

關於「靜坐以封鎖軍事設施之處罰」之判決

——聯邦憲法法院判決集第七十三卷第二百零六頁以下

譯者：許玉秀

〈判決要旨〉

1. 德國刑法第二四〇條規定處罰實施強暴方法的強制行爲，已符合源自基本法第一〇三條第二項的明確性原則。未使用暴力而以逗留於車道的方式，封鎖通往軍事設施的通路這種靜坐示威，被法院認爲屬於刑法第二四〇條的強暴方法。由於表決時正反票數相同，因而無法認定法院的見解違反源自基本法第一〇三條第二項的禁止類推原則。

2. 憲法並未規定，參與這種靜坐示威不予處罰。但是根據憲法、刑法第二四〇條可以如此解釋和適用，即肯定暴力概念可以擴張及於這種靜坐示威，並非即表示這種靜坐示威已具有違法性。

刑事法庭斟酌各該情況，判定前述方式的靜坐示威，構成刑法第二四〇條第二項，由於表決時正反票數相同，因而無法認定根據憲法原則上這個判決應受指摘。

一九八六年十一月十一日第一庭判決

根據一九八六年七月十五和十六日的言詞審理

——IBvR 713/83, 921, 1190/84, 333, 248, 306, 497/85——

憲法訴願訴願人：1. M先生 2. O先生——訴願代理人（略），針對兩個判決訴願 3. S先生——訴願代理人（略），針對三個判決訴願 4. G先生——訴願代理人（略），針對兩個判決訴願 5. H先生——訴願代理人（略），針對兩個判決訴願 6. W先生——訴願代理人（略），針對兩個判決訴願 7. L先生——訴願代理人（略），針對三個判決訴願 8. S女士 9. S女士——訴願代理人（略），針對六個判決訴願。

判決主文

I、一九八四年七月十八日新烏爾姆(Neu-Ulm)地方法院判決(2Cs141s 23383/83)及一九八五年一月二十八日巴伐利亞邦最高法院裁定(5 St 373/84)侵犯了第六位訴願人根據基本法上法治國原則應享有的基本法第二條第一項的基本人權。判決撤銷，該案件發回新烏爾姆地方法院更審。

巴伐利亞共和國必須返還第六位訴願人必要費用。

II、其他訴願人的憲法訴願駁回。

判決理由

A、

訴願人對於參與在軍事設施前表示反對增加軍備的靜坐封鎖，被判定構成強制罪，表示不服。

I、

1. 一九七九年十二月十二日，北約會員國外交暨國防部長會議在布魯賽爾通過一項雙重決議，根據這個決議，一方面須在某些特定的歐洲國家，安置配有核子彈頭的中程飛彈，另一方面必須支持美蘇關於中程核子飛彈的限武談判。一九八三年十一月中旬，長達兩年的日內瓦軍備管制談判證實失敗之後，在德國，開始按原訂計畫安置一百零八個潘興二號飛彈的發射裝置，以及九十六個固定於地面的推進器（詳見BVerfGE 66, 39ff.）。

北約這個「雙重決議」在國會內外引起爭議。批評者認為，本來就很危險的核武競賽，將因為中程飛彈的安置，而形成危險的發展趨勢。這些中程飛彈具備有作用不穩定的易變品質，這種品質的易變特性，因為科技和人力的極限，而更形提高。由於具有高度的目標準確性、很短的飛行和預警時間，以及破壞敵人防衛系統的能力，這種飛彈適於作為第一波的攻擊武器，但因為安置在蘇聯領土的射程範圍內，在緊急狀況時，可能誘導蘇聯的預防性攻擊，使得飛彈安置區成為箭靶而受到特別的威脅。

2. 無數和平運動組織和支持者參加了反核武的抗議行動。他們舉辦示威遊行、站崗、進行絕食、舉

行彌撒、舉辦簽名以及全國性的群眾活動，例如一九八一年秋天的波昂和平示威遊行、一九八三年十月的南德萬人鏈活動，以及一九八三年復活節大遊行。

在這些抗議活動被證實失效之後，在軍事設施前封鎖道路的示威行動逐漸增加，在這些示威行動中，參與者盡力地避免各種各樣的暴力行爲。然而在示威者將這些行動理解爲「非暴力的象徵性封鎖」的同時，這些活動卻在許多訴訟程序中，被判定爲施強暴方法的強制，而依下面的規定予以起訴：

刑法第二四〇條

(1) 違法地以強暴或以可感受的惡害威脅使人作爲、容忍或不作爲者，處三年以下有期徒刑或科罰金。情節特別嚴重者，處六月以上五年以下有期徒刑。

(2) 爲某種特定目的而施強暴或以惡害威脅達於卑劣之程度者，其行爲違法。

(3) 未遂犯罰之。

將封鎖判定爲強制，和一個過去的判決有關，該判決將刑法規定中強暴的概念，逐步予以擴張：起初法院偏好限於行爲人身體力量的施展，後來較傾向於對被害人身體所造成的作用，而最後則概括地包含造成強制效果的要素，這種要素聯邦最高法院早在一九六九年抗議車票票價上漲的雷普勒案 (Laeppe-Urteil) BGHSt. 23, 46) 中，即已研究出來。在該案中，被告走上電車車軌逼使司機停車，法院認爲實施強暴的強制，包括心理強制的行爲（參考下面 B II 8, 頁二二九以下）。

1. 靜坐封鎖，也就是受到處罰而成爲憲法訴願對象的靜坐封鎖，發生於一九八一年中到一九八四年初之間。在所有的事件中，通往軍事設施的道路，被許多佔據車道的示威者堵住，這些示威者在警察要求他們離去而無效之後，毫無抵抗地被警察拖走，當時沒有任何的暴力行動，而靜坐封鎖的方式、時間的久暫以及因而所造成的阻礙倒是各不相同。

a) 八三年第一庭七二三號案件 (1BvR 73/83) 涉及一九八一年七月十三日發生於大恩史丁根 (Godesstingen) 市的封鎖行動，這個封鎖行動屬於第一波的封鎖行動，在那個城市，當時早已安置了美製長矛飛彈。第一和第二位訴願人這兩個學生以及其他十一個某和平組織的成員，在事先公開宣佈之後，在通往艾伯哈特—芬克營區 (Eberhard-Finck-Kaserne) 的道路上，離大門約七公尺處，坐滿整個車道，展開無限期的抗爭行動，他們將彼此互相鏈住，並且鎖定在街道兩旁的柱子上。營區指揮官要求他們離去不果，改由側門進出。示威者與在場記者舉行一場記者說明會，同時和士兵們討論，並且繼續他們的活動到第二天，指揮官所召請來的警察，最後在要求示威者清場無效之後，剪斷鐵鏈並將示威者扛到路邊。

洛伊特林根 (Reutlingen) 簡易法院的少年參審法庭，宣告這些被控集體強制的訴願人無罪，杜賓根地方法院則判處他們日額二十馬克罰金三十天，斯圖加特高等法院駁回他們的上訴。

b) 八四年第一庭九二二號 (1BvR 921/84) 案件涉及一個發生在大恩史丁根，而同樣事先已通知警察及營區指揮官的行動，並且是在一個安置短程核子飛彈的特種彈藥庫前面。這個計畫在一九八二

年八月一日至八日舉行，有七百名參加者的行動，在籌備期間曾經在各相關的團體中，進行非暴力行動方式的訓練。第三位訴願人是一所大學的學術工作者，他在一九八二年八月二日兩度參加輪班式的靜坐行動，靜坐者以每班十到五十人成橫列坐在唯一的通道上。警察共分十六批抬走示威者，聯邦軍隊進出的交通工具，在警察清場時，每次皆就攔十到二十分鐘之後，方才能繼續前進。

敏新根(Munisingen)簡易法院以集體強制罪判處訴願人日額二十馬克罰金二十天，杜賓根地方法院駁回訴願人的上訴，斯圖加特高等法院駁回其再上訴。

。八四年第一庭一一九〇號和八五年第一庭三三三三號(1BvR 1190/84, 333/85)案件涉及針對北約雙重決議三周年所進行的靜坐封鎖行動。這個靜坐封鎖行動於事先通知警察和美軍之後，於一九八二年十二月十二日星期日，在通往斯圖加特外興根(Vaihingen)駐歐美軍指揮中心Pacht-Barracks的道路上進行。大約有二百五十名參與者，他們打算在早上八點到下午五點之間的每個整點時，由三十人或更多人組成密集的人群，阻滯道路十二分鐘，而這條道路是保留給青年聯盟的半數人的，他們要在該處從十點到十二點進行一場已報備的反示威。第四和第五位訴願人，一個學生和一個勞工法庭的法官，參加了九點和十二點的街道封鎖行動，他們在警察解散命令發佈後五分鐘被抬離現場。在整個活動過程中，大約有一百五十輛德國警車或美軍憲兵座車遭到短暫的阻擋，其中還有一位計程車司機。另外有一條通往管區的通路可資利用，但被關閉了。

斯圖加特簡易法院判定訴願人無罪，其地方法院則分別以集體強制未遂和強制既遂罪，判處他們日

額十馬克的罰金十天，和日額八十馬克的罰金八天。斯圖加特高等法院引用一個已經公佈而有進一步說明理由的裁定駁回上訴，這個裁定同樣關於在斯圖加特外興根市的一個靜坐封鎖行動(NJW 1984, S. 1909)。

d) 八五年第一庭二四八號(1BvR 248/85)是一個於一九八三年四月三日復活節星期日，發生於新烏爾姆美軍營區前面的示威案件。第六位訴願人是一位社會教育工作者，他和大約二百名參加者一起，在一段無法確定時間長短的時段裡，在大門口坐了短短幾分鐘，直到警察發佈三次解散命令後清理道路時為止。美軍方面的主管軍官在示威活動之前，已採取應變措施，並建議不要使用大門，因而沒有車輛受到阻擋。新烏爾姆簡易法院以集體強制未遂罪判處訴願人日額二十五馬克罰金八天(詳見A II 2b, 頁二一五以下)，巴伐利亞邦最高法院駁回了上訴。

e) 八五年第一庭三〇六號及四九七號(1BvR 306/85, 497/85)案件涉及自從一九八三年秋天以來，定期由和平運動成員，在穆特朗根(Muttingen)美軍軍事基地前面進行的封鎖活動。這個美軍基地被預定用來安置中程飛彈，而且當時只有一條通路可用，當基地車輛想進出時，示威者坐著或者身體緊密地靠著擋在車道上，直到警察發佈解散命令後，將他們驅離為止。第七位訴願人是一個縣政府官員，在一九八三年十二月十一日將近晚上七點半，和大約七十個人一起參加了這種活動，活動持續大約十五分鐘，阻擋了一個由五輛美軍軍車所組成的車隊。第九個訴願人是一個女會計，她在一九八三年十二月十二日，也就是雙重決議四周年時，和另位十三個人，在將近九點四十五分的時候，參加了一個相

同的活動，阻擋一輛美軍軍車約十五分鐘之久。第八個訴願人是一個女雕刻家，於一九八四年二月七日晚上十點三十七分，和另外九個人，共同阻擋一個由兩輛美軍軍車所組成的車隊，使得美軍軍車在五到十分鐘之後才能繼續前進。

史瓦本的格敏特(Schwäbisch Gmünd)簡易法院以強制罪判處所有的訴願人罰金，其中第七位訴願人日額七十五馬克二十天，第八位訴願人日額二十馬克二十天，第九位訴願人日額二十馬克二十五天。艾爾汪根(Ellwangen)地方法院駁回訴願人的上訴，而斯圖加特高等法院也駁回了再上訴，對於第七位訴願人的判決，高等法院敘述理由比較詳盡。

2. a) 斯圖加特高等法院刑事庭在判決理由中附和聯邦最高法院在雷普勒一案的見解，認為以身體阻塞道路也屬於施以強暴方法的強制行爲。早在過去所公佈關於斯圖加特外興根靜坐封鎖的裁定中(NJW 1984, 頁1909)，刑事庭第一庭即已指明，有其他通往營區的通道和道路僅僅被堵塞十二分鐘，以及部分參與封鎖者在幾分鐘之後已被警察驅離，都無法改變上述的認定，參與封鎖者不能主張基本法第五條和第八條示威自由的基本人權。固然，一場集會不會因為符合刑法第二四〇條強暴的構成要件要素，即因而具備基本法第八條第一項「非和平」的意義，因為基本法上「非和平」的意思，是「暴力活動」，但是，集會自由是「法律保留」下的產物，未經報備而由警察機關各別解散的示威活動，不在集會法所依據的合憲性的界限之內。只要示威自由這個基本人權同時包含一個價值判斷，在審查第二四〇條第二項的卑劣性(Verwerflichkeit)時，即必須注意在權衡利益時，價值判斷在法律上的重要性。強暴的構

成要件要素雖然隱含卑劣性，倒似乎還有作另一種認定的餘地，而利益的權衡——正如在裁定中進一步指出來的——在斯圖加特外興根封鎖案中，卻完全無法提出確實的理由，將實施強暴造成對其他人決定自由的強制認定為不卑劣。就這種利益的權衡而言，抗爭行動究竟有何目的，並不重要，因為法院無權對言論的內涵，評價為比較值得或比較不值得保護。

刑事庭第三庭在參與穆特朗根靜坐封鎖的第七位訴願人的上訴案件中同樣認為，評價透過抗爭活動所應該喚起社會大眾注意的思想內涵，並非法院的任務，同時認為將封鎖行動認定為強制，和集會自由的本人權既不衝突，也和認為封鎖所造成的阻礙如此輕微不應被認為是強暴的考量不相違背。固然每一個人都有容忍社會一般性干擾的義務，包括由和平的示威活動所造成的典型的阻礙，只要示威者所追求的是一個示威活動所要達到的社會上通常的目的，但是當示威者旨在侵害未參與者自由的意志活動，並且正好想藉著有意造成的阻礙，使社會大眾注意他們的訴求時，則逾越了可以被許可的界限，這樣的行為是強制性的強暴，而應該被認定是卑劣的。相反地，不容否認的，相對輕微的強暴形態，以及強制所追求的目的，例外地可使強制行為顯得可以被容許。訴願人的各個行為都是自從一九八三年秋天以來長期行動的一部分，這個行動嚴重干擾了美軍的勤務。訴願者的動機，可能就其本身而言，是值得贊同的，但並不能使他有權賦予他自己的意見特別的力量，以便廣泛地侵犯第三人的權利。基本法上固有的公眾意見形成過程自由原則，使每個人有許多其他的機會公開發表他的主張。

b) 巴伐利亞邦最高法院採取與簡易法院相反的見解，以無異議通過的裁定，未附理由駁回第六位

訴願人的上訴。

簡易法院依其認定，詳述訴願人參與新烏爾姆的靜坐封鎖行動，訴願人依其所述應用心理上的強暴，和其他人共同以身體使車輛無法進出。訴願人的行為故意且違法，他知道並且希望藉由他個人和共同示威者的行為，能發生所描述的強制作用，這種針對所要追求的目的而使用暴力，應該被視為具備刑法第二四〇條第二項「卑劣」的意義。所追求的目的，即急迫地向民眾指出核子武器及安置潘興二號飛彈的危險和後果，是值得尊敬的，而且就其本身而言並不卑劣，但是並非達成這個目的的所有手段都是許可的。使用暴力作為勸服人的手段，以及作為指出合理且令人尊敬的訴求的工具，是不合法的，並且因而侵犯他人的權利，是無法予以容忍的，也不能藉著基本法第五、第八和第二條基本人權的規定而阻卻違法，使用暴力的範圍和程度及因而造成的強制作用，以及訴願人的動機，在量刑時都應該予以斟酌。

3. 所有的訴願人針對有罪判決提出憲法訴願，他們全都指摘判決違反基本法第一〇三條第二項，並進一步指出——部分認為主要——和基本法第五和第八條的基本人權相抵觸，有幾個則認為違反平等原則。

這些訴願人特別提出來，他們是在一個關係基本的共同利益的問題上面，針對繼續擴充核武軍備所形成無法預見的風險，進行完全非暴力的抗議，和雷普勒一案中反對漲價的靜坐封鎖行動不同的是，在這裡並非以有效地使交通癱瘓作為壓力手段，就具體的實力關係而言，事先通知的封鎖行動，自始無法妨礙軍事勤務，即便只是暫時的妨礙。訴願人毋寧是想要以象徵性的行為，用他們的身體擋在路上，毫

不抵抗且無助地面對居於優勢的軍事機器，以便向政界人士呼籲，並且明白示範相對於擴軍政策，民眾擁有物理上的優勢，至於表達對交通工具駕駛人輕微的阻礙在這裏應該被容忍的主張，卻並非真正的目的所在。有幾個訴願人認為，一個這種良知的呼喚，可能被認定為是抵觸集會法或違反交通條例的違規行爲，但是如果被當作以強暴的方法實施卑劣的強制而入罪，則不僅僅是一種令人無法容忍的不道德，而且在法律上有瑕疵並違背比例原則。

他們並認為刑法第二四〇條中強暴的概念，已逐漸被法院擴張並予以「精神化」。聯邦最高法院固然認為不必包含身體力量的要素，但始終要求一定程度的身體作用力，如果從今以後以具備透過心理上的壓力造成強制作用的要素爲已足，並且將以消極行爲侵害他人的行動自由解釋爲「強暴」，則和「強暴」的字義既不相符，也不符合立法者爲符合憲法的價值判斷，而不將每一種對意志決定自由所造成之強制效果均加以處罰的意旨，同時也與著刑法規定概括的行爲態樣，將因暴力概念的擴張而失去行爲態樣的原意這種想法不一致，最新的法院見解，並非依據一貫的，已確立的最高法院的判例而來，這種見解違反基本法第一〇三條第二項，因爲根據該規定，將刑法規範適用在一個它的字義所無法涵蓋的事實上面，是不合法的。

如果仍然要以擴張的暴力概念作爲判決依據，那麼判斷違法性時，必須特別謹慎，立法者對於所要處罰的行爲，只作了部分的定義，而在刑法第二四〇條第二項，將可罰與不可罰的界線，委由倫理的規範來決定，從而產生欠缺明確性這樣的憲法上的問題，以致於形成這樣的結論：以強暴造成的強制，應

該限於最狹義的情況（行爲人以身體的力量影響被害人的身體）。以公告週知非暴力的靜坐封鎖這種象徵性的手段，對抗人類有史以來最致命的武器，無論如何不能視爲「卑劣」，而示威者所追求的目標，比起短時間阻撓軍方交通工具，具有較高的價值。無論如何不可能一方面將暴力概念精神化，同時他方面認爲使用暴力即具有違法性，這形同違法地廢除刑法第二四〇條第二項。根據判例見解，只有當一個行爲沾上了倫理上高度乖違而且在社會上高度無法容忍這樣的污點時，方才能被定位爲「卑劣」，而判斷的標準，以一般的判斷所無法容許的程度爲準，對於藉著和平運動進行封鎖的倫理評價，卻正好是有爭議的，由於無數的參與者，無可爭議的在道德上無可疵議，並且許多沒沒無聞的參與者，都是絕對忠誠、絕大部分有良好的知識和熱心的公民，他們都是本於良知良能而行動，因此他們的封鎖行動不可能是卑劣的，比起設置中程飛彈，非暴力的封鎖更不可能是卑劣而不被容許的，正如第六位訴願人所主張的，設置中程飛彈危及生命權，而且是違憲的，此外，是被大部分的民眾所排斥的。

法院將靜坐封鎖認定爲強制，似乎誤解了基本法第五條和第八條的適用範圍，這兩個條文保障了人民對政治意見和政治意志形成過程發揮影響力的權利。並非每個和法律牴觸的行爲，皆自動導致不和平的集會，並因而卸除基本法的保護，這兩個高層次的本人權所體現的價值判斷，是解釋限制基本法適用範圍的規定時的依據，同時是在檢驗「卑劣性」而作利益衡量時必須加以考慮的，因而得出示威自由優先，以及相對於短時間象徵性阻撓軍務交通，以身體語言表達意見優先的結論。示威地點的選擇和示威活動的形態，是意見表達自由權的重要成分，因而對個別交通群眾前進自由所造成必然的但輕微的限

制，是實現基本人權這個有意義的行為所無法避免的效果，而應該被容忍，彼此互相衝突的利益，必須根據同等重要原則加以協調，使得所有關係人中沒有人能毫無限制地享受他的自由。根據平等原則，在其他的案例中，靜坐示威不可避免地只能被當作違反秩序的行為處理，並且對參與所謂名人封鎖和釀酒業卡車封鎖的人，也不能進行刑事追訴。

III、

對上述的憲法訴願，聯邦司法部代表聯邦政府、巴伐利亞邦內閣總理和巴登——符騰堡邦司法部長皆提出意見書，對於第一個判決，還有聯邦最高法院各刑事庭、警察同業工會以及四個從事衝突與和平研究的研究機構表示了意見。

1. 聯邦最高法院院長，傳達了主審該訴案件刑事庭對於適用刑法第二四〇條和該條文符合基本法的意見：

a) 根據刑事第一庭的看法——和刑事第五庭一樣，刑事第一庭在此之前也未會處理過類似的法律問題——，判決所詮釋的暴力概念，完全決定於行為人的行為對被強制者的影響，已符合基本法第一〇三條第二項明確性的要求，使用強暴的手段，已具備強制的卑劣性，以限縮暴力概念或承認示威目的的方式，使根據聯邦最高法院判決具有刑法第二四〇條強暴意義的行為方式阻卻違法，不符合法治國原則。

b) 刑事第二庭援引至今的判決，特別是雷普勒一案(BGHSt 23, 46)，對於這個判決的效力，刑

事第二庭甫於一九八六年四月二十四日作成的裁定中(NJW1986, 頁1883)予以說明。將「暴力」解釋為施展物理的力量對被害人造成強制作用的定義，刑事庭也在其他關於性行為的強制案例中，加以採用。當強暴（或脅迫）的手段加上所欲追求的目標，根據一般的判斷，在倫理上無法被容許時，即可視為刑法第二四〇條第二項卑劣的強制，毫無疑問地，刑法第二四〇條符合刑法構成要件明確性的要求，基本法的保障所具有的優先性，在必要的情況下，則可藉著合憲的解釋予以兼顧。

c) 刑事第三庭則援引它自己在干擾教授上課強制案的判決(NJW1982, 頁189)，另一個關於飛機封鎖案（大示威）的判決，也對刑法中其他規定的暴力概念有所說明(BGHSt32, 165)，但對於為了大動視聽所採取的示威行動，以暴力侵害他人活動和行為自由時，是否必然可依刑法第二四〇條予以處罰，或者只有附加其他條件時才可以處罰，則並未表明立場。

d) 最後刑事第四庭在一九六九年一個關於強盜罪的判決中，也處理了暴力概念的問題(BGHSt3, 126)。只要往後在駁回上訴的判決中應適用刑法第二四〇條，刑事第四庭即以第二庭對雷普勒案的判決為依據，關於該規定和基本法是否不相矛盾的問題，則未表示意見。

2. 聯邦司法部認為，看不出來受指摘的判決有違憲之處，巴伐利亞邦內閣總理針對第一、第二和第六位訴願人的訴願所提的書面意見，以及巴登—符騰堡邦司法部長對在該邦內進行的活動所表示的意見，同樣認為這些憲法訴願是無理由的。

a) 根據他們一致的見解，刑法第二四〇條的規定，從基本法第一〇三條第二項所衍生的要求來看

，是沒有問題的，而且從法院所作成和最高法院判決一致的解釋來看，也是一樣的，憲法並未禁止使用不確定的、需要進一步評價的概念。卑劣性的概念，如巴登——符騰堡邦司法部長所主張的，固然進一步地使法院有權評價，究竟是否符合構成要件的強制行為已然違法，但是刑法第二四〇條的適用界限，已由刑事判決予以具體化了，因此明確性原則已儘可能被顧及了。

根據司法部的看法，這種看法主要是由巴伐利亞邦內閣總理所提出來的，暴力概念的核心要素，是施展物理上的力量以達到對被害人的強制效果，這種強制效果的強度，必須在個案中各別衡量，施展身體的力量——即便是些微的力量——這個要素，是心理支配過程的誘因，它確保了不超越文義解釋的界限，如果認為這和一般所理解的暴力概念不一致，是難以理解的。

將心理的和物理的強暴等置，根據聯邦司法部的意見，就保護自由意志活動的立法目的而言，是合法的，也和目前實務和文獻上的通說見解一致，縱然有部分從刑法的觀點所提出來的激烈批評，這個判決也不能被指為違憲，就基本法而言，不可能作成一個確定的暴力概念的判決。以對被害人進行身體的強制作用為準，而不是以行為人的攻擊行為為準，是許多種詮釋途徑中的一種，確定這種詮釋方法，是為了能涵蓋一切同樣應罰的情況，這種解釋並非被禁止的類推，因為暴力的概念不僅決定於行為人的行為，而且也決定於行為對被害人的影響。

b) 根據上述釋憲機關一致的見解，受指摘的判決也不違反基本法第五和第八條的規定，憲法不容許將訴願人所進行的靜坐封鎖行為視為合法。

巴伐利亞邦內閣總理認為，上述的基本人權，並未賦予權利人在行使其意見和示威自由時，以暴力影響別人的權利，聯邦憲法法院曾經在下洛克多夫裁定(Brokdorf-Beschln 6)中，明白地強調，在示威中使用暴力的人，不能主張基本法第八條的權利。基本人權和刑法第二四〇條之間的轉換效果，不容許在示威的例子，對暴力概念採取限縮的解釋，因為根據判決的見解，使用暴力並非確保基本法第五和第八條所保障的自由權的必要手段。

聯邦司法部同樣強調，基本法第五和第八條，僅僅保護精神層次的爭論，但不保護強暴的行為。爲了抗議核子軍備而在軍事設施之前從事靜坐封鎖，是否可視爲基本法第八條第一項的「和平」集會，已屬可疑。固然，判決所認定的刑法上暴力的概念，不可以絕對地視同憲法上不和平的概念，但是，在集會的領域，心理的強制可以是一種行爲，這種行爲不屬於合法的精神上的意見對抗。不過，這個問題最後可能擱置不決，因爲處罰強制行爲，根據基本法第八條第二項的法律保留，無論如何都是合法的。刑法第二四〇條第一項的規定，在於保護意志決定和意志形成的自由，因而不是爲對抗集會自由而設的，而且符合聯邦憲法法院在下洛克多夫裁定中，針對限制集會自由的規定所提出來的要件。

根據巴登—符騰堡邦司法部的看法，卑劣性的規定使法院在衡量利益時，能顧及基本法第五和第八條對基本人權的擔保，基本法第八條並非因爲欠缺和平這個檢驗標準即被排除適用，這一點斯圖加特高等法院在一些個判決中已明白地予以指出來。藉著強暴的強制方法，使阻礙交通成爲群眾活動的目標和目的，並藉而提高示威效果的權利，是無法從一般法規權限內所保障的或屬於基本法第五和第八條法律

保留下的基本人權引申出來的。如果藉著封鎖車道，具體地使駕駛受到無法抗拒的強制而停車，則因而使用的強暴手段，即便在示威自由基本人權的考慮下，也絕對是違法的，只有在特別的個案，才可能例外地不具有卑劣性。即便進一步考慮到，示威者想要將公眾的利益放到一個重要的並且和他們有重要利害關係的問題上面，在衡量利益時，也不能主張他們行使基本人權，優先於相對人受基本法第二條第一項保障的法律地位。在代議民主制度之中，公共事務的決定權，操縱在根據憲法和法律合法設置並且經由民主的意思形成過程所授權的機關之手，因此，如果刑事法庭將卑劣性的判斷，依抗議行爲的實質目的而定，將和代議民主制度不符。

c) 在所提出的意見中進一步指出，就針對專業法庭的判決，憲法法院只能就該判決是否違反特別的憲法規定加以審核而言，在具體個案適用法律規定上面，在憲法上也是無可挑剔的。

根據聯邦司法部的見解，刑事法庭適用卑劣性條款時，正確地注意到，訴願人行動的直接目的，在於封鎖被涉及的軍事設施，這並非只是實現基本人權所必然造成的負擔，也不是就活動的目的而言，無法避免而無害的負擔，而是有計劃地侵害至少是等價的第三人的法益，因此訴願人的集會自由，不能優先於透過他們的集會自由而受侵害的駕駛人的權利，由於刑事法庭對於訴願人的訴求未予置評，理所當然地可以不予重視，另一方面而言，法院本應注意到，訴願人的集會違反報備義務，而因此是和法秩序相抵觸的強制手段，最後，即便刑事法庭不認爲這些靜坐封鎖屬於輕微不法，也是無可疵議的。固然，根據高位階的集會自由，可能可以推論出，一個實際上只是象徵性侵害到他人意志自由的行爲，不應該

被視為刑法第二四〇條第二項意義下的「卑劣的」行爲，而因此不應受刑罰制裁，但是訴願人的靜坐封鎖，卻絕對不具有這種象徵性的性質。

根據巴伐利亞邦內閣總理的意見，在大恩史丁根參與鎖鏈行動以及在新烏爾姆參加封鎖的訴願人，以他們的身體擋住營區入口通道，已施展了物理的力量，對那些想要出入營區的人造成一種強制效果，即便只是心理上的強制效果。這種強制效果因參與者的數量，而且在第一種情形，因為鎖鏈行爲而更形提昇，行動的象徵性特徵、事先公布行動和他們的政治動機，皆無法改變他們使用暴力的事實，動機可能無論如何在違法性的判斷上具有意義，卑劣性卻絕對在實施暴力時已存在。無論如何，對第三人實施強制，或者是阻止前進，或者爲其他犯罪行爲，根據一般的看法，在倫理上已達高度無法容許的程度，這個認定也適用於和平示威的情形，因爲其實還有各種其他實現意見表達自由和示威自由的方式存在。

巴登—符騰堡邦司法部進一步指出，對於參加大恩史丁根鎖鏈行動、斯圖加特外興根和穆特朗根封鎖行動的第一位、第二位、第四位和第五位以及第七位訴願人的判決，看不出來違反了特別的憲法規定，法律的適用，遵守了由判決所發展出來，在憲法上毫無疑義的標準。就暴力的要素必須決定於所實施的心理強制究竟具有多大的力量而言，法院並未犯錯，法院根據聯邦最高法院判例所作出的判決，在法言法，是站得住腳的，這一點同樣適用於卑劣性的審查，使用強暴的手段，原則上已包含了卑劣性，並且如果一個行爲顯然高度地不值得容許，以致它因爲社會上無法予以容忍，而具有應罰的不法時，即應肯定它具有卑劣性。

a) 對第一個判決所提出的意見中，最後還指出來，核子飛彈的設置，就憲法的基本決定權而言，是一種軍事上的自我防衛，針對合法的軍備政策，基本法第二十條第四項意義下的抵抗權是不存在的。

3. 警察同業工會認為，無論就警察的利益、示威者的利益或相對人的利益而言，由憲法法院對強制罪構成要件的界限加以澄清，是迫切需要的，由於暴力概念的擴張和適用卑劣性條款的搖擺不定，可以想像對訴願人依強制罪加以處罰是事先不能預見的，在較新的判例中所擴張的暴力概念，需要根據憲法的要件加以檢核，這些憲法的要件是定罪科刑時，供法官進一步闡釋法律的依據，在這些要件上，正如基本法第一〇三條第二項所顯示的，應該以特別嚴格的標準，處理法規之間的適用關係。帝國法院的概念架構，和刑法第二四〇條第一項的文義，尚稱一致，據此，無論如何，只有當行爲人攻擊被害人的身體，並且因而使用了大量的身體力量（毆打），或者——廣義來說——使用了科技設施（鎗彈）時，才有暴力存在，如果欠缺這種機械性的作用，則只有當被害人各部分的身體功能個別地暫時喪失時，例如非暴力地使用麻醉劑或拘禁或有意地引起神經休克，方才能認為有實施暴力，反之，如果不是喪失行動能力，只是無法以一定的方式（開車或搭電車）或向特定的方向繼續前進，則沒有施暴，單純侵害神經系統，同樣不足以受處罰。回復傳統的暴力概念，不會使得目前應該合乎刑法第二四〇條規定的構成要件，被解釋爲合法，只是不會依強制罪加以處罰，但是仍然可以依據集會法和道路交通條例予以制裁。

受質疑的判決並沒有充分注意到基本法第五條第一項和第八條第一項的基本人權。封鎖營區出入口，毫無疑問地是基本法第八條和集會法上的集會：參加的人是一起來的，以便共同藉著示威對公共事務

作出表白，他們的行為方式，不會因為法院將之視為「強暴」，就變成不和平的行為。由於詮釋限制基本人權的規範之前，應該先弄清楚被限制的基本人權，因此訴願人共同表達意見的權利，必須和刑法第二四〇條所保護的軍務人員的行動自由一起被考量，對這兩種法益予以適當定位的標準，在實務上毫無疑問地可自合法的示威活動引申出來，在合法的示威活動中，不容置疑的，交通群眾將被迫改換路線，或者不開車到特定區域，只有當例如不相干的第三人的行動自由暫時完全受到拘束，而他無法步行到他的住所或步行去上班，或者無法以交通工具抵達特定的市區時，方才逾越了合法的界限。這種標準也適用於未報備的示威活動，未報備的示威活動也是集會法意義下的集會，只是參加集會的人可能依集會法第十八條第三項之規定遭驅離，可能被命令轉移場地以及被命令解散，只要主管機關沒有採取驅散參與者的干預措施，主張基本法第八條的權利是合法的，這麼一來參與封鎖行為也可能不構成強制罪，此外，被限制的基本人權仍有待價值判斷的意義，也必須反映在當有牴觸規範即應科處的制裁上面。

4. 四個與和平及衝突研究有關的研究機構當中，漢堡的和平研究和安全政策研究所，寄送了對於核子武器進行憲法評論的論文，黑森的和平暨衝突研究基金會和史丹堡和平政策研究所，更進一步對設置飛彈的憲法問題、國防政策問題和軍事科技問題表示了意見。在所有聯邦憲法法院關於擴充軍備的判決之前(Beyerle 66, 39, 特別是88, 1)完成的論文中，皆對擴充軍備的合憲性提出質疑，最後提到的兩個研究所和貝格后夫衝突研究基金會(Berghof-Stiftung)，同樣對議會民主制度中，人民不服從的象徵性行動的問題，提出了意見，他們一致警告不該將這種行動認定為以卑劣的強暴手段實施強制，否則為

了剷除暴力和尋求各種解決衝突的不同途徑所費的心力，將付諸流水。

意見中提到，在議會民主政治中，也存在著一些爭議點，是少數認為無法妥協或者不能票決的，在德國，人民的不服從行動，主要是針對一些多數人的決定，少數人害怕這些決定將帶來不幸的、無法挽救的後果，因此多數會主張有權採取嚇阻的策略，這種嚇阻的策略，在失靈的時候，勢必將德國這個有生存能力的工業社會引向末路。面對這種衝突狀況，少數會基於良心的理由，覺得有反抗的義務，因此必須有一個提出警訊和說服多數的途徑，而使得社會其他生存所必要的功能，不致因為這個衝突而癱瘓，這裏所指的不是對國家機關實施無法抵抗的強制，而是將衝突的課題搬上舞台，使它不再不爲人所知。人民不服從的反抗行動和法秩序之間的衝突將受到限制，行動的政治理由和使行動能夠被掌握的過程說明，都是爲了這個目的而存在的，如此一來才不是一場混亂的行動，而是有規劃的行動，它的過程經常也都是和國家機關事先討論過的。自我約束採取非暴力的行爲，是行動被認定爲人民的不服從的決定性要素，自我約束所以受到尊敬，因爲它符合自由民主基本秩序的利益。如果爲了能適用刑法第二四〇條而指摘這種使用心理強制手段的行動，那麼區分破壞性與非破壞性行動這種對共同生活非常重要的界限將遭到混淆。在這裏提出「心理上的強暴」也是不適當的，因爲被挑戰的人的意志自由實際上並未受到侵害，正確的說法是，不可能有人民不服從的基本人權，政治智慧和對有良知的公民的尊重，均要求我們要自制和容忍，比起刑事訴訟這種僵化的過度反應，自制和容忍對於社會而言是比較不危險的。

IV、

一九八六年七月十五和十六日言詞審理程序中表示意見的有：

爲訴願人辯護的是 Däubler 教授和 Grünwald 教授，Hemeyer 律師，Leyrer 律師，Niepel 律師及 Schmid 律師，第七位訴願人自己；爲聯邦政府辯護的是司法部長 Engelhard，司法部司長 Bülow 和 Schneider，司法部參事 Kammerloher；爲巴伐利亞邦政府辯護的是該邦司法部長 Lang 和 Isensee 教授；爲巴登—符騰堡邦司法部辯護的是司法部長 Eyrich，爲警察同業工會辯護的是工會理事長 Schröder 和工會秘書 Heyn，以專家身分發言的是 Callie 教授和已退休的地方法院院長 Trondler 博士。

B、

第六位訴願人的憲法訴願是合法的並且是有理由的，它的靜坐封鎖地點在新烏爾姆，其他合法的憲法訴願應予駁回，因爲正反票數相同，無法認定與基本法有抵觸之處（聯邦憲法法院法第十五條第三項第三句）。

I、

在判決和文獻上，對於本案這種靜坐示威的認定，不僅在憲法上，特別是在刑法上，一向有爭議。這種行動的特色在於：沒有任何暴力行爲，以停留在車道的方式，封鎖軍事設施的出入口，並且大部分事先將這種行動公告周知，而且所有參與者對警察的干預行動完全不予抵抗。這種示威行爲在合法解散之後，無論如何皆可當作違反秩序的行爲，亦即違反集會法和交通條例的違規行爲予以處罰，這顯然是無可置疑的。許多刑事法庭根據聯邦最高法院雷普勒案 (BGHSt 23, 46)，將這種示威行爲認定爲實施

強暴手段的卑劣性強制（參照 OLG Stuttgart, NJW 1984, 頁 1909, 此外特別是 KG, NJW 1985, 頁 209, OLG Düsseldorf, NJW 1986, 頁 942, BayObLG, JZ1986, 頁 404），部分法院則宣告無罪或停止訴訟程序（參照判決要覽的引據 Leb, KJ1984, 頁 202a; Frankenberg, KJ1985, 頁 301）。科隆高等法院最後追隨聯邦最高法院在另一個判決 (BGHS32, 165) 中的說明，而提出這樣的問題：爲了大動視聽而採取阻礙他人行動和行爲自由的示威行爲，是否無論如何是刑法第二四〇條第二項的違法行爲，或者在個案中，視特別情況可能欠缺卑劣性（NSZ1986, 頁 30, 在短時間的阻撓時，持保守的立場 OLG Koblenz, NJW1985, 頁 2432; OLG Zweibrücken, NJW1986, 頁 1055 關於警察改道的情形）。聯邦最高法院因而在受指摘的判決宣告之後，在一九八六年四月二十四日作成的裁定中 (NJW 1986, 頁 1883) 明白指出，雷普勒一案的事實，基本上和有爭議的這種靜坐封鎖不同，示威者的目的自始即在於造成被他們所引起的交通阻塞這個事實，並非絕對是認定爲刑法第二四〇條第二項卑劣性的充分條件。

在文獻上，雷普勒案的判決已引起批評，雖然將靜坐封鎖認定爲強制，除了一些質疑之外，仍獲得贊同，但是對這個判決的批評，最近逐漸增加，將消極的反抗定位爲強暴行爲以及評價爲卑劣，皆受到質疑，部分還論及憲法的觀點以及「人民不服從」的問題：

關於人民不服的討論

II、

在系爭的這些判決中，法院依刑法第二四〇條，論訴願人以強制罪，只要這個規定處罰實施強暴手

段的強制行爲，憲法法院即必須審查，刑法第二四〇條的規定，是否滿足刑罰的規定應具備明確性的要求，這個明確性的要求是自基本法第一〇三條第二項引申出來的。判決中對暴力概念的擴張解釋，根據四個法官的意見，並未逾越基本法爲刑法的解釋所設定的界線，相反地根據另外四位法官的意見，如果法院將刑法第二四〇條暴力概念適用於本案的這種行爲，則和基本法第一〇三條第二項所衍生的類推禁止原則有違。

1. 基本法第一〇三條第二項保證只有在行爲前法律已有處罰之規定時，才能處罰犯罪。聯邦憲法法院在無數判決中討論這個憲法規範，並且早就明白指出，這個規範的意義，並非完全在於禁止適用習慣法或禁止溯及既往（BVerfGE 14, 174[185]；刑事判決），往後的判決即指出，基本法第一〇三條第二項包含立法上重要的明確性原則，以及和明確性原則互相呼應、針對判決而存在的禁止類推適用原則。由於基本法第一〇三條第二項，會在一個案例中，因爲刑法規範被解釋錯誤，而受到破壞，聯邦憲法法院綜合迄今判決所依據的基本原則作成結論如下（BVerfGE 71, 108[104ff.]；亦參照BVerfGE 47, 109[123ff.]；64, 389[393ff.]）：

基本法第一〇三條第二項賦予立法者在此處不擬討論的禁止溯及既往原則之外，具體描述犯罪構成要件的義務，使犯罪構成要件的效果和適用範圍易於被了解，並且可以藉著解釋而十分清楚。這個義務具有雙重目的，一方面爲了使受規範的對象獲得法治國原則的保護；任何人理應有機會事先預見那一種行爲是被禁止的以及是受處罰的，另一方面並且因而確定，可罰與否由立法者決定。由此可知，基本法

第一〇三條第二項包含一項嚴格的法律保留，這項法律保留禁止行政權和司法權自行決定犯罪的成立要件。

刑罰的規定因此必須符合所說的明確程度，卻不禁止使用那些在特別限度內需要法官闡明的概念，即便在刑法領域內，立法者也有必要注意生活的多面性，而基於刑法規範的一般性和抽象性，在邊緣案例中，對於一個行為是否符合法定構成要件可能產生疑問，這也是難免的，但無論如何，通常情況下，受規範的主體必須能依據法律規定預見行為是否構成犯罪，而在邊緣情況，受規範的主體至少因而能認識受處罰的風險。根據上述的理由，刑罰規定的明確性，對受規範的主體而言，主要是指法定構成要件應該使用易於辨識和理解的用語。

根據判例的見解，法律規定明確性的要求，排除對習慣法的適用和類推適用，這裡的類推，不是狹義的技術性意義的類推，被排除的，毋寧是超越法定制裁規範內涵以外的法律「適用」。基本法第一〇三條第二項，為刑罰規範的解釋，定下了憲法的限制，由於法律規定的解釋對象無論如何只能是法律條文，因此決定性的標準是：法律所具有的可能的文義，是合法的司法解釋的外部界限。如果如上所述，基本法第一〇三條第二項要求刑罰對受規範的主體必須具有可辨識性和可預見性，則必然意味著，文義依人民的觀點而定。

由此引申而來的是：立法者必須決定，是否以及在什麼範圍內，他要以刑法的手段，防衛一個他認為具有保護重要性和必要性的特定法益，法院則不可修正立法者的決定，如果依據超越法律文義所能辨

識的解釋，可能得出某個行為應該受處罰的結論，則不可以讓風險歸於人民，在刑罰規範的文義所無法涵蓋的情形，法院因而必須為無罪宣告，如果因為基於明確性的要求而儘可能具體限制刑罰規範的界限，以致於特別是陳年舊案，被排除在刑法的適用範圍之外，也是一樣的，即便行為在類似的情況之下可能是值得處罰的。如此一來，立法者必須遵守諾言，他有義務決定是否任由可能屬於有處罰漏洞的情況存在，或者制定新的規定，而法院無論如何被基本法第一〇三條第二項禁止作這種決定。

上述的判決應該被依循，在文獻上，除了一些這裏所不感興趣的細節之外，它也普遍被接受（參照 Krahl, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht [Art. 103 Abs. 2 GG], 1986, S. 220ff. 以下引據。）倒是應該注意，這個判決有變成字面宣判 (Verbalbekenntnis) 的危險，因為它傾向於對違反明確性原則和類推禁止原則的可能性，在個案中採取太寬鬆的判斷標準 (Krahl, aaO. 頁 412)。

2. 依基本法第一〇三條第二項的標準檢驗刑法第二四〇條，在適用所提到的基本原則的情況下，首先得出的結論是，無論如何，由立法者對各種暴力方式加以規範是無可質疑的。

強制罪構成要件所保護的利益，顯然是意志決定自由和意志形成自由（參閱 Eser, 前揭書，ss 240 Rdnr. 1），立法者因此並未處罰每一種對自由的強制作用，而是從人與人之間相互施加壓力的各種可能情況當中，掘取那些以特定手段加以強制而具有社會侵害性的情形：即實施暴力，或以可感受的惡害加以威脅。為了解決爭訟的案件，沒有必要深入探討這兩種構成要件行為彼此之間並非完全沒有爭議的

關係（有關的批評特別參考 Sommer，前揭書），無論如何，立法者針對暴力手段，將現在的侵害科以刑罰，而威脅則是指單純通知未來惡害的情形，這是可以辨識出來的。在這裡立法者對暴力的概念使用一個語言上易於理解的要素，這個要素也出現在許多其他的刑罰規定之中，對這樣的一個要素，固然可以毫無限制地作任何解釋，但是它的效果，藉著根據字義和立法目的而作的解釋，可以達到使人民充分了解的程度。

憲法上對強制罪構成要件的認定也是很重要的，根據憲法上的認定，依法律規定，實施暴力手段的強制，如果是違法的，才應該構成犯罪，一九四三年進一步確定違法性時，同時擴張威脅的方式（原來是：以犯罪或輕微的違法行為加以威脅），而在刑法第二四〇條第二項增列了一項規定，根據該規定，一個犯罪行為的應罰性，並非單單存在於所使用的手段上面，而是來自於手段和目的之間不應該被容許的結合關係，根據經由一九五三年八月四日通過的第三次刑法修正法（BGBl 頁 735）所修正過的規定，如果使用暴力或以惡害威脅，就所欲達到的目的而言，可視為是卑劣的，則該行為是違法的。對卑劣性的認定，根據聯邦最高法院的判例，依社會倫理的評價而定，如果一個行為，根據一般的判斷，在倫理上不應予以容許的程度，高到呈現出應罰的不法的狀況時，即認定為具有卑劣性（參照 BGHSt 17, 328[332] 18, 389[391] 19, 263[268] BGH, VRS40, 104[107] 同樣的 OLG Koblenz, NJW 1985, 頁 2432[2433] · OLG Köln, NStZ 1986, 頁 30[32] 及 BayObLG, JZ1986, 頁 404[405] 關於本案所審理的靜坐封鎖一案）。為了避免作非法律的評價，文獻上曾嘗試偏重於以社會上無法忍受的觀點，作為認定的

依據（參閱 Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 頁 327）。

對於卑劣性的概念一向可能的理解是：不可以誤以為，根據刑法第二四〇條第二項卑劣性的規定，決定個案中什麼是強制的行為應該予以處罰，主要應由法官予以裁量，如此一來會形成一種危險，即作為處罰依據的，不再是立法者在行為之前所訂定的衝突規則，而是法官在行為之後所察覺的應罰性，由此之故，文獻上即懷疑，就針對基本法第一〇三條第二項所作成的判決而言，這個規定是否已夠明確（參閱 Schäfer, 前揭書, Rdnr.60的引證）？這個疑點透過聯邦最高法院聯合刑事庭的陳述而被揭露出來，在這個判決中，刑事庭將適用刑法第二四〇條時，立法者的評價權明白地賦予法官（BGHSt2, 194195f.）。引起爭議的卑劣性規定，不論它的刑法定位如何，是對構成要件的一種修正，它藉著以其他要素描述強制行為而限制可罰性，並且適用這個規定因而對行為人發生有利的效果，但是這些就這個疑點而言卻無關緊要，因為這個限制取決於各個案件的情況，因此是和刑法第三十四條緊急避難或第一九三條主張正當利益時利益衡量類似的情況，這個限制避開了一種可以事先確定的規範性的描述方式，在這樣的情形下，如果立法者以語言上能理解而有待價值判斷的概念為已足，並且授權法官在個案中運用這種概念，在憲法上是無可指摘的（參閱 Schäfer, 前揭書, Rdnr. 65; Eser, 前揭書, Rdnr. 18）。

3. 正如由二十八位刑法教授所發起，在給聯邦憲法法院的請願書中，對刑法第二四〇條所提出的憲法上根本的質疑一樣，從任何一方面來看，憲法上有疑問的，不是立法者所判定的規範性規則，而是法官對這些規則的詮釋。

a) 刑法第二四〇條實施強暴手段的效果，隨著時間的發展，逐漸被法院以被批評為將暴力概念「精神化」或「反物質化」的方式加以散播，如此一來，應該已經符合了充分處罰應罰行為並避免可能的處罰漏洞的需求，下面的例子足以為證，例如為示警而鳴槍 (RGSt60157; 66,353)，以具有威脅性的人群阻塞道路 (RGSt45, 153)、闖門 (RGSt69, 327)、狡詐地使用麻醉劑 (BGHStI, 145)、在高速公路上開車推擠 (BGHStI9, 263) 以及最後，干擾大學上課 (BGH, NJW 1982, 頁189) 和靜坐封鎖 (BGHSt23, 46)。

暴力的概念主要依三個步驟擴張，這三個步驟無論如何無法彼此精確地區分（問題概況參閱Blei, Die Auflösung des Strafrechtlichen Gewaltbegriffs, JA 1970, 頁19; Schäfer, 前揭書, Rdnr. 7ff; Keller, Die neue Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs in der Rechtsprechung, Jus 1984, 頁109ff.）。帝國法院對於強暴原始的理解是：藉著行為人身體力量的施展，以克制被採取或被期待的抵抗（參照RGSt36, 81關於強盜案，以及RGSt64, 113關於妨害風化的犯罪），在帝國法院採取行為人施展力量這個的確很低的要件之後，聯邦最高法院進一步認為，對被害人造成影響是決定性的條件，只要行為人藉著身體的動作，使得被攻擊者實際的或被期待中的抵抗，因為對於他的身體直接發生作用的手段，而中斷或被防止，不問行為人所施展的身體力量強大或微弱，都已構成強暴（BGHStI, 145關於陰險地使用麻醉劑一案）。最後，聯邦最高法院在第三個步驟上，概括地以對意志決定自由或意志形成自由造成侵害性的強制作用，作為判斷依據（BGHSt8, 102——群眾罷工，19, 263——高速公路上的開車推擠——也參照BGHSt23, 126——持鎗相向）。最擴張的是二九六九年的

雷普勒案(BGHSt23, 46[53f])。在該案中，抗議者以在電車車道靜坐封鎖的方式抗議票價上漲，自此而後，行爲人施展身體力量的要件和對被害人身體造成影響作用的要件，都失去了決定性的意義，只要行爲人施以微弱的身體力量，造成一個僅僅是心理的受支配狀況，並因而對被強制者形成無法抵抗的強制，即爲已足。

法院在系爭的這些判決中採取這個判決的見解，將在軍事設施的出入口，未使用暴力，而以坐在或滯留於車道的方式封鎖進出口的示威者，判定爲以強暴而實施強制行爲。根據斯圖加特高等法院刑事第一庭的見解，參加斯圖加特外興根靜坐封鎖行動的示威者，使用強制性的暴力，滯留在車道上一些個時候，以致於全部車道被堵塞，而駕駛人被迫停車，透過群眾的身體力量，對車輛駕駛人已造成無法抵抗的強制，使得車輛駕駛人在一個公眾交通道路上受阻而無法繼續前進(NJW1984, 頁1909[910])。這個解釋，根據斯圖加特高等法院第三庭的見解，不僅符合刑法第二四〇條的字義，也符合該規定的內涵，就保護的目的而言，一個出於強制意圖的身體封鎖行爲，至少和一個直接的、出於強制目的的身體攻擊行爲，應該受相同的評價，因爲這種身體封鎖行爲，在被強制者不屈服的情況下，必要的時候，會導致行爲人和被害人直接的衝突，而且只有在被強制者採取相對的暴力時才能被壓制下去，如果被強制者基於良心的理由，或者至少因爲害怕刑法上的後果，而沒有對行爲人採取壓制性的相對暴力，則一種由人所造成的封鎖，也會在被強制者的精神上造成影響，因此一條人鏈可能形成一個障礙，以致於基於身體和精神機能的交互作用，在這裡也能產生由封鎖者的身體力量所逼迫出來的行爲方式。新烏爾姆簡易法

院同時發現了一種強迫停車的效果，因為如果被強制者繼續前進，勢必危及示威者，而將使自己構成犯罪，此外，下面的認定也已足夠了：第六位訴願人，在參與新烏爾姆的靜坐封鎖行動時，即以實施心理上的強暴開始，他藉著身體的投入，和其他的示威者共同使車輛的進出成爲不可能。巴伐利亞邦最高法院以駁回上訴肯定了這項見解。後來關於靜坐封鎖的判決 (IZ 386, 頁 401) 指出，相對於過去的判決，從今天的判決可以看出相當程度的改變，因為強暴的概念擴張了，並且重點移轉到發生在被害人身上的強制作用，這種見解，顧及人與人之間的強制作用當中，那種很細膩的和很細微的作用方式，並且注意到，引起被害人心理上的壓抑，和身體的強制一樣，可以發揮相同的作用。

和在對立法者所制定的規範性的規定進行憲法上的評價時不同，法庭本身對於上述的詮釋，沒有一致的看法。

aa) 根據四個支持判決的法官的意見，法院對暴力概念的擴張，和基本法第一〇三條第二項是相符的，因爲這種擴張並未逾越合法解釋的界限，這些法官附和迄今的判決結論，這種判決結論特別是在註釋書中，除了一些質疑之外，獲得贊同（參閱如 Eser，前揭書 Vorbem. 234 Rdnr. 6ff.; Schäfer，前揭書，Rdnr. 28ff.; Dreher/Tröndle, StGB, 42. Aufl., 1985, 240 Rdnr. 3f.），並且在言詞審理時，被 Tröndle 教授加以闡述和支持。

藉著擴張暴力的概念，強制罪的規定所要保護的意志決定和意志形成自由，面對固然是很細微的但是和動用身體的力量具有類似效果的應罰的強制作用，也會受到比較有效的保護。這種擴張被維持在可

能的文義所標示出來的界限之內，這個界限是由法官的解釋所形成的。因為強暴的概念並不完全清楚，因此還可以進一步加以解釋，它不僅僅被使用在各種不同的意義，例如其他語言使用不同的字眼，或者表示粗暴地運用力量(violence)，或者描述支配力(pouvoir, power)，最後或者隱喻特別強烈的或激烈的事態(例如有力的言語)，甚至在一開始所提到的意義上，不僅僅物理力量的使用被描述為強暴，而且一般導致他人被強迫行事的不法措施，也會被描述為強暴(Duden, 德語大字典, 1977, Bd. 3, 頁1027)。如果施加在被害人本身無法迴避的強制作用，包括行為人一些身體力量的投入，即便是極其微弱的身體力量的投入(例如滯留在被封鎖的通道上形成一個肉身柵欄)，則依照字義來設定界限的解釋方法，將無論如何會被遵守。在這個前提之下，即便根據已擴張的解釋，將強暴的手段理解成現在施予可以感受的惡害，對於刑法第二四〇條的第二種行為方式，也具有完全獨立的補充作用，刑法第二四〇條的第二種行為方式，是以這種惡害進行未來的威脅。

根據四位法官的看法，如果類推禁止原則的雙重目的被顧慮到了，也就不存在憲法上的疑義了。固然可能在邊緣情況，是否一個行為和法律構成要件合致，會有疑問，但是受處罰的風險，對國民而言，至少根據文獻上所承認的判決，是可以事先預見的(就它的意義參照 BVerfGE 4, 245[253]; 28, 175[183]; 37, 201[208]; 26, 41[42]; 57, 250[252])，而訴願人自己並未主張他們不會想到會被處罰。就類推禁止原則另一個規定目的，即確保立法者的職責而言，對強暴概念的擴張解釋也無不符合之處，因為立法者藉著使用「暴力活動」的概念，類似於在其他刑法規定所使用的(參照刑法第一一三條第二

項第二款，第一二四條以下）一樣，應該可以為強制罪的規定確立一個比較限縮的適用範圍，但是立法者並沒有利用所述的判決見解變更的機會，採取修法行動，而滿足於將第二項的卑劣性條款，當作對已擴張的強暴概念的修正要件。

相對地，另外四位法官則贊成批評意見，而認為擴張強暴的概念，違反類推禁止原則（其詳參閱Callies，前揭書，頁159以下；Wolter，前揭書，頁246以下，兩位皆有詳細引據；另外Kaufmann，前揭書以及Gehring，前揭書，頁517以下）。根據這些法官的看法，本案中的這種靜坐示威，也並非非法，他們已違反現行集會法和交通條例的規定，但不能以刑法第二四〇條強制性的強暴行為歸責於參加示威的人，他們除了一些刑法上不重要的預備行為（站到空的車道並滯留其上）之外，毋寧完全是被動地，且恰好是非暴力地行為。事實上，在系爭的這些判決中，並未確認受阻礙的駕駛人感覺到暴力的強制，這些駕駛人依照警察及其主管的指揮而停車或基於對現行價值秩序的尊重而停車，由於對現行價值秩序的尊重，使得駕駛人沒有強行開車而危害示威人，並且使他們正好因為示威人採取沒有防衛的和沒有暴力的手段，而免於受到示威人的強制。

如果以決定預見可能性的法律公佈時點為準，則將暴力概念擴及於這種行為，對國民而言，已不是事先可以預見的。無論如何，帝國法院在一九二一年還明白指出，現行德國法，依照習慣上的用語，至今所理解的強暴，僅僅是使用身體力量以排除抵抗(RRGSt56, 87(88))。大刑法修正委員會也認為，就對特定個人實施強暴的概念而言，依照使用語言所連帶的想像，強暴指的並非輕微力量的施展，強暴的概

念，不可以擴張到和這種習慣用語顯得不相符合的程度（一九六〇年刑法修正草案，頁114）。相反地，聯邦最高法院轉向一種解釋，就這種解釋而言，在一九四五年以前會需要一個當時合法但違反法治國原則的類推，以便使犯罪行為人承受不利益，而在雷普勒案，聯邦最高法院甚至將以心理上受支配的方式引起無法逃避的強制作用，定位為強暴（BGHS23,46[54]）。聯邦最高法院的立場隨即引起批評，一個對國民的預見可能性很重要，並且對警力的投入而言值得期許的確定的法律見解，卻因而無從形成，而比不上不足的是，聯邦最高法院在強姦案件，對強暴的概念所提出的要件，要嚴格得多：將人關閉在一個閉鎖的空間，還不足以構成使用暴力的程度（NJW1981，頁2204）。

根據四位法官的觀點，特別是從刑法第二四〇條的體系結構，可以得知將強暴概念擴張到本案這種靜坐示威，已逾越合法解釋的界限。正如已經提到的，我們可以正確地辨識出來，立法者並沒有對每一種影響意志決定和意志形成自由的強制作用科處刑罰，而只規定處罰特定數量的強制手段。對於立法者而言，如果引起無法逃避的強制作用這個條件已經足夠，那麼就可以不需要將各種強制手段一一羅列，因為強制的效果，「已」可從「強制」的概念得出來。此外，正如同帝國法院曾經指出來的（RGSt64113），將強暴的概念「精神化」，會混淆了它和「以可感受的惡害威脅」之間的界限，使得主要的脅迫方式可以納入強暴的行為方式之中，而使得在條文中明白規定的兩種手段，失去他們各自獨立的意義。但如果立法者認為，為了限制可罰範圍，只有一定限額內特定的強制手段是必要的，那麼基本法第一〇三條第二項會要求他堅守這個決定。如果適用法律時應該任由漏洞存在的話，無視於構成要件要素的文義，並

且爲了刑罰的目的使立法者所規定的可罰界限蕩然無存，藉以填補漏洞，不可能是判決的職責，此外這將導出難以令人理解的結論，即實際上，每一種示威造成的交通阻塞和類似的群眾集結，即便的確是合法的集會，依構成要件的規定，必定都會被認爲是強制規定中的強暴。

在系爭的這些判決中，所處理的並不是如何抗制利己的犯罪行爲，而是生活領域中的刑事訴追，而生活領域內的秩序，特別倚賴立法者負責任的決定，因此嚴格遵守類推禁止原則，更有其必要。參與靜坐封鎖的人，了解這是針對具有高度政治性爭議問題進行爭論的一部分，無論如何，他們的行爲可能可以如此認定：使爭論在無暴力的情況下進行，並且使暴力和非暴力的界限保有清晰的輪廓，是一種高度的公共利益，如果將和平靜坐封鎖所造成的心理上的強制，如同身體暴力舉動所造成的強制，當作強暴處理，那麼其他所正確指摘的概念混淆的情況，是政府機關自己所促成的。如果真發生了概念混淆的情況，那麼無論如何必須由立法者負起責任，確定立法者的責任，是類推禁止原則兩個目的中的一個，類推禁止原則，將規範犯罪構成要件的職權，嚴格保留給立法者，並且在這層意義上，類推禁止原則不僅建立在可預見性這個法治國的要求上面，而且同時建立在民主原則以及從民主原則所引申出來特別的立法責任上面，並且更進一步地，建立在分權原則和分權原則所要達到的國家權力自制的目標上面，同樣最後建立在下面這種思想上面，即用以保護個人自由的刑法，必須保有必要的不周密性（參閱：

Münch. GG, 2Anfl, 1983, Art 1036 Rdnr.17)。

III

根據法庭一致的看法，憲法不許可不制裁本案的這種靜坐示威，但是，對刑法第二四〇條合憲的解釋和適用是，在強暴概念已遭擴張的情況下，肯定具備強制性的強暴，並不表示同時肯定具有違法性，在考慮各種情狀時，更應考慮被立法者當作修正要素加以規定的第二項卑劣性條款，由於這一點在判斷新烏爾姆的靜坐封鎖時，被置而不論，因此必須准許第六位訴願人的憲法訴願。在其他的案子中，根據四位法官的見解，對刑法第二四〇條的合憲解釋和適用，同樣會使得受攻擊的判決遭到廢棄，因為本案中的這些行為，在考慮到各種情狀，包括示威者所追循的抗議目的之後，只要沒有其他特別的情事發生，通常不會被認為是卑劣的。但根據支持判決的另外四位法官的見解，判斷對於具備卑劣性具有決定性的事實，是刑事法庭的職責，而在刑事法庭就系爭的案例所作出的判決中，無法看出任何因為對基本法根本上有不清楚的見解所造成的錯誤。

1. 如果立法者已將本案例中這種靜坐示威，規定為違反秩序，或者也規定為刑事的不法，那麼在憲法上是無可質疑的。

a) 訴願人將他們的行動理解為，以象徵性的行為集體表達意見，亦即理解為，就反對危及生命的核子軍備競賽而言，固然是無力的，但是可引起注意的抗議，並且因而是集會自由基本人權的實踐（這一點參照 BVerfGE 69, 315 [343]）。並不因為他們被認定為以強暴手段實施強制而被科處刑罰，他們的靜坐封鎖即因而被排除在基本法的適用範圍之外，基本法第八條固然只保障「和平」集會的權利（這一點參照 BVerfGE 69, 頁 359f.），憲法上不和平的概念，卻不能和判決所發展出來刑法上廣義的暴力概

念等置，相反地已可認為，憲法將不和平評價為和使用武器一樣，亦即明顯地指具有有一些危險性的外部行為，例如暴力舉動或對人或物的攻擊性暴行，並且基本法的適用與否，並非決定於對第三人的阻礙是立憲使然或只是受到容忍而已。無論如何，就基本法第八條第二項廣義的法律保留而言，沒有必要對和平的概念作狹義的理解，並且沒有必要因而一開始就這樣限制基本人權的保障範圍，致使法律保留完全失去功能（相同意見參閱 Herzog, in Maunz/Dürig, GG, 1981, Art 8 Rdnr. 58ff.; Hoffmann-Riem in Wassermann [Hrsg.], GG [Reihe Alternativkommentare], Art 8 Rdnr. 17f.; V. Münch, GG, 3. Aufl., Art 8 Rdnr. 19; Erichsen, Zu den Grenzen der Demonstrationfreiheit, Verw. Arch. Bd. 64, S. 197[200]; Rinke, aaO, S. 47; Preuß, aaO, S. 429 aaO, S. 533f.; Schwäbe, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, 1975, S. 118ff.）。只要參加的人限於消極的抵抗，並且保持和平狀態，文獻上多數也會認為，靜坐封鎖可以認定為基本法第八條的集會，如此一來就趨於一致了，就是集會法，也只會將有暴力活動的集會，或者暴動的集會，當作是不和平的（第五條第三款，第十三條第一項第二款）。

援引基本法第八條，並不能因而使訴願人的靜坐封鎖被認定為合法，上述基本法第八條第二項明白規定，立法者可以對戶外集會的基本人權加以限制，在這個法律權限內，立法者對於有計劃的交通阻塞，也可以立法予以制裁，無論如何，集會法第十五條的規定，屬於限制基本人權的限制，而且是憲法所許可的限制，根據該條的規定，一個集會在直接危及公共安全時，可以被解散（這一點參照

BVerfGE 69, 頁 352f.)，如果在許可的範圍內，根據符合集會自由的基本意義適用集會法第十五條，則對本案這種例子予以解散，也是合法的。在這裏可以認為，集會自由原則上包括自我決定集會的方式和地點(BVerfGE 69, 頁 343)，並且因而包括共同使用供大眾使用的街道的權利。訴願人也很正確地指出來，任何集會自由權，無可避免地和一些阻礙性的強制效果密不可分，因為在集會地點的第三人，由於示威者身體的滯留，必然會受到推擠。這種阻礙和強制效果，卻只有當他們是社會相當的附帶效果和合法示威密不可分時，以及即便課以可期待的負擔仍無法避免時，方才能依基本法第八條阻卻違法，如果對第三人的阻礙，不僅僅是被容忍的附帶效果，而是有意提高對示威訴求的注意，即欠缺這種前提要件。聯邦最高法院已在雷普勒一案中，中肯地指出來，憲法固然為群眾的影響行動開啓廣大的迴旋空間，但是沒有人有權藉著有計畫的和有意的阻礙，以提高公眾的注意(BGHSt 23, 46f. 1.)，倒反而使得警察有權制止干擾的人並解散集會，以便當阻礙已超越輕微的程度時，維護被阻礙的第三人的權利。無論如何，有了這種合法的解散，在本案的情形，也採取了這種合法的解散，即不能再引基本法第八條，作為進行靜坐封鎖的一種阻卻違法事由。

b) 也不能根據人民不服從的觀點，將靜坐封鎖評價為對國民權利合法的實踐。

不同於對不法制度的抵抗權，人民或市民的不服從，被理解為人民對個別重要的官方決定的反抗，以便透過示威的、旗幟鮮明的抗議，甚至引起側目的違規行為，對一個被認為是會帶來劫難的，並且和倫理乖違的決定，作出回應(參閱 *Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie* 備忘錄，

1985, 頁211)和平暨衝突研究機構的意見，以及學說見解則指出，採取這種行動的動機，只能是具有重要普遍意義的事務，特別只能是為防止對社會的嚴重危害。本案的這些情況，並不是對抗議原因予以實際的阻止，尤其不是在有效癱瘓國家的機能，而只是為公眾意見形成過程製造戲劇性的效果，行動的特徵始終是，無論如何非暴力的並且因而在排除對其他人的一切風險的情況下，表現不服從，而且在公共層面上並因而在原則上是可以掌握的，此外，在顧及到各種情況之下，就實際上必須完全吻合的意義而言，時間和地點的選擇，都是適當的。

聯邦最高法院在雷普勒一案中，以和民主法治國基本原則不符為由，拒絕對這種行動表示尊重(BGHSE23, 41[56ff.])。這個見解在文獻上受到支持，理由是人民不服從是對法律的破壞，違反維持內國和平的義務，抵觸法律之前人人平等的原則，並且漠視為一個民主社會而設計的多數決原則(參閱Karpen, 前揭書, 附詳細引證; 進一步參閱Lensee, 前揭書; Doehring, 前揭書; Engelhard, 前揭書)。相反地，和平暨衝突研究機構則指出，人民不服從的構想，是在比較成熟的英美民主制度中，因為認識到民主的意見形成過程是一種試誤過程而不完美，從而發展出來的。上面提到的「基督教會與自由民主」備忘錄，在另一個事例上，對於人民和公務員服從法律的倫理有重要的說明(頁21, 24f.)。這個備忘錄提出警告，認為人民不服從行動所具有的嚴肅性和挑戰性，應該藉著指出議會政府體制和它的多數決具有法定性和合法性，而加以排除，即便這種行動是違法的，並且應受制裁，也應該認真地將他們當作是對民主決策內涵和方式的質問(前揭頁28)。

在本案的關係上，沒有進一步研究這個難題的必要。根據四位法官的意見，人民不服從的行動是否必須遵守上述嚴格的前提要件這個問題，對於決定那一種制裁方式是適當的，以及是否一個強制行為應該被認定為卑劣的（參照下面 III 2. part）^①這兩件事，是很重要的，但這絕不足以使有計畫且有意造成交通阻塞的靜坐封鎖合法化，也不足以阻止政府機關將他們視為違反秩序或犯罪，而當人民不服從的行動和阻礙交通一樣，侵害到第三人的權利時，至少這個問題是不可能被考慮的，第三人在這裏，在他的自我決定權受到侵害的情況下，被利用作為迫使公眾注意的工具。此外關於根據人民不服從的倡導者的意見，象徵性地抵觸法規的決心，屬於人民不服從的本質，以及不服從將被定義為非法而有受相當制裁的風險的行為包括在內，以作為對公眾意見形成過程發揮影響的手段這些觀點，皆不必予以理會。就上述的目的而言，引用人民不服從的觀點，作為抵觸法律的阻卻違法事由，顯然是荒謬的，還好，在言詞審理程序中，訴願人也沒有嘗試這麼做。

2. 立法者藉著刑法第二四〇條第二項的卑劣性條款，對不適當的制裁採取預防措施這個觀點，對於進一步審查受指摘的判決，是有幫助的。這個立法者的特別設計——只要刑法第二四〇條被適用在有爭議的這種靜坐封鎖——也具有憲法上的重要性。

註①：頁 2875K

a) 藉著以卑劣性條款修正構成要件的方式，立法者將強制罪的處罰範圍限制在某些行為上面，即針對行為人所設定的目的而使用暴力或以惡害相脅，應認定為卑劣的這種行為。這個條款是比例原則的

表現，它排斥過度的制裁，並且和責任與刑罰相當原則一致。靜坐示威的參與者，也可以主張這些憲法上的基本原則，其中，究竟依據基本法第八條或第二條第一項作為檢驗標準，則無關緊要。當以有擾亂分子為由而發布解散命令，而因為示威被合法解散，以致於集會自由的特別基本人權對那些擾亂分子不適用時，如果引用基本法第二條第一項作為檢驗標準，仍然受憲法上禁止不合比例原則的制裁的保護（亦參照 BVerfGE 19, 206 [215f. 225]）。

聯邦憲法法院早在過去的判決中，將責任與刑罰相當原則，認定為國家機關的憲法義務。此後，從基本法的一般原則引伸出，所規定的制裁必須和行為的嚴重程度以及行為人的責任成相當的比例（BVerfGE 6, 389 [439]·刑事判決），如此一來，責任原則在限制刑罰的作用上，和禁止過度原則（*Übermaßverbot*）互相配合（BVerfGE 50, 205 [215]）。因此聯邦憲法法院重覆地審查，是否以及在什麼前提下，量刑和這個過度禁止原則一致，或者量刑是否違反憲法上有意義及適度量刑的原則（參照 BVerfGE 45, 187 [253ff.]·64, 261 [270ff.]）。

只要立法者讓法官在量刑的時候，可以在相當的刑度內，科處相當於罪責的刑罰，通常已足以避免違反比例原則的制裁。例如可以從這裡著手：使犯罪構成要件精確描述確實應罰的不法，並且讓刑罰完全決定於個案中個人責任的輕重程度。但是，如果犯罪構成要件寬鬆的規定，將使得某些行為方式受處罰，而對這些行為方式而言，所規定的制裁，依種類和高度，似乎是不相當的，那麼即使有科處較輕刑罰的機會，也是不夠的。在以強制罪構成要件保護意志決定和意志形成自由時，立法者也正好注意到這

種危險，強制罪構成要件在它的適用幅度上，包括某些差異極大的行為方式，從嚴重的刑事不法到合法的阻礙行為，這種阻礙行為，只有藉助於第二項的卑劣性條款，才能被排除在刑法第二四〇條的適用範圍之外，在刑法第二四〇條強暴手段的適用範圍因為暴力概念的擴張，而和一九四三年新修正的脅迫手段類似，都具有修正的必要性的情況下，爲了確保有意義的並且適度的刑罰，第二項這個條款具有高度的重要性。

但是如果立法者根據憲法上的命令或禁止規定，增訂了一項限制可罰性的修正規定，則受法律拘束的法官，不可以對這個規定視而不見（亦參照 *BVerfGE* 49, 304[320]），如果法院認定參加靜坐封鎖的人已實施了強制性強暴的構成要件，同時將隱含的效果評價爲違法，因而實際上使得卑劣性條款落空，就是無視於規定的存在。聯邦最高法院在雷普勒一案中（*BGHSt* 23, 46[54]）認爲，刑法第二四〇條第二項，因爲第一項構成要件的擴張，才有存在的必要，第一項的擴張只關係到脅迫的手段，在使用強暴手段時，只有特別的情狀才能排除卑劣性的判斷。但是，這個隱含效果的見解，卻似乎只有當強暴手段，是在帝國法院過去的判決所理解的意義下被實施，而因此實行了一個犯罪行為，並且這個犯罪行為在任何情況下皆能被視爲違法的情況下，才能被主張，如果暴力概念相反地被「反物質化」，而擴及於心理上的強制作用，則欠缺任何內在的理由，在適用刑罰規範時，對法律上作爲修正要素加以規定的卑劣性條款視而不見，正好在有這種擴張的情況下，才有必要和在脅迫手段上面一樣，作顧及各種可能情況的考量。如果法官認爲可以將一個相當的行為認定爲強暴，同時因爲強暴手段無論如何都是卑劣的並且因而

含有違法性，因此足以肯定卑劣性的存在，那麼一個具體的犯罪行為所需要的接近事實的評價，將在不被許可的狀況下，被字義的抽象化所取代。

這個見解如今也被聯邦最高法院在一九八六年四月二十四日為阻止雷普案判決的裁定中加以採用。根據聯邦最高法院的見解，刑法第二四〇條第二項卑劣性條款表現一種認知，即在個案中，法律所保護的自由空間的界限，只有當強制手段和強制目的結合在一起時，才可能出現，因此，在掌握一切對手段與目的關係重要的事實和關係之後，有必要對相關的權利、法益和利益，根據他們在各該情況中的份量，加以權衡，這也適用於行為人只施展微弱力量，而使心理上受支配的狀況繼續存在的例子，如此一來，示威者一開始即打算造成由他所引起的交通阻塞這個事實，並非始終是判斷卑劣性的一個充分條件。聯邦最高法院這個見解可以贊同，同時，在暴力概念擴張適用於本案這種靜坐示威時，卑劣性條款不僅在單純適用法律的領域內，可以被援用，而且基於憲法上的理由，必須被援用（亦參閱Egert, 前揭書, Vorberesung 234ff. Rdmr. 10; Brohm, 前揭書, 頁505; Kostaras, 前揭書, 頁173. 還有 Wolter, 前揭書, 頁247和249. 另外 Janknecht, Verfassungs- und strafrechtliche Fragen zu "Stitzstreiks", GA 1969, 頁33[37]）。

在關於新烏爾姆行動的判決，就第六位訴願人的案子，沒有這種對刑法第二四〇條的合憲解釋和適用，正好在本案中應該有必要進一步審查，參與靜坐示威的人是否卑劣地行爲。根據刑事法庭的認定，訴願人直到警察清場時，只在營區大門前坐了短短幾分鐘，有一輛車當時的確沒有受到阻擋，因爲主

管的美軍軍官，在示威之前，已採取交通應變措施，並且建議不要使用大門。在量刑的時候，法庭自己指出，暴力的使用屬於最低的程度，並且對於營區的活動沒有造成任何可以感受到的限制，訴願人迫切要向民眾指出核子軍備和裝置飛彈的危險和後果的目的，值得尊敬，而且就其本身而言並不卑劣。即便如此，法院還是只以「爲所追求的目標而使用強暴的手段是卑劣的」這樣的說明作爲交待，它將使用強暴的手段，評價爲「固然不是明白地，但結論上還是」間接證明了違法性。法院確實深入探究了進一步的事實（在復活節的星期日舉行，因而是在勤務較少的日子舉行，行動時間很短並且強度很低，事先有公布周知、有藉其他出入口迴避的可能性並因而只造成強制改道的效果，而且主要是對那些有特別裝備的人，以他們爲抗議對象），但不是在審查卑劣性條款時，而是在量刑時，方才加以考慮。因爲基於這些理由，對第六位訴願人的刑事判決和駁回他的上訴的判決，都必須被廢棄，是故深入訴願人所提出的其他指摘即屬多餘。

b) 在幾個被其他訴願人所指摘的判決中，固然同樣提到強暴手段隱含違法性的意義，但並非以此爲科刑的依據，因爲法院另外在討論其他進一步的事實時，適用卑劣性條款，雖然在幾個案例中，可能並沒有表示得如我們所期待的那樣清楚。其他的判決，可能因此從憲法上看，只能以其他的理由提出異議，從而基於正反票數相同之故，無法認定有抵觸基本法之處。

a) 如果適用卑劣性條款時，依所許可的方式以進一步的事實爲依據，則根據四個法官的看法，對於示威者所追求的目標，即不能不予聞問。固然，在權衡強暴手段和所追求的目標時，取決於強制的

後果，亦即取決於靜坐封鎖所引起的阻礙，但是這些強制效果不能被隔離單獨觀察，因為他們無論如何不可能單獨發生，而只是達到真正的示威目的之前，不獨立的中間步驟，亦即是直接的強制目的（迫使對意見的表達提高注意）和遠程目的（抗議被認定為危險的擴充核子軍備）的不獨立的中間步驟。不同於某些系爭判決所持的見解，本庭認為，法院不能以他們不可以評價意見為由，甚至也不評估這個遠程目的，在這裏，這個問題和爭辨是否侵害意見自由，並無根本的不同，即使在爭論意見自由是否受到侵害時，法官也無權判斷所表達的意見是否正確，然而，在爭執激烈的情形，根據判決一向所持的見解，意見自由更加重要，對於私下直接對私人法益所發表的言論，例如在經濟交易中和追求利己的目標時所發表的言論，意見自由愈不重要，而對於與公眾權益有重要關係的問題，因為意見爭執而發表言論時，意見自由愈重要（*BverfGE* 66, 116[139]附詳細引證）。這一點，在決定強制行為是否卑劣而不被容許的時候，也必須有其適用，而且要予以適用才對。在這裡，如果法官無視於利己的行為與以公益為取向的行為之間重要的差異，即違反與卑劣性條款有必然連帶關係的比例原則和責任與刑罰相當原則。如果立法者將刑法第二四〇條第二項的可罰性，取決於倫理上的評價，則對於作這種評價最重要的事實依據之一的行為真正的誘因和唯一的動機，法官在作具體裁量時，即不能予以忽視。

如果依所許可的方式，在顧及一切事實的情況下，也將示威的目的納入考量，則根據這四位法官的意見，如果遵守比例原則而合憲地適用刑法第二四〇條，只要沒有更嚴重的事實（例如阻礙救護車通行，圍堵第三人或其他特別強烈的阻撓）發生，刑事法庭通常不可以將本案的這種行為認定為卑劣的強制

，如果並且只要對於人民的不服從遵守了上述嚴格的要件，而且如果卑劣性條款依照基本法第八條的基本精神予以解釋和適用，無論如何結論必須相同。這裏所要判斷的靜坐封鎖不同於基於犯罪動機的強制行爲，從下面的特徵已可突顯出來，一如所述的，參與靜坐的人，並非爲自己的利益而行爲，而且暴力的手段——只要這些行動的確可以被認定爲使用強暴手段的強制——維持在最底線的程度，有人還特意在相關團體中，訓練非暴力的技能。進一步的特徵是，這些行動以具有重要的、普遍性意義的事務爲對象，而不是以純粹團體特殊的或經濟上的利益爲對象；他們在事先向大眾宣佈之後才展開；參加的人要在公眾意見形成過程，透過象徵性的行爲，依語言所具有的真正意義，表達他們的立場，而不像在邊界進行卡車封鎖和在法蘭克福佔據戲院的情形，想要對有決定權的人，造成有效的強制效果；並且他們毫無抵抗地任由警察對他們採取干預措施。如果具備了這些要件，而且交通阻礙所持續的時間和阻礙的程度，保持在可以忍受的界限之內，若想要認定靜坐封鎖不僅可依法解散，甚至是卑劣的強制而不被許可，則單單依據有意以阻礙作爲抗議手段而不是將阻礙當作純粹是無法避免、應被容忍的附帶效果這個事實，是不夠的（亦參照 BGHSt 18, 368[362]關於超車時的阻礙）。因此，根據四位法官的意見，所有憲法訴訟願應發回刑事法庭更審，以便刑事法庭能針對他們有義務審查的問題，是否只存在一般情況，或者是否因爲特別的事實存在例外地應肯定具有卑劣性，作補充說明。

然然而遭指摘的判決並沒有被廢棄，因爲這些判決，根據贊成判決的其他法官的見解，在憲法上無可指摘。這些法官依據判決一向所持見解認爲，對於沒有憲法疑義的一般法律規定的解釋和適用，

基本上是一般有管轄權的法院的職掌，而憲法法官只能就解釋上的錯誤加以審查，這種錯誤必須是由於對基本權利的意義有著根本上不正確的見解所致，而且必須在他們實質的意義上，對於解決具體的法律衝突，具有一些重要性（參照BVerfGE 18, 85[92]； 42, 143[148]； 66, 116[131]）。基於已經討論過的理由，如果刑事法庭在將強暴的概念擴及於本案這種靜坐示威時，絲毫沒有審查卑劣性條款，並認為強暴手段足以據以間接認定具有卑劣性，固然已犯了這種憲法上重要的錯誤，適用卑劣性條款所連帶要作的事實評估，卻是專業法庭具體斷案時所被賦予的典型任務，以此而言，聯邦憲法法院不能規定刑事法庭必須作某種特定的考量。

根據這四位法官的觀點，刑事法庭在受指摘的判決中對事實所作的評價，看不出有憲法上重要的瑕疵，是否刑事法庭對卑劣性條款的適用，在某個或其他案例中，曾經導致它的正確性值得爭議的結論，可以置而不論，因為這還不足以促成憲法法官的介入。無論如何，刑事法官在審查卑劣性條款時，從憲法的角度來看，並沒有盡到評估示威的遠程目標的義務。但在量刑時有顧及遠程目標和行為動機的情形下，比例原則和責任與刑罰相當原則毋寧也已被充分地遵守了，正如同在受指摘的判決中已經做到而且導致低度的量刑一樣。

IV、

經過一切考量之後，只有第六位訴願人的憲法訴願被准許，其他的訴願則無功而返，因為表決時正反票數相同，既不能在審查基本法第一〇三條第二項的標準時，也不能在解釋卑劣性條款的適用時，認

定有抵觸基本法之處，而且看不出有其他侵害基本人權的情形。

(簽名) Dr. Herzog Dr. Simon Dr. Hesse Dr. Katzenstein Dr. Niemeyer Dr. Heu
ßner Dr. Henschel Dr. Seidl