

關於「靜坐封鎖構成強制罪的要求」之判決

——聯邦憲法法院一九九〇年七月二十六日判決，截至譯稿完成時尚未登載於聯邦憲法法院判決集，原稿譯自新司法周刊一九九一年第六九三頁以

譯者：黃啟禎

基本法第二條第一項，第二十條第三項，第一〇一條第一項，第一〇三條第二項；刑法第一二二條，二四〇條。

事實：

憲法訴願人在一九八六年九月十二日參加了一項在慕尼黑市瑪麗亞廣場的傳單活動。他帶著一購物袋，裡面裝有某一傳單的影印本，從中再交給另外兩個人，當後者原有的傳單分送完給路人之後。傳單的內容呼籲大家參與在Munachen舉行的「反對集體毀滅性核子武器的非暴力靜坐封鎖」。封鎖的日期

是一九八六年九月十七、十八兩天以及十月五日。詳細活動過程載明於傳單中：「……在非暴力封鎖的前提下，我們設想參加者在車道上以站或坐阻止軍車的進出，但絕不對人或物實施暴力的行爲。也不對警察採取主動的反抗……」。

訴願人並未參與在Mutilangen所進行的封鎖。是否有其他人因爲被請求而參與散發傳單，在原來的訴訟程序中無法確定。區法院針對訴願人被控涉嫌觸犯刑法第一一一條所定共同與他人散發煽惑犯罪（意指刑法第二四〇條的強制罪）之文件的罪行，宣告無罪釋放。檢察官不服此項判決所提之上訴被地方法院認係無理由而予以駁回。檢察官不服再上訴，巴伐利亞高等法院將地方法院的判決廢棄，認定訴願人公開呼籲犯罪的行爲有罪，將案件發回地方法院。在該判決中有提到這樣的理由：刑事法庭將傳單中所要求去實施的暴力行爲的可責性加以否決是不正確的。當然，強制性暴力的認定，原則上並非即指行爲有違法性。在此尚須單獨另外審查刑法第二四〇條第二項的可責性條款（按：違法性條款）。刑法第二四〇條第一項之行爲的應刑罰性，唯有在斟酌個案中所有與手段目的關係密切相關的情況後，認爲具有可非難性時方才構成。這點可從傳單的內容，也是訴願人所意願的，而且在事實上已經發生的封鎖行動看出已符合上述情形。如果直接所意欲或所同意的效果——在本案亦即阻礙他人的繼續通行與因此所引起社會大眾對特定政治意見的注目——與暴力的使用產生關連而認爲具有可非難性時，其所追求的遠程目標——例如保障和平與自由——亦無法對此再加以改變。行爲人所追求的或所同意的行爲直接效果應當優先於存在動機中的遠程目標中。憲法訴願勝訴。

理由：

本憲法訴願的理由是合法的。

1. 訴願人不服巴伐利亞高等法院對於刑法第二四〇條第二項之可非難性條款的認定部分，是否應把基本法第五條第一項第一款與第八條納入考量以作為審查的標準不予討論（參照 BVerfGE 69, 315 [343]-NJW 1985, 2395; BVerfGE 73, 206 [253]-NJW 1987, 43）。為防止類似本案案件受到不合比例原則的制裁，乃經由基本法第二條第一項提供憲法上的保護（參照 BVerfGE 73, 206 [253]-NJW 1987, 43）。這項基本權利已受到繫爭裁判的侵害。

a) 如果刑事法院根據所謂的、擴充的暴力概念（參照 BGHSt 23, 46-NJW 1969, 1770 以及在 BVerfGE 73, 206 [239ff.] 中的附註-NJW 1987, 43）認定強制罪的構成要件並在刑法第二四〇條第二項違法性審查的範圍內賦予使用暴力情況證據的意義，便違反基本法第二條第一項加上法治國家原則。暴力的概念已經變質且延伸到心理的強制作用，任何內在的理由，也不得不顧在適用刑法規範時法律上所規定之可非難性條款的補正作用。進一步言，廣泛權衡斟酌具體個案的全盤狀況是不可或缺的（參照 BVerfGE 73, 206 [247, 253ff.]-NJW 1987, 73。另外 BVerfGE 76, 21 [1216ff.]-NJW 1988, 693）。

很顯然的我們不可能在可非難性的審查中將應考量的情況抽離個案且周延的加以總合。因此這項審查的範圍幅度同樣會受到個案特性的影響並由其決定。當然可以從聯邦憲法法院於一九八六年十一月

十一日所作的判決與後來的裁判中得知一系列的觀點，在審查這一類封鎖行動的可非難性時，縱使並非每一個個案均有其適用，但對典型的、經常發生的案件具有重要性。根據這些觀點通常要考量的參考情況是：封鎖當天所擬進行的勤務，行動的長短與強度，事先的公告，經由其他出入口迴避可能性與相關人員和抗爭對象的關係（參照BVerfGE 73,206 [257]-NJW 1987,73;BVerfGE 76,211 [217]-NJW 1988,693）。此外，有時候也視示威者的人數或被封鎖的運輸的緊迫性與其他的勤務交通而定。是否也需對遠程目標與其他示威者的行為動機在可非難性審查時一併加以考量，範圍多大，聯邦憲法法院為顧及判斷的周延性把它留給刑事法院（參照BVerfGE 73,206 [260f.]-NJW 1987,73）。

根據具體事實的情況管轄的刑事法院有權在審查刑法第二四〇條第二項時決定那些觀點可以選擇且具有何種地位，而且原則上不受憲法法院的事後審查。聯邦憲法法院對於刑法第二四〇條第二項的解釋與適用只能審查是否患有根據對基本權利意義不正確觀點的瑕疵，而且在實質意義上成爲具體的法律爭議。尤其是，主審刑事法官對於刑法第二四〇條第二項的適用如有導致其「正確性」容有爭議的結果時則基本權利尚不發生效力（參照BVerfGE 18,85 [92f.]-NJW 1964,1715;BVerfGE 73,206 [260]-NJW 1987,43的其他附註）。

另一方面這並不表示聯邦憲法法院對類似本案之案件，只能在刑事法院明確表示係以暴力使用的推斷性意義做爲違法性的基礎時，因而拒絕任何其他情況的考量才有審查權。刑法第二四〇條第二項之可非難性條款保障人權的功能（參照BVerfGE 73,206[253 ff.]-NJW 1987,43）也可以加以忽視，如果刑事

法院雖然在審查可非難性時已指出全盤考量的必要性，卻從繫爭的裁判中無法獲知是否已有這樣的考量之理由，以及具體的個案是根據那些特殊情況而認定暴力使用的違法性。因此，從憲法的角度看來，如果法院對暴力使用的可非難性只是以一個抽離具體事實的抽象案情做理由仍是不夠充足的。這點尤其對於繫爭裁判在認知聯邦憲法法院（*BVerfGE* 73,206-NJW 1987,43）與最高法院的新裁判（*NJW* 1986,1883;1988,1739）之後，仍然不充分的方式表示理由時有其適用（參照 *BVerfGE* 76,211 [218f]-NJW 1988,693）。

b) 繫爭的第三審判決縱使在受限的審查範圍下也經不起憲法上的檢驗。

雖然巴伐利亞高等法院正確指出可非難性的判斷並作為行為違法性之理由的目的手段關係，在刑法第二四〇條第二款的範圍內需要一個單獨的審查。尤其是，該法院對於應遵守的審查程序表示之理由，特別是認為一定要考量所有個案有關目的手段關係的重要情況與關連性之見解，均值得加以肯定。但是，該判決卻無法令人認識到該法院在事實上也遵守了這項審查程序。該法院直接銜接其對刑法第二四〇條第二項之意義，內容與可非難性審查的幅度所為的抽象陳述認定，訴願人所意欲的封鎖行動應具有可非難性。這項認定不是基於在過程上就已發生的具體事實，全盤斟酌所有重要情況作成的。因此可能會把本來應該在後來的其他裁判理由中才出現的結果就已經預先講出來了。

這種情形卻沒有發生。巴伐利亞高等法院銜接上述的認定之後進而關注在使用暴力所意欲的直接結果之外，是否能夠按照刑法第二四〇條第二項，且到何種程度，對其他的後續影響（遠程目標）加以考

量。在這個關係上該法院附帶指出，所意欲的杯葛行動與暴力使用相互關連認為有可非難性。這項證明卻未在判決中提出。所為之陳述並無法讓人看出有從憲法的立場對可非難性作周延的審查。

雖然巴伐利亞高等法院在它的考量中有把不同的強制目標與具體的事實建立起特定的關係。這些被認為有可非難性，直接所意欲的效果也就是「嚴重妨害他人進出與因此引起社會大眾對於特定政治意見的關注」。但是卻因此沒有達成依照刑法第二四〇條第二項之考量中所追求的具體化程度。這裡所講的杯葛行動一直會有阻礙他人與引起社會注目的結果。就是因為根據擴張的刑法上的暴力概念通常會符合刑法第二四〇條第一項的構成要件，在審查刑法第二四〇條第二項的可非難性時必須考慮到參加封鎖者的基本權力保護。對這項保護幅度的審查光是考慮到基本權利上所保障的第三人利益是否受到侵害，雖然必要的，但是還不足夠。從憲法的角度還必須要看這個侵害在考慮到影響個案之各種具體情況後，有何重要性而定。巴伐利亞高等法院並未進行這樣充分的具體審查。

進而該法院根據本案的事實欠缺權衡的要素。雖然有提到舉辦人與訴願人的企圖，只是要封鎖眾多營區出入口中的一個。這個情況卻沒有被納入具體行為關係的權衡中。該法院反而只是針對舉辦人與訴願人的企圖，以便說明，一個這樣的企圖絕對無法減輕杯葛行動的可非難性。因此該法院並未對於封鎖者只是要強制駕駛繞道的企圖，視為按照刑法第二四〇條第二項必要的權衡中有利於訴願人的一種觀點，加以斟酌。這項有計劃之封鎖行動的特性，反而自始被從應權衡的重要觀點中剔除。

因為繫爭的裁判無法令人看出有經過符合憲法要求的可非難性審查，它最後只根據強制性暴力的認

定。巴伐利亞最高法院有沒違反其自己的陳述，而從暴力使用的推論意義出發，因可以不予討論。該法院並未充分考量憲法上對根據所謂的擴張性暴力概念，解釋與適用刑法第二四〇條時的要求。另外，也沒辦法看出因暴力而成立違法強制，只是根據訴願人在傳單上所表達的觀念與企圖。縱使在刑法第一一條的情形，對所追求的目標使用暴力的可非難性，也只能在廣泛權衡所有相關狀況後加以確認，或者自然須從要求的文字與呼籲人的目的中產生。

最後，繫爭的判決必須根據聯邦憲法法院法第九十五條第二項加以廢棄，案件發回巴伐利亞高等法院。

2. 巴伐利亞高等法院對經過計劃之封鎖行動所追求的遠程目標認為沒有斟酌的必要，並不違反基本法第一〇三條第二項。雖然基本法第一〇三條第二項之類推禁止規定不應以狹隘技術性意義加以理解；已排除的反而是任何逾越實定法上制裁規範內容的法律適用（參照 BVerfGE 73, 206 [23] NJW 1987, 43）。刑法第二四〇條第二項的解釋如果會導致該可非難性條款不再能實踐其有利於行爲人做爲調整構成要件之補救措施功能時，便因而與基本法第一〇三條第二項不相符合。如果近程目標與遠程目標之間被加以區別，而強制的目的之考慮僅及於所強迫的行爲時，可非難性條款並未因而便喪失其確保基本權利的功能。如果因斟酌的強制目的被侷限於所強迫的行爲上，尚無法看出是否憲法所要求的權衡自始便無法貫徹；這點就刑法第一一一條與第二四〇條間的特殊關係而言，以及在此無法迴避之強制非難性的「主觀化」，情形相同。

3. 同樣的也沒有違反基本法第一〇一條第二項第二款。儘管高等法院的見解與最高法院的裁判或其他高等法院的裁判相左時，而不將案件提交最高法院，會構成違反合法法官的保障（法院組織法第一二一條第二項）。基本法第一〇一條第一款並未提供針對單純程序瑕疵的保障（參照 BVerfGE 29,166[172]）；反而只有在高等法院恣意違反其提交義務時，才考慮是否違反基本權利的問題（參照 BVerfGE 42,237 [241]-NJW 1976,2128 的其他附註；67,90[94f.]-NJW 1984,2147）。這樣的觀點在本案中並未被具體提出也看不出來。

編者按：以上所節錄的聯邦憲法法院判決也請參考 Schmitt/Glaeser 的評論文章，JR 1991,16。關於示威時刑法第二四〇條的適用問題，Janknecht,NJW 1986,2411；Baumann,NJW 1987,36；Meurer, JR 1988,49；亦參考 OLG stuttgart,NJW 1991,993。（在本期中）