾病引起的崩潰的情形下，才可認為是一種真正的人格崩潰。而這情形即使在赦免後也無法有令人滿意的適應社會的能力。

自由的與（加入）漢薩聯盟的漢堡市司法當局（該當局也對來自 Schleswig-Holstein 和不萊梅市的男

性受刑人執行無期徒刑)，在此問題的意見表示上，較強調執行無期徒刑的負面效果。針對十年以上到無期徒刑的受刑人之調查可得知，一般對長期自由刑的影響，都作謹慎的表達，蓋因監禁所造成人格變化結果，實依執行階段與人格構造而有不同。一般人都把受刑人當作是生來怪癖的人（*gezeichnete Außenseiter*），因此，他們會有構築一個夢幻世界以及因此變成脫離現實世界（*Wirklichkeitsfremd*）的傾向。和已經嚴重到有障礙的其他共同受刑人相比，會使得他們經常擔心，自己也會遭到類似的損害。此外，長期地在行刑中習慣於一種被動的角色，會造成其面對實際生活的能力受到限制。在監禁之初，很多受刑人擔心會與其親戚朋友產生距離，因而造成孤立。對於監禁中限制的條件有激烈反應是常見的事，然自殺及侵略行爲的出現或許不會比其他的長期受刑人來得多。但在約十年的監禁後，會隨著期望被赦免而重新出現焦慮不安。在此種狀況下，監禁的遙遙無期與各邦不同的赦免情況，將於某些案例中造成（受刑人）極端的心理負擔。一般而言，引人注意的與有神經障礙傾向的受刑人較人格穩定的受刑人，更令人擔憂其人格發生變化。此外，行刑的形態及行爲人對犯罪事實的態度也是決定：是否監禁將使人格惡化至無法面對實際生活，的重要關鍵。即使其他的受刑人在二〇年的監禁之後仍可輕易地重新適應自由的生活，但在極端的案例中，羈押就已經（足夠）造成永久性損害了。總之，前述的人格變化無須有重大不同的機率，就可能在過長期間的受刑人身上找到。

在言詞審理中，各鑑定人針對個別提出的不同問題表示見解。

1. 針對如下問題：執行無期徒刑造成之監禁上損害以及以適當措施防制的可能性與展望如何？Dr. P. H. Besser 教授（科隆大學法醫學研究所法心理學及法精神病學系主任）· Dr. H. Eisinger 退休之政府女主管（前法蘭克福女子監獄負責人）· Dr. H. D. Stark 所長（Hamburg-Fuhlsbüttel 行刑機關之負責人）以及 Dr. W. Rasch 教授（柏林自由大學法精神病學研究所所長）分別表示如下見解：

(a) Dr. Dr. Besser 教授，擔任北萊茵—威斯特法倫邦（Nordrhein-Westfalen）赦免程序鑑定委員會委員，對一〇〇名被判處無期徒刑，而平均監禁期間已達十九至二〇年的受刑人作過研究，並且根據紀錄（Akten）追蹤其生活經歷後，認為：

評價受刑人是否因監禁而產生人格變化，其標準主要取決於受刑人被釋放後，面對社會的能力（Sozialtauglichkeit）而定。因此，從社會適應的結果加以判斷，才是最重要的。如果我們從這點出發，那麼在釋放後實際有效的適應結果，正可證明無期徒刑受刑人通常在人格上並不會受到損害。吾人自己得自北萊茵—威斯特法倫邦的這種經驗，亦可由其他的研究結果，（前述的）Sraubing 和 Aichah 這兩個執行機關（監獄）以及各邦政府所表示之意見，獲得佐証。雖然在零星個案中，似乎亦可得証人格崩潰的說法。但那是在監禁之前就已經存在著嚴重的社會適應障礙的少數例外情形。同樣的這種發展偏差也能較常地出現在長期的有期徒刑的受刑人身上。相反地，在很多案例中，經過二〇年或更長期間的監禁後，反而能轉而向善（ein Wandel zum Guten）。因執行所造成的健康損害，同樣地也沒有發現。相反地

，平均而言，受刑人的健康反而比一般國民來得好。

刑之執行讓受刑人在受刑期間內，有提升其能力及興趣的各種可能性。如果有發展上偏差，那麼必在監禁的早期階段（*Frühstadium*）就已開始了。無論如何，（*Liepmann*所提出的）「三階段理論」（*Dreiphasentheorie*）（參閱下述C II 2a部分）並不適合於執行實際上各種不同的現象。

對於釋放後的受刑人而言，必然有各種的困難。但這些困難並非無法克服，相反地，它們可以藉由有意義的過渡執行（*Übergangsvollzug*），儘可能地事先加以避免。

(9) Dr. Einsiele女士對二〇位被判處無期徒刑，而監禁期間在十二至二十四年間之婦女的發展情形提出報告。氏表示意見如下：

較新研究的驚人結論謂：無期徒刑之執行並不會造成重大的人格損害；這恐怕係基於（研究）方法錯誤，研究者當時所處之地位以及其對人格損害之定義（不同）所得出。依照基本法的價值體系，即使受刑人能夠工作，而且不再犯罪，也不意味此種損害已經被排除。相反地，當受刑人由於監禁而得知其不再能過著個人——共同的生活，且將與周遭世界隔絕時，其人格就已經受到損害。因此，偶然零屋（出現）的被稱為自我約束（*Selbstbeschränkung*）及謙虛（*Bescheidenheit*）的徵狀，就應該正確地評價為畫地自限（*Eingrenzung*），喪失現實性意義、靈活彈性與交際能力，人格喪失前的焦慮不安以及慣於被動。在法蘭克福（女性監獄中）觀察的婦女在其初期個性上就已幾乎無例外地具有早就發展出的赤字（*Defizite*），同時這些婦女幾乎都來自不良的家庭（關係），只有一位受過高等教育。這種原初狀態（

Ausgangssituation) 也符合於在監獄中發展的情形。概括言之，可以說較年長的婦女過早開始動脈硬化的過程且相對地劇烈加重。而較年輕的婦女，則在可能的人格重建與努力從事該行為之後，開始出現身的障礙。在赦免階段，雖然起初會顯得活力充沛，但不久後就幾乎會明顯的降低。是否在監禁中所造成之損害是無法回復的，很難判斷，因為大多數被釋放的婦女經過時間都還不夠長。但總共只有四位婦女相當順利地渡過監禁，五位還算順利，而其餘十一位則並不順利且在該期間內受到損害。

(3) Dr. Stark 所長，以其對來自漢堡、不萊梅和舒來史維格—霍爾斯坦 (Schleswig-Holstein) 各邦總計七八名無期徒刑受刑人之經驗與認識，認為：

在整體制度下的每一個安排都會導致住院性損害 (Hospitalisierungsschaden)：指由長期住院院所產生的身心損害) 或 (自由) 喪失症候群 (Deprivationssyndrome)。總括言之，可以說對無期徒刑受刑人而言，世界與其個人的發展似乎都呈現停頓狀態。只剩下無望、無助與無所適從。幾年後，來臨的是平靜，卻也是絕望。受刑人或許適應了，然而這既非改邪歸正，亦非個性重建。當然在某些個案中，如此長期的刑罰可能亦意味著積極的重新開始與 (人格) 結構的改變 (Umstrukturierung)。然而，卻改變不了終身監禁通常所造成的人類心靈生活世界的損害。此種損害雖無法消除，但亦無法填補，即使在監禁後，得以用種種方法使人有生活能力，但損害終究殘留。

在五至七年後，多數無期徒刑受刑人就會達到適應執行與開始絕望的時點。沒有人能坐牢超過十年。十年後，受刑人將喪失行動的關聯，在執行中所完成的重建工作將受到危害，同時，也將失去主動合

作的意願，也沒有任何超過十年的執行計劃得以再被提出。因此，只有在具危險性的犯人，才應該執行超過十年的監禁。

行刑時間愈長，重新適應社會愈困難。若沒有謹慎的準備，幾乎不可能。受刑人必須逐漸地適應自由的生活。且常須持續一段長時間，直到能克服不安全感與心理障礙。

Dr Rasch 教授，為其鑑定之準備，曾針對五三位在 Berlin-Rega 監獄服刑之無期徒刑受刑人作過研究。結論如下：

氏分別對受刑人之身體傷害、心理症狀、智力減低與一般人格變化等各方面作研究。對此，受刑人係依據諸如測驗、對身體的檢查及其個人所作之陳述而被評斷。結果發現，受刑人之身體狀況相當地好。雖然有不少個人主觀的抱怨，但通常只是輕微性質的抗議。心理症狀則除有一個人之外，並未出現。在監禁過程中，智力遲鈍之症狀亦未出現。至於人格變化上，則須考慮到這整個是一個高度異常的團體。而且，通常該犯罪行為是在整個性格發展的最低潮實施的，因此還可加以改善。雖然受刑人並未顯得情感麻木，但卻可能有些退卻 ( Rücknahme )，不過這顯然是可以扭轉的。又隨著時間經過，意志的沮喪會減輕。然而人格上仍殘留有神經失常、嚴重的不成熟、相當地本能、無紀律以及輕微的自我膨脹 ( Ich-Starke )。現時結論是受 Großbritannien 的家庭辦公室 ( Home Office in Großbritannien ) 委託而提之鑑定的一部分，無論如何，該鑑定並不能確定在監禁期間內有任何心理的崩潰。

氏之鑑定與其他研究有所不同的原因，可能有幾種不同的解釋：在作為研究對象的受刑人中，沒有

人監禁時間超過十七年。亦可能是該謀殺者之團體成員已發生變化；或以前有更多的病人被判決。最後，（可能是）行刑條件大不同於以前。但嚴格的監禁條件會引起嚴的損害，而較輕微的監禁條件則有積極的影響。

2. Dr. H. Müller-Dietz 教授（Saarbrücken 大學犯罪學研究所所長）及 Dr. G. Kaiser 教授（Freiburg 外國與國際刑法 Max-Planck 研究所所長）則針對如下問題擔任鑑定人：謀殺處無期徒刑之預防效果如何？

(a) Dr. Müller-Dietz 教授主張，迄今為止根據經驗上對預防（效果）之研究結論，特別在關於無期徒刑方面，尚未獲得肯定的證明。雖然原則上可認為有某程度上之威嚇作用，但其範圍如何，則在相當程度上尚待解決。民衆對無期徒刑的看法，可能主要取決於主觀上對刑罰的衡量和社會意識中一般的自由評價；而較少根據法律規定和事實的應用。因此，人們正可以說，對無期徒刑的預防作用而言，社會化的過程，社會地位和潛在的犯人的性格結構，以及被處罰的機率與方式才是重要的。因此，被處罰的可能性與平等性較刑罰的嚴厲性更具影響力。一些研究更進一步認為，相較於假設的行為模式或社會群體的團體壓力，刑度（高低）的影響根本微不足道。此外，威嚇作用與其說是取決於客觀的被處罰的可能性與嚴厲性，毋寧說是取決於被處罰風險的衡量。而且，大部分故意殺人的行為都在情緒激動與衝突狀態下實施的。此種行為人只能有限地藉由刑罰威嚇來說明其犯罪動機。是否以及在何種範圍內，無期徒刑可以阻止有計劃地行動的行為人實施謀殺行為，這點在經驗上尚無法足以解釋。也許在行為人的考

慮上，刑度高低要件被發現和被處罰的風險來得少。因此，刑事訴追的加強比刑罰的高度有更大的預防作用。因為禁止殺人是被普遍承認的，所以，是否經由預防性的措施可以減少謀殺案件，這點似乎還有疑問。更確切地說，迄今為止根據經驗的研究結果，並無法推論出謀殺案件受到刑罰威嚇的重大影響。同樣地，目前也無法證明，赦免或有條件釋放的可能性減低了無期徒刑的預防作用。

b) Dr. Neugebauer 教授在目前現存的研究報告分析上，亦得出同樣的結論：實証經驗上的制裁研究發展得還不夠。氏對目前的研究狀況，總結如下：犯罪的預備主要是由個人的價值取向，主觀上對被發現與被處罰風險之估計，以及由潛在犯罪狀態的直接條件所決定。相對地，刑罰的嚴酷性則退居其次，特別是在所謂的理性犯罪人的身上。在重大的暴力案件上，並無法從一個特定的刑罰威嚇推論出可測定的威嚇效果。真正重要的，似乎應是社會中，整體預防體系的結構與強度。在數量增加的受刑人身上，較長的受刑期間無法導出較低的再犯率，因此也無法解釋，是否較長的受刑期間根本沒有預防的作用，或是否這種作用會因監禁的結果而被抵銷掉。

在謀殺的潛在犯罪人範圍內，無期徒刑的預防效果並無法確定。但這並不意味著，這種效果並不存在，而是說目前無法在經驗上加以確定。此外，也足以假定，無期徒刑的威嚇與科處對於一般人的法意識而言，仍具有重要性。對謀殺行為而言，無期徒刑的威嚇並沒有培養倫理道德（sittenbildende）的效力，它所具有的只是說明生命法益的高位階性，這樣一種規範闡明的（normverdeutlichende）作用而已。

3. Dr. H.-H. Jeschek 教授（Freiburg 外國與國際刑法 Max-Planck—研究所所長）· Dr. G. Arzi 教授

( Erlangen-Nürnberg 大學刑法、刑事訴訟法與犯罪學研究所主任 ( Vorstand ) 以及 G. Bertram 法官 ( 依其在邦法院擔任陪審法院審判長的經驗 ) 和 G. Saiger 處長 ( Leitende Ministerialrat ) )，則針對如下問題擔任鑑定人：刑法第二二一條之構成要件之規定 ( Ausgestaltung ) 以及該條中唯一刑罰之規定有何疑問？

( a ) Dr. Jeschek 教授陳述意見如左：

按照截至目前為止的判決見解，前述刑法第二二一條之構成要件，基本上對於界定謀殺與故殺在不法內涵與罪責內涵之差異上，堪稱妥適。惟尚有疑義者係，系爭的殘暴 ( Heimtücke ) ( 譯按：即刑法第二二一條第二項之「以殘暴之手段」殺人 ) 與掩飾意圖 ( Verdeckungsabsicht ) ( 譯按：即同條項之「為掩飾另一犯罪行為」而殺人 ) 二構成要件要素。

就「殘暴」這一要素而言，可能會有以下情形：僅管利用被害人無猜疑與無抵抗能力，也不能就認為係符合謀殺的特徵，因為「殘暴」有時並非代表狡獪詭詐 ( Verschlagenheit )，而只是羸弱與無抵抗力者以武器對抗於殘忍與暴力而已。聯邦最高法院因而另行要求，須行為人有仇視之意圖 ( eine feindselige Absicht ) 始可構成殘暴。惟吾人則贊同文獻上通說之見解，對「殘暴」一要素應另行要求須有可責的信賴破壞 ( verwerflichen Vertrauensbruch )，以便與無值得保護之信賴關係 ( Kein schutzwürdiges Vertrauensverhältnis ) 的情形相區別。如此，「殘暴」這一要素便足以界定謀殺與故殺在不法內涵與罪責內涵上之差異。

就「掩飾意圖」這一要素而言，則有疑問，蓋可能會發生袒護自己與袒護他人的並存情形 (

situationsbedingte) 的案例。惟在此範圍內，可將此一謀殺的構成要件要素作限制解釋為：該殺人行爲須事先已被計劃。一如在選擇性草案 (Alternativ-Entwurfs) 譯按：係指在西德刑法修正過程中，由 J. Baumann 等十四人的教授團，針對一九六二年政府草案而提出的對立草案 (Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches)，作爲建議，供政府選擇之用者而言。) 第一〇〇條第二項第五款中曾建議者。實務判決雖未踏出這一步，然在法律上並未加以禁止。當前述二謀殺罪之構成要件要素作 (此種) 合憲性的解釋時，刑法第二一一條便符合平等原則的要求了。

倘吾人認爲此種合憲性解釋之嘗試並不充分時，則還是有可能從法律上另外要求，須有思想上之特殊可責性 (die besondere Verwerflichkeit der Gesinnung)，以作爲謀殺罪的實質罪責要素，這點同於文獻上之通說，但異於聯邦最高法院判決 (參閱 BGfHS 19, 385)。刑法第二一一條的文義與立法史 (Entstehungsgeschichte) 可佐証此種解釋。因爲這牽涉到的是一項限制解釋，所以在憲法上並無疑義。有疑義的構成要件要素雖然應該長期地加以排除。但此處並無憲法上的問題，而是刑法修正的問題。

因爲刑法第二一一條之規定在合憲性解釋上並無可指謫，所以此種減刑規定上之缺失就並未牴觸平等原則，亦未牴觸比例原則。

此外，無期徒刑尚有助於廣義的一般預防 (Generalprävention)，蓋其乃社會控制 (Kontrolle) 的一部分，且爲社會大眾的法意識所要求。

b) Dr. Datz 教授作成如下結論：謀殺罪與故殺罪在不法內涵與罪責內涵上之差異，並非如此重大，

以致足以跳躍至無期徒刑。故殺罪——包括刑法第二二二條在內——處六個月以上十五年以下有期徒刑，容有廣泛的裁量範圍，恰與謀殺罪這種唯一刑度的刑罰（無期徒刑）形成對立。此外，有期徒刑尚有附條件緩刑之可能性。由上述所產生之鴻溝（Kluft），目前尚不足以被填補。即使在謀殺罪有應酌量減輕之情事時，亦無法求諸於刑法第二二二條，蓋聯邦最高法院並不承認須有特殊的可責性（die besondere Verwertlichkeit），作為謀殺罪附加的構成要件要素。同樣地，也不足以試著透過對謀殺罪構成要件要素作限制解釋，以便在個案中作成衡平的判決，蓋此處特別的「殘暴」和「掩飾意圖」二構成要件要素已過度僵硬呆板（zu Starr）。再者，刑度的廣泛差距也無法因此有所改變。而且，依刑法第二二二條第二項對故殺罪處無期徒刑，亦不足以填平此項差距；蓋此項規定在實務上甚少被使用。除此之外，亦不足以說明為何在刑法第二二二條預見了刑之加重（情事），但在刑法第二二一條卻未預見刑之減輕（情事）。最後，赦免之實際情況亦不足彌補此項鴻溝；蓋十五年之徒刑，十年後有緩刑之可能，與（無期徒刑）十五年至二〇年後有被赦免之希望，二者實有重大差別。

謀殺罪的構成要件要素，並不足以描繪故意殺人的加重情形。謀殺與無期徒刑的結合已使得立法者陷入如下的兩難困境：多數謀殺罪之構成要件要素造成了在應酌量減輕的情事下，構成要件不當地擴大。相反地，少數謀殺罪之構成要件要素則造成了過高評價該要素中所含有之不法或罪責升高（Unrechts- oder Schuldsteigerung）。是否吾人係將謀殺罪構成要件要素視為思想上的要素（Gesinnungsmerkmale）或一種特別不當的目的——手段關係的表達，這點若姑且存而不論，則該構成要件要素雖然可以說明謀殺

與故殺之區別，但卻無法說明（為何）刑度的大量升高。雖然我們並不否認謀殺罪之要素具有特別的不法內涵，但在毀滅人的生命所存有的不法（內涵）上，是幾乎沒有升高能力的（*Kann steigerungsfähig*）。因此，是否這樣的行為（譯按：即謀殺行為）在僅僅犯人的罪責上內有如此多的修正（*Modifikationen*，譯按：係指罪責提升這麼多），以致得以正當化在刑度上的此種差異，恐怕是有疑問的。也因此，就在對謀殺罪的構成要件要素過高評價時，正是對人身法益的特別輕視，蓋只有在具備謀殺罪構成要件要素時，故意殺人行為才會被處以無期徒刑。因而，法官有理由儘可能地避開這項刑罰。

c) 邦法院審判長 *Bertram* 法官則提出報告如下：法院通常依刑法第二一一條之個案（研究）法（*Kasusistik*）不難在個案中作成正確的判決結論。只有「殘暴」與「掩飾意圖」這兩個構成要件要素偶爾會有疑問。再加上，謀殺罪的唯一刑度在實務上的重要性比一般人所假定的要小得多；蓋在許多有疑問的案例中可透過對未遂犯或減輕責任能力者減刑的可能性，或者透過適用少年刑法的規定，來給予法官裁量的空間。惟法官還是有可能會在個案中陷入困難，因為根據聯邦最高法院的見解，並不承認須有特殊的可責任性，作為不成文的謀殺罪構成要件要素，而且在刑法第二一一條之要件符合的情形下，即使有其餘可考慮的減輕罪責的情形存在，行為人仍須受到謀殺罪的判決。這種結果是抵觸憲法上罪責原則（*Schuldprinzip*）的要求的。因此，相反於聯邦最高法院的判決，這點正足以說明應對刑法第二一一條作合憲性解釋為：謀殺罪之判決不僅須合乎規定的構成要件要素，而且，該行為尚須依其整體特徵（*Gesamtcharakter*），有特殊的可責任始可。此種限制解釋係合乎法條文義與憲法上要求的。

除此之外，依氏之見解，整個國家暫時還不能放棄無期徒刑這種刑罰。因為無期徒刑在整個法共同體（Rechtsgemeinschaft）的意識中尚與謀殺緊密連結，而且將其廢除可能會被誤解為象徵著對人的生命的重視程度降低。

(d) *Saib* 處長（曾擔任過陪審法院審判長一段長時間）同樣亦指出，故殺罪的裁量空間與謀殺罪的唯一刑度有著天壤之別，且此種差距也不完全合乎犯罪學的現實。更確切地說，從故殺過渡為謀殺是持續進行著的，因此將其截然劃分為兩種刑度，在個案中是有問題的。但這並非反對無期徒刑，而是寧可釐成將有期徒刑的最高刑度提高為二〇年。

謀殺罪的構成要件可能有包括不屬於最嚴重案型的殺人行為之虞——這種危險通常係不會存在的。至少，氏檢視自一九四五年以來在巴登—瓦登堡（Baden-Württemberg）邦所有被判處無期徒刑的判決，並未發現有牴觸禁止過度刑罰（das Verbot übermäßiger Strafen）原則的案例。只有在「殘暴」這一要素上，有少數一些案例，人們認為：科以無期徒刑是不適當的。惟這種困難是可以透過，我們在聯邦最高法院純粹描述性定義之外，另外加上須有特殊可責的信賴破壞這一要素，來加以克服的。至於「掩飾意圖」這一要素則沒有疑問，如果係在欲掩飾的犯罪行為實施以前就已作成殺人決意，或該殺人行為係在欲掩飾的犯罪行為實施後違犯者。但如果係行為人在欲掩飾的犯罪行為實施當中或之後立刻因一時衝動（*Sich hineinlassen*）而加以殺害的情形，則我們應作比較不同地看待。不過這裏尚須考慮到，行為人係自己招致這種特殊情況，而且通常係欲掩飾重要的犯罪行為。故為了一致性的法律適用與刑罰裁量

上的利益，這項謀殺罪的構成要件中的概括條款恐怕尚有重大疑問。

在謀殺的情形下，若有一項一般的減刑規定將導致法院實務上，謀殺罪構成要件與法律效果（刑度）的相對化（有局限性）。亦即，一方面，該減刑規定會擴大適用到不具應酌量減輕之情事者。另一方面，在每個個案中，都會爭取這項規定的適用。因此，將造成對無期徒刑判決應負的責任會移轉到法院身上，雖然該責任應由立法者負擔較佳。除此之外，一項一般的減刑規定還將造成無期徒刑受到侵蝕（Erosion），蓋依經驗顯示，這項刑罰將會較少被使用。而這可能同時是廢除此項刑罰的宿命的的第一步。

4. Dr. O. Triffterer 教授（Gießen 大學刑法、刑事訴訟法與國際刑法教授）與 Dr. H. Müller-Dietz 教授則針對如下問題擔任鑑定：對無期徒刑到受刑人赦免程序以及緩刑規定的優缺點如何？

a) Dr. Triffterer 教授主要強調現今運作中之赦免程序的缺點。長久以來，在赦免程序的開始上，受刑人多受制於赦免機關的工作進展（*Tatig Werden*）上，蓋主動提起會有被否決的危險，而且對再次重新申請設有事實上的禁止期間。因此，爲了受刑人的利益，實應創設規定法定的最低受刑期間。進一步的缺點是，赦免是由一群互相依賴的政治機關所決定。此外，赦免的決定經常被拖延。同時無權查閱之。對受刑人的評定是秘密進行的，以致於鑑定人無法提出批評。又按各邦的答覆來看，赦免的標準相當不一，但終究主要取決於須有積極的社會預測（*the Positive Sozialprognose*）。此外，赦免決定通常沒有說理或說理不足，而且不受法院審查。從整個現今赦免的實際情形，會產生有害於受刑人再社會化的不確定性。而所有的這些缺點已足以用來支持無期徒刑設立緩刑規定（另請參閱 ZRP 1974, 15 頁以下）

）。透過思想教育的力量，這些緩刑的規定可另行促使受無期徒刑判決之受刑人再社會化，而且防制赦免程序變質（Denaturierung）。

Dr. Müller-Dritz教授則認為，赦免程序具有彈性，且可廣泛個別化地加以決定。這裏並不涉及無期徒刑，亦與其一般預防效果無關。然而有缺陷的是，此種彈性同時也會帶給有關係（之受刑）人一種嚴重的不確定性，並增加實務的困難。這點主要顯示在各邦相當不一致的赦免實務上。再加上，不僅對赦免機關缺乏法律的約束，而且只有在赦免證據被撤銷時，才有法律救濟途徑，此外，赦免決定很容易在輿論的壓力下受到偏頗的影響。近來，赦免的實際情形竟然是用來矯正無期徒刑（的缺陷）。因此，赦免決定已過度發展成爲預測（將來）的決定（Prognoseentscheidung），亦因而過度擔負了法院判決的功能。

這些缺點的重要性正說明了，在無期徒刑中的有條件釋放，尚須在法律上明文加以規定。但憲法所保障的赦免權仍不受影響。由獨立的執行法院管轄或許有助於實際（赦免）決定的客觀化。此外，亦可消弭刑法與行刑法間規範上的矛盾。由今日一般人所認識的赦免實際情形來看，無期徒刑的一般預防效果並不會因爲一項規定可以緩刑的條文，而受到影響。但真正重要的是，經由這項法律規定，可使得提前被釋放的要件得以明晰。總之，一項法律規定雖不保證是完整的答案，但卻是刑事政策上較好的答案。

VII

第一庭對本件程序之管轄，係根據依1976.6.28公佈之聯邦憲法法院法第十四條第五項規定組成之委員會所作之裁定。（譯按：聯邦憲法法院法第十四條第五項規定：「某案件應由那一庭管轄發生疑義時，應由正副院長及四名法官所組成的委員會裁定之。四名法官每庭各有兩名，以一事務年度為任期。裁定票數相同時，由主席決定之。」）

B、

（陪審法院之）提案應予受理：

1. 陪審法院向聯邦憲法法院提出問題，請求審查：是否刑法第二一一條第一項在「該條項規定：謀殺者，處無期徒刑」的範圍內，係違憲的？然而提案的理由不僅針對刑法第二一一條第一項規定之刑度；而且還指讀刑法第二一一條第二項謀殺罪構成要件規定不清（*unzulängliche Umschreibung*）。謀殺罪與刑度較低的（五年以上十五年以下有期徒刑）故殺罪（刑法第二一二條）的界限劃分，在客觀上理由並不充分。

在刑法第二一一條這兩項的內在關聯上，刑法第二一一條第二項之謀殺罪構成要件亦應一併被提出，作為違憲審查之對象（參閱，聯邦憲法法院判決12,15II[163]:27,115J,33,224[228]）然而這只在涉及「殘暴地」（*heimtückisch*）及「為掩飾另一犯罪行為」（*um eine andere Straftat zu verdecken*）這兩個構成要件要素的範圍內；因為根據提案決議（*Vorlagebeschlusses*）指出，只有這兩個要素才與（本訴訟程序的）開頭程序的決定有密切關連。而且這兩個要素亦毫無困難地可與刑法第二一一條第二項其餘之構

成要件要素分開。因此，提案決議所提出的問題在此範圍上應擴大。而陪審法也已清楚地表明（對該問題作成）判決的重要性。

2. 刑法第二一一條係後於憲法的法律（*nachkonstitutionelles Recht*），因而依基本法第一〇〇條之規定，應在規範審查程序中受聯邦憲法法院之審查。

雖然，本條規定的現行條文須回溯到1941.9.4公佈的帝國刑法典修正案，在該修正案中第一項規定謀殺罪之刑度，而第二項規定謀殺者之概念定義。然而，聯邦立法者已在其立法的過程中（*im Zuge seiner Gesetzgebung*）將整條規定納入其（立法）意思中（參閱聯邦憲法法院判決11.126 [131f.]；18.216 [219f.]；32.78 [82]；32.296 [299f.]；36.224 [227]）。

立法者曾兩次修改這項來自一九四一年的刑法第二一一條第一項的條文。（亦即）1953.8.4的第三次刑法修正案依基本法第一〇二條規定刪除死刑的規定，僅剩無期徒刑作為唯一的刑罰。1969.6.25刑法第一次改革案第五條第一項則以無期「自由刑」（*Freiheitsstrafe*）代替無期「徒刑」（*Zuchthausstrafe*）。

相反地，第二一一條第二項之文義則自1941.9.4公佈之刑法典以來，未曾修正過。然而，後於憲法的立法者（*der nachkonstitutionelle Gesetzgeber*）則已「充分清晰地表示，他亦將刑法第二一一條第二項截至目前為止的規定列為其（立法）意思，而且——至少暫時地——加以堅持。在曾修正過的刑法第二一一條第一項與未曾修正過的第二項之間存有一項緊密的客觀上關聯。（亦即）其刑度若無謀殺罪要件之規定

，實無法適用。其實在刑法修正範圍內，亦曾有謀殺罪構成要件的新條文被討論與建議（參閱，一九六二年刑法典修正草案第一三五條，BTDrucks.V/650,35頁，理由在二七二頁以下；Baumann等人著，刑法典的選擇性草案——譯按：係指Baumann等人針對一九六二年政府刑法典草案而提出之對立草案，供政府選擇之參考用。分則部分，對人的犯罪行為，第一冊，Tübingen一九七〇年出版，十六頁以下（有關第一〇〇條規定））。然而立法者透過一九六九年以來刑法改革案對刑法分則的修正上，則始終對刑法第二一一條第二項之舊有文義，隻字未改。最後，整部刑法典則尚考慮到刑法改革法以及根據1974.3.2（1975.1.2新公佈）的刑法施行法第三三三條第一項的其餘修正規定。

C、

刑法第二一一條之規定，根據下述標準，在本案所審查的範圍內以及因此得出之限制解釋上，係與基本法相一致。

## I、

1.無期徒刑意味著對（受刑的）關係人基本權特別嚴重的侵犯。基本法第二條第二項第二句所保障不可侵犯的人身自由，經由這種位於現行刑法刑罰種類最頂端（an der Spitze des Strafen Katalogs）的無期徒刑，將會長久地受到剝奪。判決「終身的（徒刑）」（*lebenslanglich*）在嚴格字義上意味著，犯罪行為人將永久徹底地被排除於自由公民的社會之外。透過無期徒刑的執行，不僅源自基本法第二條第二

項第二句的基本權受到限制，而且——視個案情況而定——亦會涉及許多其他憲法所保障的基本權。這使得作憲法上質疑（Fragestellung）的重要性與意義得以清晰。

雖然，依基本法第二條第二項第二句之規定，人身自由之權利可經由法律加以干預（eingegriffen werden）。然此種立法形成之自由（Gestaltungsfreiheit）在許多方面仍被憲法所限制。立法者在運用賦予給他的授權上，不僅須重視人性尊嚴之不可侵犯性（基本法第一條第一項）這個憲政秩序的最高原則；也須重視其他的憲法規範，特別是平等原則（基本法第三條第一項）以及法治與社會國家的要求（基本法第二〇條第一項）。因為人身自由是如此高位階的法益，以致只能根據特殊重大的理由加以限制，所以終身剝奪此種自由，便須亦根據比例原則的標準（am Maßstabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes）特別嚴格地加以審查。

惟在此等界限內，立法者仍有立法形成之空間。在現代社會中，從刑法究扮演何種角色的觀點來看，無期徒刑提出了一連串法律與刑事政策的問題。立法者則有責任決定此等問題。他到目前為止，決定了對嚴重的犯罪保留無期徒刑。因此，聯邦憲法法院在（陪審法院）提案的範圍內，只能審查：立法者此種決定是與憲法一致？

2. 無期徒刑長久以來就一直刑法制裁之核心主角（Kernbestand）。然而，與今日相比，它的重要性已因死刑居刑罰種類之首而不如從前。死刑（存廢）之爭使得在憲法上之容許性一般而言並未提出質疑的無期徒刑（das „Lebenslanglich“），有被選擇之可能性。不過畢竟還是有一份並非不重要的

古老文獻，正確而詳盡地研究終身剝奪自由對人之人格上的影響與結果（參閱：M. Liepmann，論死刑，Berlin 1912，為第31期Deutschen Juristentag所作之鑑定報告（Gutachten）。死刑的擁護者間有一股相當受歡迎的論調：無期徒刑之執行無止盡地恐懼（Schrecken ohne Ende），比死刑之執行（恐懼而終（Ende mit Schrecken））更殘忍而不人道。嗣後，就在死刑之爭論逐漸平息之際，學說在約六〇年代末，重新開始研究終身剝奪自由的問題。此後，對最高刑罰的討論就不曾間斷過。對此，引人注意的是，最近十年在學術文獻上的研究一直較為活躍；相反地，法院判決則一直到Verden邦法院提出該問題提案之前，幾乎不曾對該問題進行過研究。刑事庭一直到最近還未曾進一步討論地假定無期徒刑在憲法上的可容許性。儘管係由Verden邦法院之提案決議所引發，但聯邦最高法院刑庭第一庭在最新的1976.7.13之判決，仍在一開頭就判示如下原則：「對謀殺者科處無期徒刑之處罰，與基本法相一致。這點亦符合一般人的法律觀與歷來之判決；本庭並無理由廢棄之。」被告針對刑法第二二一條被提出違憲質疑所提起之上訴，亦未曾有進一步闡明就被認為無理由。同樣地，所有在此等程序中被詢問的聯邦最高法院刑事庭，也一致認為無期徒刑與基本法係相一致，並無抵觸。

3. 在制憲會議（Parlamentarischen Rats）的協商討論上，並未明示地說明無期徒刑在憲法上的容許性。僅Seeborn議員（自由民主黨），在其主張廢除死刑但被主委員會（Hauptausschuss）否決的提案理由中，研究了自由刑並作如下說明（見制憲會議，主委員會之協商討論，五三四頁）：

、如果我要求廢除死刑並主張長時間的自由刑，那麼主要是因為自由刑有助於依現行法可免以死刑

之人，有機會在內心重新反省並改過自新。我們可以舉出許多例子，都正是因此而得以產生相當重要，對人類意義深遠的事物（ ganz Wesentliches, menschlich sehr Bedeutungsvolles ）。

在 Wagner 議員（社會民主黨）。於主委員會與制憲會議的大會上主張廢除死刑的提案討論中，同樣亦未對當時在刑法中已規定的其他處罰方式進行廣泛的研究（參閱前揭書，六六九頁以下，七四四及七五八頁；制憲會議，StenBer. 一八六頁以下）。儘管有著如此多紛歧的意見，但終究在納粹時代對死刑的濫用，才是真正決定基本法第一〇二條訂入廢止死刑規定的原因，因此，從單純廢除死刑的情況，並不能推論出，制憲者認為無期徒刑與基本法相一致。然而，從基本法原始條文的另一處，似可得出，制憲者係以無期徒刑的合憲性為出發點的暗示：亦即，經由 1946.1.30 公佈的管理委員會法（ Kontroll-Tatgesetzen ）第一一條有關廢除德國刑法個別條文方面，當時自納粹時代以來一直有效的內亂與外患罪的處罰規定被廢除了。制憲會議起初不願在基本法中採取一個與之相應的替代規定（ Ersatzvorschrift ），蓋其以為此種刑法規定之公佈應讓諸將來單純的聯邦立法者為之。但最後制憲會議仍決定，將內亂與外患罪的處罰依據規定在基本法第一四三條，並定其刑度為無期徒刑或十年以上有期徒刑。這條規定一直 1951.8.30 公佈的刑法修正案生效前，都還有適用。惟尚未確定者係：這條規定是否享有憲法位階，抑或其僅涉及單純法律的刑罰規定，而制憲者只是因為認為有必要立即以刑法保護剛誕生中的德意志共和國對付內亂或外患，因而將其規定在基本法中？但無論如何，本條規定中無期徒刑的刑罰正足以說明，製憲者係容許無期徒刑的（ Dreher 教授同此結論，參閱、對無期徒刑，法官亦可以假釋（ Aussetzung des

(Strafgesets)——譯按：即西德一九六九年新刑法第五七條所謂之「餘刑之暫緩執行」嗎？載：Richard Lange 教授紀念文集，Berlin-New York 一九七六年出版，三二二頁[三二八頁]；另請參閱 Roth 教授，「論無期徒刑」，Berlin，一九六九年出版，一七四頁；Friedinghaus 教授，「以憲法與犯罪統計學觀點看無期徒刑，刑法與政策，一九七二年，十六頁」。而幾乎沒有疑問的是：制憲者因此曾注意到了傳統上對終身剝奪自由的見解。

4. 然而，上述所確定的，仍無法用以決定此處所欲解決的憲法上疑問。對於基本法個別規定的解釋而言，立法史 (Entstehungsgeschichte)，制憲者的觀點與理由並非毫無條件地具有決定性意義。除此之外，我們還須理解自基本法生效以來，基本權的內容、功能與作用，以深化我們對這個問題的體驗。又對無期徒刑執行的效果作醫學的、心理學的與社會學的認識，亦有助於擴展（我們的視野）。但對無期徒刑在憲法上容許性的判斷而言，主要的評價因素在相當大的範圍是受到時間限制的 (zeitbedingt)。新的認識會影響到，甚至轉變我們特別是依人性尊嚴與法治國原則這兩個標準，來評價此種刑罰。

## II、

1. 重視與保護人性尊嚴，係基本法的構成原則 (Konstitutionsprinzipien)。自由的人格與尊嚴表現了合憲法秩序內最高的法價值（參閱，聯邦憲法法院判決 6,32 [41] 27,1 [6] 30,173 [93] 32,98 [108]）。因此，國家的統治權在其所有表現型態上，負有尊重與保護人性尊嚴之義務。

「自由地自我決定與自我開展」這個目標，乃是作為一個精神的——道德的本質之人的概念為基礎。基本法並不將這種自由理解為一個孤立的、獨斷的（*selbstherrlich*）個人，而係將其理解為一個與社會連帶且受社會拘束的個人（參閱聯邦憲法法院判決33,303 [334]）。這種自由必須考量到社會的拘束力，而非、在原則上係不受限制的。個人因而須忍受其行為自由上的這種限制，這種限制係立法者為維護與促進社會共同生活，在既存事實上所劃定的一般可期待的界限——惟仍須維持人格的獨立性。這點意味著，即使在社會中，原則上每個人都應該被承認為係具有自我價值的、權利平等的成員。因此，倘若使人成為純粹國家（刑罰）的客體，實係抵觸人性尊嚴的。人應永遠以其自身為目的（*der Mensch muß immer Zweck an sich selbst bleiben*）。這個原則係毫無限制地適用於所有的法領域的，因為作為一個人所具有的永恆的（*unverlierbare*）人性尊嚴就在於，他被承認為係一個得為自我負責的位格。

在對正義的實現作最高度要求的刑事司法領域內，基本法第一條第一項確定了有關刑罰本質的觀點以及罪與罰（*Schuld und Strafe*）的關係。無罪責，無刑罰（*nulla poena sine culpa*）這個原則有著憲法原則的位階（聯邦憲法法院判決20,323 [331]）。每種刑罰須與犯罪事實之嚴重性與犯罪行為人之罪責（*Verschulden*）處於適當關係（聯邦憲法法院判決6,389 [439]；9,167 [169]；20,323 [331]；25,269 [285]以下）。要求重視人性尊嚴，特別意味著，殘忍的、不合人道的以及凌辱的（*erniedrigende*）刑罰應予禁止（聯邦憲法法院判決1,332 [348]；6,389 [439]）。犯罪行為人不得在違反憲法上對其社會價值權利與受重視權利（*sozialen Wert- und Achtungsanspruchs*）保護的情況下，成為純粹防制犯罪的對象。人的個人（

individuelle) 與社會 (soziale) 生存的根本條件應被維持。因此，從與基本法第一條第一項相關聯的社會原則——這點特別在刑之執行有其適用——可以得出，國家有義務維持這種生存的最低限度 (Existenzminimum)，也就是根本地決定著一個具有人性尊嚴的存在者 (Dasein；或譯此在) 的最低限度。因此，如果國家必須為自己而強制地剝奪 (entkleiden) 一個人的自由，卻不給他至少有機會得以重新享有自由，那麼將與我們前面所理解的人性尊嚴相抵觸。

儘管如此，我們卻不可忽略了：人性尊嚴是不受支配的 (Unverfügbares)。然而，對這種要求尊重人性尊嚴所必須有的認識，卻不可與歷史的發展分開觀察。在整個刑事司法的歷史上，很清楚地顯示著：最殘酷的刑罰總會被較溫和的刑罰所取代，這種從較野蠻到較人道，從較簡單到較複雜的刑罰態樣上的前進步伐，是會繼續不斷的。因此，走仍然必須去走完的路 (noch zurückzulegen ist)，是可以被諒解的 (erkennbar)。亦因此，就只能根據今日 (一般人) 認識的情況 (jetzigen Stande der Erkenntnis) 來判決其符合人性尊嚴，而且不能要求其具有永恆的效力 (zeitlose Gültigkeit)。

2. 如果我們以這樣的 (上述的) 標準來審查無期徒刑的內容與效果，便可得出：並未有抵觸基本法第一條第一項之情形存在。

a) 邦法院主張抵觸人性尊嚴的理由，主要是強調在行刑中 (犯人) 人格變化的科學實証研究，以及行刑的經驗所証實的長期剝奪自由將出現損害 (犯人) 人格的結果：「在一段十年、十五年、二〇年或甚至二五年不等的監禁期間之後，在每位受刑人身上實際上將達到一種狀況：隨著良善情緒逐漸減少

、絕望、遲鈍以及冷漠，造成一種人格變化，這種性格變化最後會以無法面對實際生活，辯稱無罪，不斷的幻想赦免以及經常性痴呆而告終”。

邦法院自己並未對此問題親自進行調查。如果我們檢視一下邦法院所引述的以及其他的有關文獻，便會發現實有重大疑問：是否對於其所主張的無期徒刑造成的損害結果，邦法院的引証，在方法上及客觀上確實穩固，而足以能夠得出對立法者立法衡量在憲法上之結論？特別令人注意的是：（在前述文獻中）比例上只有少數作者是根據自己的研究（而論述）。多數的主張最後都可以溯源到前述的一九二二年 Mliepmann 為第三二期 Deutschen Juristentag 所作的鑑定報告（Gutachten）。（譯按：參見前述 CI 2 部分）。

按 Liepmann 的見解（前揭文，一八四頁以下），終身監禁會經過三個發展階段（三階段理論（Dreiphasentheorie））。

在第一階段，高度的激動不安（Erregung）與強烈的沮喪消沈（Depression）更替出現的狀態，其巔其上。雖然判決（結果）會使得，在犯罪（Tat）、被發現（Entdeckung）和被判決有罪（Verurteilung）過程中承受高度緊張的被判無期徒刑者（Lebenslanglichen），獲得某程度的如釋重負。但是一當監獄大門在他們背後緊閉時，永久出現的思想上的嚴峻（Ernst des Gedankens）就開始震撼著他們。此種狀態需要以特別謹慎的態度執行，否則可能會造成受刑人精神力量的崩潰，以及嚴重違反紀律、具攻擊性，甚至造成有名的“監獄風暴”（Zuchthausknall）。但如果以正確的態度處理，約一至二

年後就會進入平靜。

按著係、第二階段，在該階段中，自我保存（的心理）經常成功地壓制監獄中破壞的力量」（前揭文，一八五頁）。沒有受刑人能忍受終身監禁的想法。所有的人把一切希望都寄託在這種狀態的暫時性中。每個人都渴望能再次地重新獲得自由。這種渴望能幫助他保持鎮靜和避免完全（*totale*）適應，同時保護他免於崩潰。同時，讓多數人能投入其最大心力，以便因表現良好而獲得赦免。在這種情況下，這些人學習著，甘心地服從監獄的規定，控制自己的性情，以及取得道德上的立足點（*stichtich Halt*）。至於第三階段，Liepmann則謂（前揭文，一八六頁以下）：

「在二〇年的監禁處罰後，通常開始進入最憂鬱灰暗的第三階段。首先，隨著「良善情緒的逐漸流失」，這時會開始：消沈的絕望代替了愉悅的期望；失望損害了神經系統，懷疑自己患病的擔憂（*hypochoondrische Befürchtungen*）日益加增，健康或許實際受到了損害；受刑人開始感覺繼續受刑是一種漫無目標的煎熬，認為自己是在遭受緩慢凌遲的死刑，因而猜忌、怨懟（*Verbitterung*）與對社會的仇恨取代了先前的信賴。然後，多數受刑人愈來愈「死寂而悲傷」，而且隨著逐漸消失的希望，愈來愈退卻，甚至彷彿變成隱居者，不再就醫，也不回答對其缺席理由的問題，「因為我這一生不再延續了（*nicht verlängern will*）」。接著，透過屠殺式的監禁，開始了內心生活殘忍的毀滅工作。人性中最根本的、亦是最良善的一切和受刑人的意志緩慢地，但終究必定會被扼殺。尊重他人的喜樂缺如了。極端困苦的生活開始並得勝了（*setzt*）。受刑人變得遲鈍而麻木不仁，機械化，最後崩潰。這正是成長中的精

神錯亂的温床 (Nährboden)。」

Liepmann 的研究結果係根據廣泛的調查和對來自歐洲不同的國家，超過二〇〇〇名無期徒刑受刑人的資料作分析，以及其他科學工作者的嘗試著作 (Vorarbeiten) 而得出。因此，其鑑定報告之陳述，無疑地是一份相當可靠的 (gut fundierte) 對執行無期徒刑的監禁效果所作的研究。然而，尚須考慮者係，本世紀初執行監獄刑罰之情況 (譯按：Liepmann 該報告乃一九一二年所作) 與今日聯邦監獄執行之情況，實不可同日而語。即使大多數的監獄建築都是來自於當時的監獄，但真正重大的，在監獄的日常生活中，對受刑人的對待態度 (Behandlung)。在此範圍內，雖然已從單純的「保安執行」(Verwahrverschluss) 演進化「治療執行」(Behandlungsvollzug)，而出現了基本的改變，但還有許多是可以再改善的。因此，Liepmann 的評斷——作成提案決議的作者們亦同——被認為太過悲觀主義，而且並非毫無困難地可以挪用到當今的情況來 (參閱，Rohl, 前揭書，一八五頁；Feige, 論無期徒刑之執行，載 · Einsele, Feige, Müller-Dietz 合著，「無期徒刑之改革」一書，Stuttgart 一九七二年出版，一頁 (三頁) ) Dreher 教授 (前揭文，三三一頁以下) 亦強調，對以前研究的結果是否可以挪用到當今刑之執行的情況與效果，應持保留態度；氏甚至在其早期對此問題所發表的著作上 (ZsW 70 期，五四三頁 (五六二頁以下) )，即已明白地提出此見解。在新近文獻中，對無期徒刑執行的監禁效果所發表的看法，更是廣泛豐富，多彩多姿 (ein sehr breit Spektrum)。這些文獻包括從主張會發生嚴重的人格變化，到描述絕大多數的受刑人在經由赦免釋放後成功的再社會化等各種見解，不一而足。

第一種見解主張會發生嚴重的監禁傷害，其學者特別包括下列：

Einsele, 《論無期徒刑》，與 Müller-Dietz, 《無期徒刑與有條件的釋放》，二文同載於：Einsele, Feige, Müller-Dietz 合著, 《無期徒刑的改革》一書, Stuttgart 一九七二年出版, 二十五頁以下及三五頁〔七六頁〕；Hanack, 《無期徒刑》，載：犯罪學的當代問題, H. E. Ehrhardt 和 H. Goppinger 主編, 第十一冊（一九七四年），七二頁以下；Maurach, 德國刑法總則, 第四版, Karlsruhe 一九七一年出版, 八〇六頁；Ohm, 《剝奪自由後之性格變化、刑罰效果與對策》，Berlin 一九六四年出版；Baumann, 《刑法改革失敗乎？》，Neuwied 和 Berlin 一九六九年出版, 二〇頁和一二九頁以下；Roxin, 載：Baumann, 《新刑法典草案》，Frankfurt 一九六八年, 八四頁以下；Oto, 《生命刑》，載 ZStW 八三期, 三九頁（四八頁）；Triffterer, 論聯邦共和國中《無期徒刑受刑人》之態度, ZRP 一九七〇年, 十三頁（十五頁）；Welzel, 《死刑爭論之我見》，大刑法委員會會議紀錄, 第十一冊, 四七頁以下；Zipf, 《新刑法中犯罪之法律效果》，Jus 一九七四年, 一三七頁（一三八頁）。

第二種見解承認，根據目前現有的研究結果，要對當今刑之執行的監禁效果作一確切可信的評斷，尚非可能；因此，欲作成判斷仍須進一步加以研究（作此等主張者有：Rohd, 前揭書, 一二五頁，氏特別針對心理層面指出，對長期或無期徒刑評斷其會造成畸形效果（deformierende Wirkung），殊不可能，蓋此處涉及地刑之執行中最常被忽略掉的問題之；以及 Torgg, 前揭書, 四頁，氏則認為，有必要對殺人犯罪行為和無期徒刑受刑人之行為在科學上作進一步的研究認識）。這些學者係以特殊的標準考量到

，應致力於重視人性尊嚴的刑事執行，以及考量到，我們引用已超過五〇年以上的研究結果來對當今刑之執行的情況作判斷，似並不妥適。

不過上述二說，原則上仍肯定長期刑罰會產生監禁傷害，只不過對受刑人從什麼時點開始會有長期的人格損害，看法則相當紛歧。Olm的文章指明為十三年的監禁期間（前揭書，九〇頁）。較普遍的說法則係十五年（如 Einsele, Muller-Dietz, Trufferer），但亦有認為二〇年或二〇年以上的監禁期間，仍在受刑人可忍耐之範圍者（如 Dreher, Rohl）。

最後是第三種見解認為，執行長期自由刑對受刑人面對實際生活能力的損害，通常並不會嚴重而長久到像持第一種見解的學者們根據過去的經驗所擔心的那樣。在最近一些研究結果的報告上（Dressel著，無期徒刑受刑人，（Lebenslanglicher）與受保安管束者，（Sicherungsverwahrter）社會預診（Sozialprognose）的鑑定報告，JR 一九七四年，二六五頁；Coette，長期受刑人的經驗談，精神病學與神經病學的分析（Spektrum der Psychiatrie und Nervenheilkunde，一九七五年，五五頁以下）指出，透過適當的治療措施（Behandlungsmassnahme）絕對有可能防制長期受刑人嚴重的損害。另外，此說亦指出，在長期監禁後，被赦免而釋放的受刑人，其面對實際生活的能力，並未如此嚴重地減低到重大妨礙其得以成功地再社會化。

此外，在討論犯罪問題的歐洲會議上，歐洲委員會（das European Committee on Crime Problems des Europarats）於1975.8.13提出一份研究報告，對於長期自由刑受刑人的對待上作成了一項有廣泛科學根

據的結論。根據許多對此問題所作的專家鑑定報告，該委員會認為一般對長期由刑——因而亦包括無期徒刑——所發表的；所謂會對受刑人人格造成負面效果的見解，實際上並不可能。相反地，受刑人人格受損的開始與程度，應取決於更多在個案中相當重要的因素。因此，事實上長期監禁產生的負面效果，有相當高的機率係可以避免的。只要透過適當的措施，都可以有效地加以防制。

最近，也有兩篇針對執行無期徒刑是否造成監禁傷害的問題提出之專論（*Monographien*），最後結論卻各不相同。

一篇是Mechthild Goemann（無期徒刑受刑人之命運——被赦免之長期受刑人生活狀況與社會預斷之研究，*Berlin-New York* 一九七七年出版，*Köln* 大學博士論文）針對總共六六位長期受刑人，所作的深入研究。如同作者所言，我們從研究平均被監禁達二〇年之受刑人所受的影響，而獲得之經驗，與一般流行的、在新舊文獻中所主張的見解：一個人被剝奪自由超過二〇年，將造成受情緒與因之而生社會的束縛而無法矯正的性缺陷。以及（適應的）彈性喪失，甚至導致「失去個性」（*Entpersönlichung*）的結果，並不一致。各種（受刑人）在幾十年之久的監禁後，因心靈的遲鈍造成無法面對實際生活的假設，只有在例外情況才會出現，常常只有監禁的早期階段會開始，但根本無須將其視為長期監禁的結果。此外，本文作者又調查了七〇年在長期間監禁後被赦免的犯罪行為人，並確定了，在其重新適應社會的過程中，並未出現無法克服的困難。

相反地，另一篇由Peter-Alexis Albrecht在其尚未出版的Göttinger大學博士論文中（：論釋放後無期

徒刑受刑人的社會狀況——監禁前、中、後之社會狀況的比較研究”，Cottinger，一九七六年），以其計八一位在低薩克森邦（Niedersachsen）自1945.5.8，被判處無期徒刑，至1973.10.1，被赦免並釋放之男性為例，所提出的結論則認為，超過十五年以上的監禁，從每個角度來看，都會損害到（受刑之）關係人日後的發展。長時間的監禁既不必要亦無意義；唯對社會生活的適應性有破壞性影響而已。

b) 在本案程序中所實施的證據調查，亦未獲致明確的結果。在言詞審理中，對於無期是否會引起（監禁上）損害？這一問題，實施專家鑑定的鑑定人所達成者，亦係類似我們在前述文獻中所見到的，相似又不一致的結論。

Dr. Dr. Bresser 和 Dr. Rasch 兩位教授——二人皆為精神病專家——儘管研究方法重大不同，但卻結論一致地表示，他們的研究無法證實：執行無期徒刑通常會造成受刑人的人格或健康，無法回復的損害。

Dr. Dr. Bresser 教授主要是在：面對社會的能力（*Sozialtaetigkeit*）的觀點下判斷（受刑人之）人格，然後在（前引的）Goemann（專論）的啟示下，評價實際有效的社會適應結果，以證明：無期徒刑受刑人在其人格上，通常不會受到損害。即使極長的監禁時間，也不必然會造成重大的人格減損（*Parsonlich keitsbeeinträchtigung*）。

Dr. Rasch 教授在其研究的大多數受刑人中，也確認了：既無身體的長久損害，亦無精神崩潰、情感麻木——雖然有退卻（*Rücknahme*），但顯然是可扭轉的（*reversibel*）——更無精神病的症狀。

相反地，另外二位鑑定人 Dr. Einsele 女士及 Dr. Rasch 教授——二人對監獄行刑均有實務經驗——在重

要觀點上，則結論一致地表示，依他們的經驗與研究，在某段期間的監禁之後，便會出現身體上以及心靈——精神上的重大損害。

Dr. Engle女士以為，大多數被判處無期徒刑的女性，多未老先衰，且一部分罹患重病。終身的徒刑損害了大部分（受刑的）關係人，除非係特別強健的以及未曾受損地入獄的人。

Dr. Stark教授則確信，隨著監禁期間的增加，會加劇住院性損害（Hospitalisationsschaden——譯按：係指由於長期住院所產生的身心損害；此當指由於長期監禁造成之損害）及（自由）喪失症候群（Deprivationsyndrome）。在五至七年的監禁後，多數無期徒刑的受刑人就會達到開始絕望的時點。沒有人能坐牢超過十年。

為何會有上述如此互相歧異的判斷結論，它的原因的尋找並非聯邦憲法法院的工作。或許是，如Dr. Dr. Bresser教授所指出的，是由於：人格（*Persönlichkeit*）或健康。等決定性因素的定義不同，以及損害。這一概念，因不同的觀點而解釋不一致所造成。亦或許是——如Dr. Engle女士所指出的——，在對於無期徒刑受刑人發展情形的判斷上，太過根據單純主觀的解釋，而未以較可靠的方法，從監禁的第一天開始，持續地作：縱斷面的研究（*Langschnittuntersuchungen*）。又進一步言可能考慮的（原因）是，這些鑑定人的鑑定報告有經驗上根據的，按他們自己的說法，在比例上是很少的。因此，對於終身剝奪自由所造成的影響如何，就並沒有足夠的經驗可資依據，蓋通常提早釋放及這種提早釋放的渴望，都會對受刑人的發展有所影響。再者，各個執行機關（監獄）的不同監禁條件，也扮演著重要的

角色。

或許本來我們可以針對上述這兩種不同的見解，提出一些值得注意的觀點。但困難就在於，目前並沒有足夠可信的研究可資引證，以說明這兩種見解中的任何一者。所以至少在評價上，我們仍不能排除所有的情況，而一律認為，在一段依目前現有的了解尚無法具體指出的監禁期間之後，絕不會有一些案例可能發生令人擔憂的畸形的人格變化！

c) 在考慮到上述這種情況之下，憲法法院要作違憲審查就必須持審慎的態度（參閱，聯邦憲法法院判決 37, 104 [118] · 43, 291 [347]）。雖然基本權的保護已經相對於立法者地移轉到聯邦憲法法院身上。因此，憲法法院在審查時可不受立法者法律見解的拘束。但是，除非立法者的價值與事實判斷是可加以駁斥的——在此範圍內，憲法法院原則上可對其忽略不顧，否則立法者的這些立法判斷仍然具有重要意義。當然，在重大的基本權侵犯（是否存在）似乎仍有疑義時，這種有關事實評價的不明確性，是否應由基本權利的主體（Grundrechtsträger）來承擔，這似乎尚值得懷疑。然而，如果聯邦憲法法院對於可能產生的監禁損害，否認其牴觸基本法第一條第一項所保障的人性尊嚴的不可侵犯性，那麼，其最主要的是根據下述重要理由：

aa) 無期徒刑的威嚇，在有意義的治療執行上，有其憲法上必要的補充地位。執行機關（監獄）對無期徒刑的受刑人負有任務，致力於促使其再社會化，維持其生活能力以及防制剝奪自由造成的損害性結果，與因此尤其可能產生的畸形的人格變化。這種任務是根源於憲法，從基本法第一條第一項所保

障的人性尊嚴的不可侵犯性所導出的行刑任務。如果這項執行機關的任務能以適當的標準加以完成，那麼將因此有助於防制對受刑人相當具威脅性的人格變化。

目前，在聯邦共和國中，刑罰之執行已不再是單純的“保安執行”（Verwahrnehmung），而是致力於幫助受刑人再社會化為目標的“治療執行”。這點也符合目前聯邦憲法法院對刑罰執行問題所著成之判決。聯邦憲法法院曾一再地強調，再社會化的要求在憲法上是符合一個重視人性尊嚴且受社會國原則拘束之社會的自我理解的（Selbstverständnis）。此種對犯罪行為人而言再社會化的利益，乃是源自於與基本法第一條相關之第二條第一項的規定，受刑人應保有機會，得於監禁期間屆滿後重新返回社會、適應社會（聯邦憲法法院判決三五卷，二〇二頁〔二三五頁以下〕；三六卷，一七四頁〔一八八頁〕）。在可期待的範圍內，採取所有的法律措施，適當且必要地達成對受刑人上述的這種行刑目標，實係國家的任務所在。

如果我們從這點出發，認為，被判處無期徒刑的受刑人原則上也應該保有得重新獲得自由的機會，那麼，很合乎邏輯地，受刑人就應該被賦予得請求再社會化的權利，得以希望在長期的監禁之後能夠重新安排其自由生活（對此，參閱，聯邦憲法法院判決，四〇卷，二七六頁〔二八四頁〕，該判決涉及一位被判處無期徒刑的謀殺者）。因此，在這些情況下，刑罰執行機關應創設一些將來可釋放的要件，同時，減輕受刑人在社會中重新適應的困難。

1976.3.16公佈之行刑法（StVollzG）已考慮到這種合憲的刑罰執行的要求。該法第二條第一句便規

定，行刑之目的在於使受刑人有能力，將來在社會責任感中，能夠不再犯罪地過生活。依同法第二條第二句，執行刑罰有助於保護社會大眾不再進一步受害於犯罪行為。因此，在執行中的生活應儘可能地與社會大眾的生活關係相同，以防制剝奪自由造成的損害性結果。此外，執行刑罰亦應以幫助受刑人適應自由的生活為目標（行刑法第三條第一項至第三項）。在此，行刑法是將無期徒刑也包括在內的，而且該法之出發點認為，即使執行這種刑罰（即無期徒刑），其對犯人隔絕（*Isolieren*）的程度亦不得逾越自由刑的執行與受刑人處遇上所必要的範圍。受刑人應被如此地保持其生活能力，以便得以在獲釋出獄時能重新獨立過著正常的生活。除了第十三條第三項的休假規定（*Urlaubsregelung*）外，行刑法並未設有任何特別規定，將被判處無期徒刑的受刑人排除在法律賦予的請求權利或執行機關的給付義務之外。

因此，相對於迄今為止有效的服務規則與執行規定（*Dienst- und Vollzugsordnung*）而言，受刑人的地位已大大地改善。新的行刑法與執行目的的設定（*Erziehung*）實可評價為，有重大貢獻於實現合乎人性尊嚴的行刑目標。職是之故，除了因為休假而須受到特別規定的限制外，無期徒刑受刑人幾乎完全享有與其他受刑人相同的執行處遇；這點，實有著特別的重要性。此外，如果行刑中之受刑人根據特殊情況，客觀上有產生令人擔憂的人格變化之虞，則依行刑法第三條第二項明示之文義，執行機關有任務另外採取適當的措施防制此種重大的損害。前述的鑑定人們在結論上也已一致地表示，這種適當措施的採取是可能的。特別是Stern教授，為行刑中可能採取的相應措施提供了詳細的建議；在該建議中氏強調，“無期徒刑所留下的痕跡與傷害，幾乎無法抹滅，但卻有補償之可能”。國家的任務，就在於授權執行

機關，以便其能完成採取此種措施之義務。至於這些在個案中應斟酌的措施，則是行刑的問題，此處我們無須進一步加以討論。

bb) 根據已成立的確證，所有無期徒刑的監禁上，很少有例外地：被判處無期徒刑之受刑人均經由赦免途徑獲得釋放——除了少數，犯人的社會預測 (Sozialprognose) 不良且基於公共安全的理由被要求再作繼續的行刑之外。如此一來，受刑人重大人格變化的危險便可獲得進一步重要的限制。在三〇年期間內，各邦已確定的赦免實際情況顯示，在七〇二位獲釋的受刑人中只有少數監禁期間少於十年（有四八位）。而且也只有少數監禁期間長達三〇年（有二十七位），始獲得赦免。大多數人的赦免，都在十五年至二十五年的監禁期間進行（關於此點，參閱，1973.1026 聯邦政府對基督教民主聯盟 (CDU) 之議員質詢時所作的回答——載 BTD Drucks. 7/1171. 以及 Albrecht 著，在法律與赦免的緊張關係間，無期徒刑受刑人的社會整合 (soziale Reintegration) ；載刑罰學與刑法改革月刊 [Mischkrim] 一九七三年，一九八頁以下)。

最後應再說明者係，聯邦司法部長在對這個問題表示意見時指出，近年來，幾乎各邦都自動地轉向，以官方的立場在某段監禁期間之後，開始審查赦免的問題。他把這種趨向，歸因為係外界對無期徒刑不斷增加的批評以及西歐其他各國（普遍）運用赦免的緣故。

準此以解，近年來赦免的實際情形已根本地改變，而有利於被終身監禁的受刑人。在一九六四年，當時的司法部長 Bucher 博士答覆聯邦議會議員 Polenz 博士的質詢時曾謂，至 1963.3.31 為止，聯邦監獄

中共計九〇二位無期徒刑受刑人。而各邦截至那時爲止，整體而言只有在少數例外個案且只限於特殊情況，才赦免無期徒刑受刑人，特別是只有在，適用在那期間剛生效的少年法院法而未被判無期徒刑的受刑人的情況下，才加以赦免。當時計有十一位受刑人被赦免。爾後，依<sup>20</sup>教授的資料（前揭書，七四頁），至一九六五年爲止，在巴伐利亞邦自1945.3.8以後被判刑的三〇〇位受刑人中，有四位被赦免；在萊茵蘭——發耳次邦（Rheinland-pfalz）的五九位受刑人，則只有二位被赦免，至於黑森邦（Hessen）則根本没人被赦免。儘管我們可能考慮到，截至一九六五年爲止的赦免案件，是因爲根本没有監禁期間已足夠長的受刑人可供赦免，因此赦免頻率才如此低，但前引的最新的數字已足以清楚地顯示出，比起至一九六五年爲止，現在實有大規模運用赦免的趨向。

d) 職是之故，當受刑人因持續的危險性而有必要繼續執行刑罰，且據之應禁止赦免時，實並未牴觸人性尊嚴。國家這個共同體並不被禁止，以剝奪自由的手段保障自己，以防止犯罪行爲人對該共同體的危害。在此種情況下，剝奪自由究竟是一種保安處分的科處與執行，抑或係一種刑罰的科處與執行，這在憲法上已不再重要了。在確定犯罪行爲人危險性的情況下，比例原則即應被重視，且在此種例外下，行刑法中的規定應作讓步（*einzuhalten*），這點是無須有進一步的說理的。

### III、

Vordem 邦法院在提案決議中指論：赦免權的主體係依其自由裁量作成決定；完全無法律規定赦免的

要件且受刑人亦無請求赦免之權利；根據聯邦憲法法院判決，對於赦免證據（*Gradenervais*）的取決上，法院並無審查權（參閱聯邦憲法法院判決二五卷；三五二頁謂——）（法院）對赦免決定不具法律顧問的性質（*keine Justizbehörden von Gradenentscheidungen*），除非在撤回赦免證據的情形；聯邦憲法法院判決三〇卷，一一一頁；進一步可參閱：巴伐利亞邦憲法法院判決十八卷，一四〇頁；黑森邦刑事法院判決，載 *NW* 一九七四年，七九一頁）。

在上述這一點上，我們同意提案的邦法院的意見，亦即：依照當今的法律狀態，無期徒刑只能經由赦免的途徑獲得緩刑或釋放，這是否符合法治國原則，殊堪質疑。法治國原則要求釋放的實況應以法律明文化（*Verrechtlichung*）。

1. 赦免權屬於聯邦總統，在各邦則係總理，在薩爾邦（*Saarland*）則係部長會議，在各城邦則係邦政府（*Senaten*）所有。因而造成赦免權不同使用的情形。特別會造成：無期徒刑受刑人在被考慮赦免獲釋之前，須忍受各邦分別不同的監禁期間。根據各邦的答覆，自194538至19751231之間，各邦平均的服刑期間分別為：漢堡邦的十六年，柏林邦係十七又二分之一年，巴登一瓦登堡邦（*Baden-Württemberg*）約十八年，巴伐利亞邦、不萊梅邦（*Bremen*），黑森邦，低薩克森邦（*Niedersachsen*），薩爾邦（*Saarland*）及舒來史維格——霍爾斯坦邦 *Schlesing-Holstein* 在二一至二二年間；而萊茵蘭——發耳次邦（*Rheinland-Pfalz*）則約二二年。這種不平等的情形，在不同邦的受刑人被安置在同一個監獄中時，更顯而易見。

2. Dr. Triffterer 與 Dr. Müller-Dietz 二位教授已在言詞審理中及他們發表的文章上，令人印象深刻地描述了赦免程序的缺點（參閱，前述的 A VII 4. 的部分）。

二位教授強調，這些缺點即使修改赦免程序，亦無法加以排除；因為只要我們堅持認為，赦免優先於法律（*Grade vor Recht ergehe*），亦即，赦免不受特定法律標準的拘束，則這種源於事物本質（*aus der Natur der Sache*）而對赦免權訂立的詳盡的法律規定（*rechtliche Fixierung*），就只有在一定條件下才有可能。當今的赦免途徑事實上運作的方式，是一種帶有缺乏可預測性與監督之缺陷的緩刑釋放。因此，我們可以清楚地了解到，目前赦免的實際情形係處於一種途徑之上，這種途徑若按照赦免原本論理的出發點（*dogmatischen Ausgangspunkt*）來看，本來係應該被禁止的。

3. 但 Dreher 教授（前揭文，三三四頁以下）則特別指出，在言詞審理程序中同樣已被討論過的有關無期徒刑附條件緩刑之法律規定的缺點。如果在無期徒刑執行當中逾越了（*Übergewechselt*）犯人再社會化預測的刑罰制度（*das System der Prognosestrafe*），且依犯人的危險性為繼續執行刑罰的依據，將因而抵觸責任刑罰（*Schuldstrafe*）的本質。進一步言之，附條件緩刑的法律規定將因而抵觸無期徒刑之刑事政策的觀念；因為這項概念係認為，在最嚴重的罪責下，社會預測是沒有意義的（而法院卻只能以犯人「再社會化之預測」為裁量之依據，決定宣告緩刑與否）。此外，在一段特定的最短監禁期間之後，按照規定的無期徒刑的釋放將會造成無期徒刑的變質（*Denaturierung*）。它的嚇阻作用也會變得比較小，同時，不能對日漸升高的謀殺和故殺致被判刑的案件，負起抑制的責任。在此等範圍內，可能的被害人

之利益損失要遠大於被判刑者。此外，（附條件緩刑的）法律規定的效果和因此而產生的請求釋放的權利，也可能會嚴重地被忽略。最後，法律規定無期徒刑可提前釋放，也可能與目前十五年的上限（Obergrenze）的有期徒刑相齟齬。人民的法感 Rechtsgefühl 與安定感將受到減損。接著會造成如下印象：本來是死刑，現在因為出現了後門，連無期徒刑也要被廢除。此外，還有與附條件緩刑相關聯的個案安排（Einzelausgestaltung）的問題，也完全無法解決。

基於以上這些質疑，Dreher 教授寧可認為，赦免權的規定足以勝任解決無期徒刑的難題。至於各邦並不一致的赦免實際情形，則可透過組成一個邦際的赦免委員會而有效地加以統一化。

4. a) 在審查無期徒刑的合憲性時，特別從基本法第一條第一項及法治國原則的觀點，可以發現：只有在受刑人保有具體的及原則上可實現的機會，可以在將來一定時點之後得以重新獲得自由，才是真正保證了合乎人性尊嚴的無期徒刑的執行；因為當受刑人不顧其人格的發展，而放棄了重新獲得自由的每一線希望時，人性尊嚴的精髓（Kern）將受到打擊。如果我們期望能夠根據對人性尊嚴的理解，使無期徒刑的執行可以完全被忍受，符合憲法上的要求，那麼僅有赦免的制度（Institut der Begnadigung）並不足以達成我們這種期望。這點我們可以同意鑑定人 Müller-Dieck 教授的觀點，他指出：大部份的赦免決定已變成一種根據犯人的危險性作再社會化預測的決定。這種赦免決定實因此履踐著根本不屬於赦免主體工作範圍內的任務。赦免（決定）係在不公開、不受司法形式保障的程序下發佈。雖然各邦的赦免實務，在赦免決定前有著極其謹慎的準備工作，但在程序上及釋放時點的確定上，仍存有重大的差異，並

未因這個理由而得以接受事後審查。

法治國原則係屬於一種直接拘束著立法者的指導理念 (Leitideen)；這項原則源自於綜合觀察基本法第二〇條第三項有關於個別統治權的限制 (die Bindung der Einzelgewalten)、第一九條第四項、第二八條第一項第一句等規定，以及基本法的整體概念 (Gesamtkonzeption) 而得出。雖然依照聯邦憲法法院判決 (參閱，聯邦憲法法院判決七卷，八九頁 (九二頁以下)；二五卷，二六九頁 (二九〇頁)；二八卷，二六四頁 (二七二頁)；三五卷，四一頁 (四七頁)；NW 一九七七年，八九二頁 (八九三頁)) 之見解，這項原則並不含有對所有個案的每件事實明確而特定的憲法位階上的誠命或禁令 (Gebote oder Verbote)；但相反地，此項憲法原則須要依客觀事實的需要加以具體化，以在整體上維護法治國的基要素與法治國性 (Rechtsstaatlichkeit)。在本案系爭的事實上，所涉及者係要決定對受刑的關係人員有重大生存意義的問題，因此，不論依法安定性的原則，抑或實質正義的原則均要求：無期徒刑緩刑之要件與適用之程序應以法律加以規定。至於在個案中的安排 (Ausgestaltung)，則於憲法界限範圍內，應讓諸立法者有立法形成的自由 (Gestaltungsfreiheit)。

b) 相對於此，還有一對附件條緩刑的法律規定的質疑，所未提及 (nichtdurchgreifen) 的問題。責任刑罰原則與附條件提前釋放制度之間的齟齬 (Widerspruch)，在刑法上已並非新鮮事。早在 一八七一年帝國刑法典第二三條規定，就已經可以看見這種齟齬：如果被判處長期間自由刑的受刑人在監禁期間達四分之三後，得於一定條件下暫時獲得釋放。但無期徒刑受刑人排除其適用。然而，經過一百

年的演變，贊成將無期徒刑包括於得暫時釋放的規定中的意見增加了（參閱，ROE，前揭一四五頁）。惟對此所進行的討論則在一九三三年趨於停止。當一九五三年刑法第三次修正法，將暫時釋放制度放寬為在監禁期間達三分之二後，得附條件釋放時，無期徒刑並未被考慮包括在內。相反地，在當時及其後幾年，在大刑法委員會（Großen Strafrechts Kommission）中甚至討論重新採用死刑（參閱，大刑法委員會會議紀錄，第十一冊，有關死刑的討論）。對無期徒刑受刑人附條件釋放的可能性完全加以忽略（參閱ROE，前揭一四八頁）。準此，在一九五八至一九六二年刑法草案中只限制適用於有期徒刑得附條件釋放（Aussetzung eines Strafzites...或即餘刑之暫緩執行（即緩刑））。其理由如下（一九六二年刑法草案，§七九條之立法理由，BTDrucks. W/650）..

“雖然有些外國法將無期徒刑包括在適用範圍內。然而，這種釋放係牴觸草案本身的一般基本原則的。這種提前釋放的可能性係接納刑罰矯治的目的為理由，而以之為客觀刑法自明的規定（Einrichtung）。唯無期徒刑按其本質，並非根據此等目的，而係僅僅或至少更重要地係以犯人所應承擔的罪責的均衡（Ausgleich der Schuld）為根據的。無期徒刑的執行並無為將來的自由生活作準備的含義。因此，是否此種刑罰在個案中應予以縮短（而得以提前釋放）？這個問題並不取決於刑事政策上、法院審查上可令人接受的觀點，而只取決於保留給赦免權評斷時所作的考慮。”

對於這個問題，一直到一九六五年才被Ulrich（“無期徒刑受刑人之命運：一文，載Mischkin—一九六五年，二五七頁（二六五頁））重新研究。此後，是否無期徒刑附條件釋放制度應施行，抑或僅保

留赦免制度？這個問題在第四及第五屆德意志聯邦議會的“刑法”及“刑法改革”這兩個特別委員會（*Sonderausschüsse*）中再度成爲討論的焦點。特別委員會雖然不採一九六二年草案之理由；但亦同樣放棄在法律上規定無期徒刑的附條件釋放。因爲該委員會認爲，爲了給予受刑人一個真實的希望，以及恢復其能夠重新適應社會的能力，而在法律上規定無期徒刑的釋放，這原則上是不合乎期望的。儘管如此，在此種情形下特別委員會仍然主張赦免機關有唯一的管轄權利，因爲在公開廢除死刑之後如此短促的時間內，我們還無法“期望”——從法律的觀點來看可以說“確定”：無期（徒刑）不會真是無期（徒刑）吧！（*lebenslang doch nicht lebenslang sei*）（第五屆德意志聯邦議會，刑法改革法特別委員會，會議紀錄第二冊，二〇一九頁）。因此，這兩個委員會仍然與一九六二年刑法典草案一致地堅持，緩刑（譯按：即附條件釋放）制度只對有期徒刑有其適用（前揭會議紀錄）。

當一九六八年司法部長會議贊成將，允許無期徒刑受刑人在適當刑期後得重回自由生活的規定，訂明於法律時；似乎係希望修正特別委員會反對作法律規定的意見（前揭會議紀錄二五九三頁）。尤其是聯邦司法部的代表，在特別委員會中所提出的一份報告，更有助於說明這點（同前揭紀錄）。後來雖然委員會與其最早的決定不同，而決議將此問題按照一九六九年開議時各黨團（*Faktionen*）的意見重新討論（前揭，二五九九頁）。但最後該委員會仍舊堅持其原先的決定，而否決了在法律上作成明文規定。

刑法學者所提出之選擇性草案（*Alternativ-Entwurf*）——譯按：指在西德刑法修改過程中，由 *Baumann* 等十四人的教授團，針對一九六二年政府草案所提出的對立性草案，供政府修改時選擇之用）

已在第四八條第二項第二句中擬定，無期徒刑至少在監禁十五年後才能附條件釋放。行刑委員會亦在其有關：付保護管束之緩刑。(Stralauseetzung zur Bewahrung)這一論題的建議中研究無期徒刑的這一問題，並且作成如下建議(行刑委員會會議報導，第一冊，一九六七年，一五〇頁)：

“4. 本委員會建議：如果無期徒刑被包括在(附條件釋放的)法律中，那麼儘管可能仍有赦免決定，對無期徒刑受刑人實應以如下標準實行附條件釋放制度：

a) 當監禁期間已達20年時，才開始第一次審查附條件釋放的問題；

b) ……

1969.7.4的第二次刑法改革法(BGBI. I冊·七二七頁)及1974.3.2刑法典施行法(BGBI. I冊·四六九頁)——此二法中公佈了，刑法總則全新的條文(Neufassung)及由執行法院施行的附條件緩刑制度的大部份新規定(Neugestaltung)——仍然並未規定無期徒刑得附條件緩刑。因此，刑法第五七條只適用於有期徒刑之緩刑(參閱，D. Lehmann, 德國刑法，第三六版，一九七六年，五七條)(譯按：附條件釋放制度是否限定適用於有期徒刑？抑或亦可以適用於無期徒刑(終身自由刑)的問題，在西德刑法學者一直有爭論，迄至一九六九年西德刑法第五七條，仍規定附條件緩刑僅適用於有期徒刑。無期徒刑的釋放，並非附條件釋放制度所可適用，而應屬於刑罰赦免，如大赦與特赦的領域。

一直到一九七四年，聯邦司法部針對第十五次刑法修正法的專題研究草案(Referentenentwurf)中，這個問題才有了新的轉機。這份草案擬定：當刑罰執行了相當部分時間後——草案認為不得低於十二

至十五年——且得以通過試驗：是否受刑人除了此項刑罰執行之外，不會再有其他犯行時，則無期徒刑受刑人之刑罰執行，可因受刑人同意付保護管束而延緩（緩刑）。至於是否釋放，則由獨立的刑事執行庭（Strafvollstreckungskammer）來決定；法律救濟（上訴或抗告）則由公開審理的邦高等法院來判決。

該草案的前言便指出：本草案主張在一定的要件下，可延緩無期徒刑的繼續執行。無期徒刑乃現行法最嚴重的刑罰，基於防衛社會大眾免受最嚴重犯行侵害之必需，該刑罰有必要繼續存在。只要這種刑罰有助於保護社會大眾，那麼它就不僅應科處，而且應執行。然而經驗顯示，即使在防衛社會的觀點下，也絕非所有的案件都需要去執行這種科處的刑罰，一直到生命結束（bis zum Lebensende）。在本案主要爭執的謀殺行為上，就有不少案例所涉及的不僅是因制度所引起的（situationsbedingte）犯行，而且涉及不會發生再犯危險的犯人人格。在這些社會預測顯示良好的案例中，繼續執行無期徒刑實無法在刑事政策上加上正當化。而且我們所獲得的這些經驗：長期持續不斷的剝奪自由，意味著格外的身心負擔，且將造成受刑人人格結構的嚴重減損；正足以證明，無論如何，應落實（無期徒刑）提前釋放的可能性。此外，如果一開始就阻絕了受刑人重回自由的每一線希望，那麼將不可能會有有意義的刑罰執行。更何況，迄今為止，絕不是每一位受刑人通常都停留在行刑中一直到生命結束。然而，現行制度中獨立的以及根據個案所作的赦免決定，並不能令人滿意地解決這個問題。國家辦事處及各邦政府辦事處（staats- und Senatskanzleien）的負責人在其1972.3.16的決議上就非常正確地指出：以一個統一的赦免實務來糾正現行法的缺失，實非赦免機關應作的工作。

因此，我們不能因為法律明文將無期徒刑提前釋放的可能性包含在內，而認為其違反了罪責原則。相反地，我們贊同行刑委員會所表示的看法（參閱，行刑委員會會議報導，第一冊，一九六七年，二一頁）：一項在論理上可能前後不一致地出現的法律規定，在刑事政策上卻可能是正確的。另外，Müller-Dietz教授亦在其聽審（Anhörung）中指出：所謂的緩刑釋放，在刑法與行刑法是重覆一致的。因為在刑典中已經明白地表示，無期徒刑從法律的觀點（von Rechts wegen）絕不需要完全地加以執行的。前面所提及的，行刑法中以犯人再社會化為目的之規定，從現在起也對無期徒刑的受刑人有其意義。

另外一個問題是：是否提前釋放應以良好的社會預測以及某一段最低限度的監禁期間為唯一決定標準？這項對於目前存在的專題研究草案（Referentenentwurf）的質疑，並不足以嚴重到反對法律明文規定，因為對於無期徒刑受刑人的釋放，除了社會預測之外，我們可以在法律上明定其他的釋放標準。例如，我們可以著眼於：在規定釋放時點時考慮到謀殺行為的不法內涵與罪責內涵。這樣一種細分的可能性可以正確地評價每一個個案的特性。至於在此找到一項有意義的規定，則是刑事立法者的任務。

不過這樣可能還是會有另一項重大質疑：（如此地將無期徒刑的附條件釋放以法律明定）將可能減低無期徒刑的威嚇效果。關於這點，Dreier教授（前揭三三九頁）以及在言詞審理中Müller-Dietz教授已指出：現今的赦免實際情形，已經造成一般人民中廣泛流行著的見解，認為無期徒刑並非真如其名，實際上並未真的無期。最有名的是在行刑中流行的俗語：「無期徒刑也是暫時的」（Lebenslanglich ist auch vergänglich）。基於這種已廣泛流行的見解，對無期徒刑的釋放在法律上加以明定並不會產生特

別減損人民的法感與安全感。因此，以法律明文規定所造成的「侵蝕刑罰」(Erosion der Strafe)的效果並不會超過公開確定這種已廣泛存在的客觀狀態。

最後，我們認為，規定(Ausgestaltung)附條件釋放的困難性並不會大到值得重視；因為如果我們同樣地以法律規定，則在附條件赦免時亦會發生同樣的困難。

5. 基於前述的衡量，立法者負有一憲法上的義務去制定一項相應的法律規定。按照聯邦憲法法院的判決，我們應該給予立法者一段蒐集經驗的適當時間，以針對無期徒刑及其執行上的難題等這些正在發展中的綜合體(Komplex)，因應解決之道。只有當立法者空有適當解決問題的足夠經驗，而仍疏於檢查與改善時，這項(無期徒刑附條件釋放的)法律規定的缺乏，才足以構成憲法法院干涉的理由(參閱聯邦憲法法院判決四三卷，二九一頁(三二一頁))。在此，我們應當賦予立法者有這樣的活動空間(Spielraum)。

#### IV、

當立法者將無期徒刑視為對最嚴重的殺人行爲的一種必要且適當的制裁時，那麼它就沒有牴觸憲法上有意義且適當刑罰的要求(Gebot des sinn- und maßvollen strafens)(參閱，聯邦憲法法院判決，二八卷，三八六頁(三九一頁))。

1. 聯邦憲法法院曾多次反覆地研究國家刑罰的意義與目的，對於學理中所主張的刑罰理論，原則上

並未表示意見。即使在系爭案件中，也沒有理由深入研究不同的刑罰理論；因為聯邦憲法法院並沒有任務從憲法的觀點，去為刑法學理中的理論爭執作決定。同樣地，立法者自一九六九年以來的刑法改革法，就不願對刑罰的目的表示意見，而且僅設置了不致因為學理上承認的理論而阻礙了其繼續發展的開放性的規定（參閱 BTDrucks V/4094，四頁以下；Dreher，德國刑法，三六版，一九七六年，德國刑法第三六條的註釋三及四；Laetner，德國刑法第一三條——立法者瑕疵給付？載：Wilhelm Gallas教授紀念文集，Berlin-New York 一九七三年出版，一一七頁，一二一頁，一三六頁）。惟現行法及德國法院判決實多追隨所謂的綜合理論（Vereinigungstheorie）——雖然置重點不同——，試者將所有的刑罰目的相互結合於一個相權衡的關係（ausgewogenes Verhältnis）。該理論係在憲法所賦予立法者立法形成的自由的範圍內，去承認個別的刑罰目的，去相互權衡並彼此調和個別的刑罰目的。準此，聯邦憲法法院在其判決中，已不祇強調罪責原則，而且也承認其他的刑罰目的。該院將保護社會生活的基本價值視為刑法的任務。將罪責均衡、預防、犯人的再社會化、贖罪以及應報不法犯行等，均視為適當刑罰制裁的目的（參閱，聯邦憲法法院判決，三二卷，九八頁〔一〇九頁〕；二八卷，二六四頁〔二七八頁〕）。

2. 提案之邦法院認為：根據聯邦憲法法院所承認的刑罰目的，無期徒刑並不具有正當化的理由。它並不具有立法者所假定的威嚇效果；它用來保護社會大眾對抗可能的累犯犯人，在大多數案例中實嫌多餘；同時它也侵犯了具有憲法基礎之請求再社會化的權利。又用以贖罪與應報而言，無期徒刑亦不妥適。

這些觀點，並不能令人贊同。相反地，根據聯邦憲法法院所承認的，而且基本上符合通說所主張的

綜合理論的刑罰目的，來加以審查，我們可以得出：無期徒刑作為制裁最嚴重殺人行為，以保護作為重要法益的生命的生命的手段，實達成了一項重要功能，而且不僅符合今日一般人民普遍存在的價值觀，同時也清楚地說明了人民思想教育中的非價判斷（Unwerturteil）。這種制裁絕不致於阻礙，無累犯危險的謀殺者將來的再社會化，而且也符合刑罰罪責均衡與贖罪的功能。因此，總而言之，無期徒刑對謀殺行為並非無意義的刑罰。

a) 如果刑罰的最高目的在於防護社會免於有損社會行為的侵害，並且保護社會生活的基本價值（普遍的一般預防，（"allgemeine Generalprävention"）），那麼在此我們所必要進行的整體觀察，首先就應從被侵害法益的價值，以及侵害行為損害社會的程度——也應與其他被處罰的行為相比較——出發。每個個人的生命屬於最高的法益。國家對其有保護的義務，這種義務可從基本法第二條第二項第二句直接導出；亦可從基本法第一條第一項第二句明示的規定導出。如果立法者對於這種最高法益的特殊可責的侵害，以傳統的概念「謀殺」來加以界定（umschrieben），那麼我們——至少在出發點上——便不能在憲法上對其加以指謫。

當然，無期徒刑對謀殺行為的一般預防效果，仍有著相當不同的評價（參閱，Rohl，前揭二〇一頁以下）。故對此——如同鑑定人一致地在有關的刑罰學及刑法文獻上所已說明的——我們應區別一般預防的消極觀與積極觀來加以探討。

aa) 一般預防的消極觀在習慣上得以，威嚇其他有違犯類似犯罪行為之虞的人，這個「威嚇」概

念來加以說明（「特殊的一般預防」（spezielle Generalprävention）——參閱聯邦最高法院刑事判決二四卷，四〇頁（四四頁））。對此，鑑定人們一致地表示：對謀殺行為而言，無期徒刑的威嚇作用可及於多大範圍的潛在犯人，並無法確定。的確，我們對這點相當缺乏特別的研究。而且，誠如言詞審理中所已陳述的，即使一般實證經驗上對威嚇問題有些許的研究，但因這些研究在方法上的可靠性（Zuverlässigkeit）、可普遍化程度（Verallgemeinerungsfähigkeit）及因而其（在訴訟上的）供述能力（Aussagefähigkeit），均須持保留態度。

當然，大部分的謀殺者犯罪，是出於衝突狀態（Konfliktsituation）。然而，僅從這點我們尚無法推論出：在這些案例中，刑罰威嚇係無作用的。因為即使是衝突中的犯人（Konfliktäter）也不必然是冒冒失失、不假思索或草率莽撞地以謀殺來克服眼前的困難。相反地，這些犯人必然是在考慮過各種消弭該衝突狀態的可能性，而沒有別的出路時，才實施謀殺計劃。就在這個潛在的謀殺者設法從他的狀態中找尋出路的階段，這種在一般人意識中對人的生命高度的（lebendig）評價，以及因此而對謀殺的評價（參閱下述的g部分），阻止了他的謀殺行為。此時，無期徒刑也直接在上述情形影響到他：為了避開這種刑罰，他試著找尋其他的解決途徑。惟應注意者，係衝動犯與情緒犯（Trieb- und Affektäter）的情況又不相同，因為這兩種人通常不會有上述這一類的考慮，與找尋其他的出路。但即使在此範圍內，我們——如同刑法實務家們對這個問題所已指出的——仍不能——開始就設定刑罰威嚇完全不具作用。

bb) 一般預防的積極觀通常是，從維護與加強一般人對法秩序的存在力和執行力的信賴，這個角

度去理解（參閱，聯邦最高法院刑事判決，二四卷，四〇頁（四六頁）；二四卷，六四頁（六六頁））。執行法律以對抗犯罪違犯的不法，乃國家之任務；裨以證明在法律共同體中，法秩序的堅定不渝，並加強人民對法律的忠誠（Rechtsstreue）。對於此點，雖然迄今並無任何可靠有效的研究。而且，對於最嚴重的殺人犯罪而言，從特定的刑罰威嚇或刑罰實務得出的減低犯罪的作用，其機率根本也無法精確地加以指出。然而卻有著足夠可靠的根據，證明：無期徒刑的威嚇與科處，在教育一般人對人的生命形成法律意識，這個層次上，有著重大意義。

在被用以威嚇的刑罰的刑度上，立法者已表達了他對於以刑罰加以制裁的犯罪行為的非價判斷。透過這種非價判斷，他基本上有助於教育人民的法意識。亦即，正是像無期徒刑這樣嚴重的刑罰，特別適合於用以加強人民的意識，使其能認識到，人的生命係一極有價值且無可替代的法益，應受到特別的保護與普遍的重視及肯定。透過這種意識的思想教育，可整體普遍地提高人民，克制其危害人的生命的意思，特別是故意毀滅人的生命的意思。

基於上述理由，質疑無期徒刑對一般預防的目的而言並非必要的這種說法，實屬謬誤。雖然我們可以指出，當死刑尚被允許的時代，謀殺行為依然有人違犯；而且在某些不再承認死刑的國家，重罪（Kapitalverbrechen）亦沒有明顯升高。然而，（如果無期徒刑不應存在，則）實在還有一個以目前刑罰學上的研究成果仍無法解決的問題：究竟係三〇年抑或二五年抑或根本只要二〇年的有期自由刑，能夠達到足夠的一般預防效果？因此，在這種狀況下，如果立法者不僅侷限於一般預防的消極觀（參閱上述

的aa)部分)，而且也賦予無期徒刑前述的作用——在教育一般人法意識上有重大意義（這種意義無法從有期徒刑的威嚇得出），那麼他係持守了立法者立法形成之自由的分際的。

b) 以對個別犯人實施保安處分（Sicherung）為內容之消極的特別預防（negative Spezialprävention）的刑罰目的，可經由對犯人終身看管（Verwahrung）的方式圓滿達成。惟是否基於安全性為理由，而終身執行自由刑，通常應視犯人累犯的危險而定。這種危險，依照對各邦的調查顯示，謀殺者累犯的機率較低（約50%），而通常的累犯頻率則在50%至80%之間。就因為這種情況，似乎使得各邦另提出考量的理由，主張：僅僅保安目的並不能正當化對謀殺者，一概地科處無期徒刑。

然而，對所有的謀殺者一律判處無期徒刑，至少可以使我們能夠，不是一開始就將刑度和該刑度謀殺者應監禁的期間，取決於格外困難，而且也常常不確定的長期間的犯罪預測的結果。否則，一旦因為不適當的預測，使得有危險傾向的暴力犯人可以在有限期間的刑罰監禁之後，重新獲得自由，則危險豈非要更大得多。雖然我們不可以忽略了，這樣適用，會使得那些在某段監禁期之後，對社會大眾已無危險性而應可重獲自由的謀殺犯，也被判處無期徒刑。但至少，這種情形可由前述的（附條件的）釋放，加以修正。

c) 在考量到目前的赦免實務，以及緩刑程序被要求法律明文化的情況下，無期徒刑的科處，並未抵觸源自憲法的再社會化思想（積極的特別預防（positive Spezialprävention））。被判處無期徒刑的謀殺犯，原則上享有在某段監禁期間後重新獲得自由的機會。這項在行刑法中所保障的再社會化的目標，係

會積極地影響到謀殺者的。因此，我們可以確認，謀殺者在將來釋放以後，仍有生活能力及重新適應社會的能力。只有對社會大眾仍具有危險的犯人，行刑的再社會化目標才無法起任何作用。但這並非被判處無期徒刑所致，而係因為相關受刑人特殊的人格關係所致，這些受刑人長期地排斥有成功希望的再社會化。

d) 至於最後所談的罪責均衡與贖罪的刑罰目的，如果謀殺者因其極端的不法內涵與罪責內涵，而被科以非常高的刑罰，則是符合目前刑罰制裁體系的。更何況，這樣的刑罰也與一般人的正義期待相吻合。準此，則立法者更可以邏輯一貫地，對於以特殊可責的謀殺方式毀滅人的生命的行爲，處以這種最高的、隨時可任其使用的刑罰。

雖然刑罰的贖罪功能在「社會防衛」(„*defensive soziale*“)思想佔居優勢的時代，仍存有激烈爭論。但如果立法者仍然繼續以之爲一正當的刑罰目的，那麼他便可認爲，以謀殺方式毀滅一個人生命的犯罪行爲人，應承擔其嚴重的罪責，而且，他要重新回到社會，應以，由一段有提前獲釋機會的相當長的自由刑消化其罪責(*Schuldverbeitung*)，作爲要件。

在外國所謂的(無期徒刑)不同地逐漸消失的發展，並未見繼續進行。在大多數已廢除死刑的國家，仍一如往昔地科處無期徒刑，作爲對最嚴重犯罪的制裁。義大利憲法法院就曾在其1974.11.7/22的判決，明白地研究無期徒刑與義大利憲法第27條第3項的一致性。因此，刑罰的目的不僅係犯人的重新適應社會；威嚇—預防以及社會防衛—在不小範圍內係矯正——均爲刑罰可被允許的理由。

1. 根據源自基本法第二條第一項及第二條第一項（人性尊嚴與人類自我負責）以及法治國原則的罪責原則，構成要件與法律效果——相較於正義理念——應適當地相互調和（參閱聯邦憲法法院判決二〇卷，三三三頁〔三三一頁〕；二五卷，二六九頁〔二八六頁〕；二七卷，十八頁〔二九頁〕）。因此，該項被用以威嚇的刑罰，應與犯罪行為的嚴重性以及犯罪行為人罪責的程度，處於適當關係；被科處之刑罰不得逾越行為人之罪責。如果犯罪行為顯示出不同程度的罪責（Verschuldung）與嚴重性，那麼原則上，就應該讓法官有調整刑罰的可能性（參閱，巴伐利亞邦憲法法院判決，三卷，一〇九頁〔一一四頁〕；同此見解，Nipperdey, “人性尊嚴”，載：Neumann-Nipperdey-Scheuner 著，基本權，第二冊，Berlin 一九五四年出版，三三三頁；Sires, 犯罪效果與基本法，Tübingen 一九六〇年出版，一三三頁）。一項牴觸憲法上比例原則的刑罰規定，係不能成爲合憲秩序的一部分的（聯邦憲法法院判決六卷，三八九頁〔四三九頁〕）。

2. 在這種關聯下，便出現了特別是本案的關鍵問題：是否對於每一種以殘暴手段殺人，以及爲掩飾另一犯罪行為而殺人的情形，均處以唯一無期徒刑，係違反比例原則的？這個問題也特別有提出的必要，因爲立法者除了謀殺罪（刑法第二二一條）及殘害人群罪（刑法第二二〇a 條第一項第一款）這兩種情形外，通常會預留一個裁量範圍，讓下判決的法院根據刑法第四六條所規定的量刑理由，在具體個案中決定適當的刑罰。提案的（Verden）邦法院便係因此而要求，對謀殺罪的刑罰科處，也應該有一定的

裁量範圍，使法官能夠在個案中，調和刑罰與犯罪行為的不法內涵和犯罪行為人的罪責；藉此使法官得以免被強迫去科處，他認為顯得不適當的過高刑罰（對此，參閱 *Sarsstedt, Verh. DJT* [一九五五年] 四一期，第二冊，D43）。

雖然如此，不過這裏我們應注意到：絕對的刑罰有助於法安定性與犯罪行為人的平等處罰。根據經驗顯示，對類似案件（類似的犯罪要件）各個法院的量刑標準相差甚大。法官普遍而言都比立法者溫和，而且有時傾向於，儘可能在案件中避開適用最重的刑罰，而這些案件正係立法者本欲以最重的刑罰加以科處的。這種傾向愈大，法定的最低刑度就會愈來愈高（參閱 *Rohr* 前揭一八七頁）。而對於像謀殺這樣嚴重的犯罪，力求能儘可能同樣地劃一適用，會因為已經形成的公式化（*Schematismus*），造成在個案中令人不能滿意的結果。因此，絕對科處此種嚴重的刑罰只有在如下情形，才不致發生憲法上的質疑：當法律已經讓諸法官，能夠將具體案件涵攝（*Subsumtion*）於抽象規範之下，而得出與憲法上比例原則相一致的刑罰時。如果我們——如同言詞審理中所已得出的——能考慮刑法總則的規定，以及經由對刑法第二一一條作合憲的限制解釋，等別是對以「殘暴的」手段和「為掩飾另一犯罪行為」這兩個謀殺罪要素作限制解釋，則上述不生憲法上質疑的相標，便能達成。

a) 在法律實效性上（*Rechtswirksamkeit*），刑法第二一一條第二項的情形科處無期徒刑的絕對性，要比第一眼看到的印象要小得多。立法者主要係透過刑法總則的規定，使得犯人人格與行為上的特殊

情狀，能被法官所考量。在此，我們可以舉出刑法第二〇條及二二條，有關無責任能力人不罰以及減輕責任能力人減輕其刑的規定；另外還有相關連的刑法第二三條第二項與四九條，有關謀殺未遂以及第二七條第二項第二句幫助犯減輕刑的規定。最後還有少年法院法的有關規定，特別係該法第一〇六條第一項。

依照刑法第二二條規定，減輕責任能力人有被減輕的可能性，這點特別對衝突犯（Konfliktäter）有特殊重要性（參閱，聯邦最高法院刑事判決，八卷，一二四頁）。聯邦最高法院繼帝國法院的判決之後（帝國法院刑事判決 57,76 · 73,121）針對舊刑法五一條規定，發展了「法學上的生病概念」（juristischen Krankheitsbegriff），這個概念係在最高法院刑事判決十四卷，三〇頁（三三頁）被詳盡地說明，而且作為將來持續判決的基礎。據此，不僅係醫學臨床上一精神病學意義上的精神疾病，會落入該判決規定使用的「精神活動疾病障礙」概念中，而且「所有各種有關智力活動（Verstandestätigkeit）的障礙，以及會減損一個正常的且精神上成熟的人，得以形成其意志的觀念與慾望的意志生活、感情生活和性生活的障礙」也都包括在「精神活動疾病障礙」這個概念中（故變態的性衝動也包括在內——參閱最高法院刑事判決二三卷，一七六頁）。雖然新刑法第二〇條用心靈上障礙（die seelischen Störungen），與舊法第五一條的規定用語不同；但判決基本上仍未改變。誠如 Kreuzer（ZRP, 一九一七年，五〇頁〔五一頁〕）所說的，一九七四年每個因為謀殺罪而被判刑的成年人，均被視為減輕罪責人。

b) 到目前為止，謀殺罪中以「殘暴的」手段和「為掩飾另一犯罪行為」這兩個要素，早在判決中被作限制解釋。

aa) 文獻上普遍一致地將，利用被害人無猜疑 (Arglosigkeit) 與無抵抗能力 (Wehrlosigkeit) 理解為「殘暴」概念——就外在 (客觀的) 行為面而言。帝國法院刑事判決七七卷，四一頁 (四四頁)；聯邦最高法院判決二卷，六〇 (六一頁)；三卷，一八三頁 (一八五頁)；六卷，一二〇頁 (一二一頁)；九卷，三八五頁 (三八九頁)；一一卷，一三九頁 (一四三頁)；二三卷，一一九頁 (一二〇頁)；另參見 Dreher, 德國刑法，三六版，一九七六年，刑法第二一一條，Rdn. 6. Lackner, 德國刑法，十版，一九七六年，第二一一條，Ann. 7a. 同此說 Lange, 載：Leipziger 註釋書，九版，一九七四年，刑法二一一條，Rdn. 10, 氏將「殘暴」亦定義為係一個「畏懼公開格鬥，……有計劃地欺騙的行為」，經由這種行為「破壞或阻礙受害人的防衛」；不同見解 Eser, 載：Schönke-Schröder, 德國刑法註釋書，十八版，一九七六年，第二一一條，Rdn. 14, 氏將「殘暴」一要素只限制在「利用 (被害人) 無猜疑」，而獲得較高的無抵抗能力的狀態。

聯邦最高法院在其刑事判決十九卷，三二一頁 (三二二頁) 中明白地闡示：利用 (被害人) 無猜疑或「無抵抗能力 (Arg- oder Wehrlosigkeit)」並不足以構成殘暴行為，須兩要件同時並存 (無猜疑及「無抵抗能力 Arg- und Wehrlosigkeit」)，始足構成。

因此，如果被害人或已準備防衛的第三人因犯罪行為人的行為而並非十分安全，則利用被害人之無猜疑，就只能相對於可親自或借助第三人以抵抗對其生命之侵害的人 (譯按：亦即，須被害人無猜疑且亦無抵抗能力)。

至於主觀的行爲面，判決則要求：行爲人不僅須認識到（*kennen*）可利用被害人無猜疑且無抵抗能力的狀態，而且除此之外尚須意識到（*sich bewußt*），對被害人的無猜疑且無抵抗能力及犯罪之實施而言，此種狀態的重要性。因此在某些情形下，此要件便不具備，例如當行爲人因受到強烈的激怒，而無法認識到及意識到被害人這種無猜疑與無抵抗能力的事實時（聯邦最高法院判決一一卷，一三九頁（一四四頁））。

、殘暴”這個構成要件要素，進一步的重要限制爲：犯罪行爲人的侵害不僅須利用無猜疑與無抵抗能力，且須出於對被害人仇恨的心理傾向（*feindlichen Willensrichtung*）。因此，像謀與其無猜疑且無抵抗能力的家屬同死，以避免他們遭到想像中的污辱及經濟上的危難的自殺者，所爲之行爲，即非屬殘暴之行爲。又如開給垂死的病人足以致死的過量藥劑，以解除其痛苦之醫生，所爲之行爲，亦非刑法第二二一條第二項意義下的殘暴（*Lange*，載：*Leipziger* 註釋書，九版，刑法第二二一條，*Rdn.10*）。因此，提案的邦法院所提出，爲支持其主張：、殘暴，這個概念要素不足以界定謀殺與故殺的刑罰構成要件，所引用的例子（醫生爲病危的病人實施加工自殺），實與此並不相關。

在後來的判決中（聯邦最高法院刑事判決二〇卷，三〇一頁（三〇二頁）），聯邦最高法院對殘暴這個要件又再進一步加以限制，要求：行爲人此項仇恨的態度，須係暗藏的（*heimlich*）。因此，如果行爲人以公然仇恨的態度阻擋受害人之防衛，那麼即使被害人未顧慮到其生命所受之侵害，致行爲人將其殺害，仍非殘暴；除非他懷著殺人故意，以謀慮週詳的計劃誘騙被害人落入圈套，因而取得一項一直到

殺害行爲實施時，仍然有利的殺害時機（聯邦最高法院刑事判決一二卷，七七頁（七九頁）。

bb) 至於「掩飾意圖」這個謀殺罪要素，立法者則自如下觀點出發：犯罪行爲人所追求的這種目的，有特別的非難價值（*mischligenswert*）。舉些典型的例子：爲了不被發現而殺害目擊證人；爲了不被認出以便脫逃，殺害跟蹤的警察；爲了不因其尖叫而引起第三人注意，殺害被害人。

根據逾越構成要件不罰（*Aufhebung der Übertretungstatbestand*）原理，只有重罪（*Verbrechen*）及輕罪（*Vergehen*）可作爲被掩飾的犯罪行爲。然而被掩飾的犯罪行爲無需係謀殺者自己之犯罪行爲，掩飾他人之犯行亦屬已足（聯邦最高法院刑事判決九卷，一八〇頁）。

犯罪行爲人爲掩飾另一犯罪行爲，須有更進一步的行動。此項殺害須作爲行爲人掩飾另一犯罪行爲的手段，不得僅爲另一手段的結果。因此，如果行爲人僅係將自己從跟蹤者面前撤退到安全的地方，便欠缺掩飾意圖。如果係藉意外事故脫逃，則無掩飾行動；如果意外事故被害人死亡，則其僅係一種可預見及可容許的結果，並未充足刑法第二一一條之構成要件（聯邦最高法院刑事判決七卷，一八七頁）。

爲掩飾另一犯罪行爲而殺人，係根源於犯罪行爲人的衝突狀態。基於袒護自己不應受罰的觀點，對其作溫和的評斷，在此似乎是容易理解的。然而，從另外一個角度思考：從犯罪行爲人的行爲，我們可以認識到的，不僅是他卑鄙的態度，也是高度的危險性。因此，此種犯罪行爲的特徵實爲：以殺人作爲避免其犯行被揭露或保全其犯罪贓物的手段；亦即，以殺人達成法秩序所應非難的目的。犯罪行爲人在這樣一種行爲中，已顯露其特殊可責的態度（*Gesinnung*）。只要這些人命阻礙了他達到犯罪的目的，

他並不害怕犧牲他們。這種以犯罪行為追求的目的，已構成了脫離故殺的通常案型，而足以正當化以謀殺規定來嚴厲懲罰的狀態。一種過度自私的企圖，表現在這種犯人的態度上。再者，這一類犯人因其犯罪力量，實具有超乎常人的危險性。尤其在欲掩飾的犯罪，是一項在比例上微不足道之犯罪時，更是如此（參閱聯邦最高法院刑事判決十五卷，二九一頁）。因為在這些案例中，爲了追求私利而對人命的藐視，更爲顯然！

c) 適用如此解釋的刑法第二一一條規定，雖然在個別的邊界案例（*Grenzfall*）中，仍會造成過度的嚴厲。然而法院認爲：此種情形與提案決議中所確定的殺人行爲無關。但總還是有一些案例，其實並不帶有犯罪行爲的特殊可責性這個要素（這個要素使得終身剝奪犯人自由仍合乎比例原則），卻仍被包括在該條規定之內。

不同於文獻上的重要見解，以及早期的判決（參閱 *Eser*，前揭書，第二一一條；*Rdn.6*；*Lange*，前揭書，第二一一條；*Rdn.3*及該處進一步列舉之文獻；*Watzel*，德國刑法，十一版；*Bein*一九六九年出版，二八四頁；*FbSchmidt - DRZ*一九四九年，二四一頁〔二四五頁〕；*Jeschek*，*JZ*一九五七年，三八六頁以下）聯邦最高法院曾特別審查：是否整體評價犯罪行爲，特別是犯罪行爲人的態度，而得出「特殊的可責性」這一要素，是不被允許的。結果聯邦最高法院認爲，這樣一個不成文的構成要件要素並不妥適，理由是：因爲它會危及謀殺罪構成要件的清楚界限，也因而將危及國家共同體對作爲其最高法益的成員生命所應盡的特別保護。

因此，這裏剩下一個——但被反駁過——認為太過廣泛的謀殺構成要件（參閱 *R. G. Z.* 196八年，六二八頁）。對此，我們可以舉些例子看出：即使係因為犯罪行為人遭到被害人嚴重的侮辱，此種可原諒的內心強烈的激動促使行為人實施犯罪行為（聯邦最高法院刑事判決十一卷，一三九頁）；或者在可罰行為完成時或完成後立刻一時衝動地加以殺害，仍然被認為係謀殺，雖然在這些案例中，殺人念頭常常是突如其來地襲上犯罪行為人的心頭。還有，聯邦最高法院（聯邦最高法院刑事判決八卷，二一六頁）認為：以安眠藥殺害其子女的母親，單獨以這些藥餵食被害人或摻雜在食物中給被害人食用的例案，係構成殘暴。這點似乎也還值得懷疑。

因此，（聯邦最高法院）對刑法第二一一條及其個別的要素作如是解釋，並不具說服力。這條規定的文義與內涵，仍容許作更限制性的解釋，以確保：即使在邊界案例中，也不致科處不合比例的過高刑罰。這點在言詞審理中，*Dr. Jeschek*、*Bertani* 及 *Stalzer* 三位鑑定已詳盡地敘述過。也可由上述列舉的文獻獲得佐證。至於在個案中究應採何種途徑，則是單純法律解釋的問題，應由有權的刑事法院加以決定。而是否「殘暴」以及「為掩飾另一犯罪行為」這兩個謀殺要素，須作更進一步的限制解釋為：在前者應要求有可責的信賴破壞（*ein verwerflicher Vertrauensbruch*）；而在後者則應限於：謀殺行為已事先計劃，或者再普遍採用不成文的「犯罪行為的特殊可責性」（*besondere Verwerflichkeit der Tat*），或者甚至再尋求一個符合刑罰構成要件與絕對刑罰法律效果間比例原則的其他解釋，據之判決等情況下，才認定有掩飾意圖？則是對刑法規範的解釋有最終權限的聯邦最高法院的任務。在作成：符合刑法第二一一

一條第二項文義，且使該條規定保有理性、不違反可認知的法律目的的意涵的這種解釋之下，我們應肯認此條項規定具有合憲性。

## VI、

相反於提案法院的見解，本案也不存有抵觸基本法第三條第一項的問題。

1. 立法者在制定實質內容的刑罰規範時，如何考量殺人行爲的不同的不法內涵與罪責內涵，基本上這是立法者可自行決定的工作。立法者僅在下列範圍內，受限於基本法第三條第一項規定：被選擇的構成要件規定與處罰效果須經客觀衡量而有充分的理由根據，且非恣意而爲。何種事實因素（*Sachverhaltsmomente*）如此重要，以致其不同性得以正當化立法者的不同處理，這通常須由立法者自己決定。至於立法者的這種決定空間（*Spielraum*），則應結束於：當不同處理該被規定事實，已不再符合根據正義理念的思考方式時，亦即，這種法律上的區別欠缺有說服力的理由時。

2. 對謀殺行爲的處罰比其他殺人行爲來得嚴厲，是有理由的，這點我們已由前述的討論中得出。然而，不可否認的是：在刑法第二一一條第一項對謀殺罪的處罰，與刑法第二一二條第一項對故殺罪的處罰，二者間存有重大差距（*eine erhebliche Lücke Kariti*）。前者處以唯一無期徒刑；相反地，後者則僅處以五年以上十五年以下有期徒刑，甚至尚可考慮到刑法第二一三條之減刑可能性。即使我們根據實際的監禁期間，得出從平均二〇年到通常最高十年的期間差距。至於有特別重大情事存在的故殺規定（

刑法第二一二條第二項——譯按：處無期徒刑）實際上並不能緩和此種差距，因為此項規定，就如同得自各邦的調查結果及言詞審理中所證實的，甚少被使用。然而，在前面已考慮過依比例原則之要求作成限制解釋的情形下（參閱前述〇〇的部分），如果從犯罪事實的嚴重性與犯罪行為人的罪責程度來看，就可以發現，殘暴與、掩飾意圖，這兩個謀殺構成要件，係明顯突出地重大於故殺的其他案型，因此實有理由在刑罰的效果上顯出重大不同。

如上所進一步詳述的，謀殺罪的要害、殘暴，可加以具體化及限制在：僅止於有特殊可責性的殺人案件。雖然五〇年代末，六〇年代初所提出之刑法典改革研究報告上，對謀殺罪的要件，係建議放棄、殘暴這一要素的；但其理由並非因為這一要件，會引起與故殺罪在界定程度上的疑義。相反地，當初所被提議的謀殺罪構成要件，本來就包括殘暴殺人在內。只有刑法學者所提之選擇性草案（*Alternativ-Entwurf*），在第一〇〇條第一項未將殘暴列為謀殺罪要件。

如果從類型學（*Typologie*）的觀點出發，更可毫無疑問地確定：為掩飾另一犯罪行為而殺人，係一種表現出犯罪行為人特別仇恨社會之態度的重大犯罪。刑法學者所提的選擇性草案，也在第一〇〇條第二項第五款中，將為掩飾另一犯罪行為而殺人列為特殊重大案件，但修正為：該殺人行為須基於犯罪行為之前已作成之決意而實施。如果是個案中，法律解釋上可能發生困難，那麼這在基本法第三條第一項下，係不重要的。

3. 儘管如此，仍不可否認：謀殺與故殺的區分，在1941/94的法律對刑法第二一二條加以修改以後

，是有疑問的；正如同Dr. Auzi教授在言詞審理程序中所廣泛陳述的。在當時條文中，刑法第二一一條可溯源於古老的規範的犯人類型理論（Lehre vom normativen Tätertyp）。據Maurach的看法，該新條文係爲了要試探法院判決對此種理論的反應而制定。然而，故意殺人的這種二分法是古老的。向來，一直是區分作爲特別嚴重型態的謀殺與作爲普通型態的故殺。這種二分法愈是古舊，到目前爲止這種區分型態愈是流動而有變化。然而（例如早在中世紀）——如同在今日法——根據特殊可責性與危險性，時而根據更多心理因素的考慮（參閱Maurach，前揭十九頁）。區分的方法一直是個很大困難。一直到今日仍無法找到令人滿意的答案。這點表現在，例如當選擇性草案（Alternativentwurf——譯按：指Baumann等十四位教授團針對政府一九六二年刑法典草案所提出之對立性草案）中重新提出其他區分要素時，一九六二年刑法典草案便轉向結合謀慮（Überlegung）與少數數目前的要素（參閱§ 134、135條）。就因爲問題的多樣性，因此，找到一個各方面均令人滿意的規定，對立法者而言是一個困難的任務。

## VI、

最後，無期徒刑亦未違反基本法第十九條第二項規定（特別是有關保障人身自由基本權之基本內容）。

對此，並非取決於根據基本法第十九條第二項意義下之「侵害基本權之基本內容」，我們所理解到

者（參閱聯邦憲法法院判決二卷，二六六頁（二八五頁）；二二卷，一八〇頁（二一九頁）；二七卷，三四四頁（三五〇頁以下））。相反地，真正具有決定性作用的是：制憲會議的討論上，制憲者清楚地了解刑法上人身自由所受到的限制。無期徒刑係屬於制憲者所找到的傳統刑罰。在死刑廢除後（基本法第一〇二條），它位居刑罰種類（Strafenskalog）的頂端。我們既無法從與基本法第一〇二條及一〇四條相關連的第二條第二項第二句的立法史，亦無法從基本法第十九條第二項得出最微弱的線索證明：此種傳統的刑罰是值得懷疑的。這點，客觀上在基本法第一四三條的最初條文中，便可找到其留下的痕跡（Niederstufung）。如前所述地（Ost的部分），雖然我們無法藉此而找到無期徒刑在普遍在憲法上的允許，但卻可以特別地（speziell）從基本法第二條第二項第二句及第十九條第二項，導出其在憲法上的相容性（Verträglichkeit）。這點，在文獻上幾乎一致主張之見解的結論——雖然說理容有不同（參閱Rohl，前揭一七二頁以下，以及該處所列舉之文獻）。

## VII

如果在個案中因執行無期徒刑而侵害其他基本權，則關係人得循現有法律途徑，對此進行保衛。對此，聯邦憲法法院之判決曾提供無數案例，證明：受刑人如果需要的話，得以憲法訴願之方式實現其權利（參閱，例如聯邦憲法法院判決三三卷，一頁——刑之執行；三五卷，三〇〇頁——選舉權；四〇卷，二七六頁——St.Pauli新聞；四一卷，三三九頁——有紅摩托車的明信片；四二卷，九五頁——妻子的

探訪權；四二卷，二二九頁——西裝的所有權）。

以下係法官簽名。