

「邊界圍牆守衛案」裁定

BVerfGE 95, 96

Mauerschützen

吳志光 譯

裁判要旨

裁判主文

理由

A. 爭點

I. 案由

1. 聯邦憲法法院第 2 庭憲法訴願案(案號:1994 年第 1851、1853 及 1879 號)

a) 第一位至第三位訴願人經地方法院認定之犯罪事實及判處有罪之理由

b) 第一位至第三位訴願人對判處有罪所提之抗辯

c) 地方法院否定有訴訟障礙之事由，並判決第二位及第三位訴願人之行為為教唆殺人，第一位訴願人之行為為幫助殺人。

d) 聯邦普通法院變更地方法院對第一位訴願人課刑之說明

e) 第一位至第三位訴願人不服

地方法院及聯邦普通法院判決而提起憲法訴願之理由

2. 聯邦憲法法院第 2 庭憲法訴願案(案號:1994 年第 1852 號)

a) 第四位訴願人經地方法院認定之犯罪事實

b) 地方法院判處有罪之依據

c) 地方法院判處有罪援引之法律基礎

d) 第四位訴願人之行為並無阻卻違法事由

e) 第四位訴願人不服地方法院之判決所提第三審上訴之理由

f) 第四位訴願人不服地方法院及聯邦普通法院判決而提起憲法訴願之理由

II. 聯邦司法部及柏林邦司法部門針對本憲法訴願案所提之意見

1. 聯邦司法部之意見—認為憲

法訴願案為無理由

2. 柏林邦司法部門之意見一認為第一位至第三位訴願人所提為憲法訴願案無理由

B. 提起本憲法訴願案合法

C. 本憲法訴願案無理由

I. 第一位及第三位訴願人針對基本法第 2 條第 1 項連結第 25 條規定所提出之指責並無理由。

1. 德意志民主共和國係國際法意義上的一個國家
2. 德意志聯邦共和國與德意志民主共和國於 1990 年 8 月 31 日所訂之德國統一條約，不包括前德意志民主共和國國家機關成員之行為應免於刑事追訴。

II. 基本法第 103 條第 2 項規定未受侵害

1. 基本法第 103 條第 2 項規定係法治國原則之表彰。法治國原則包括基本法之一個重要精神，另外亦要求實質

的正義

2. 地方法院及聯邦普通法院判決已對第 1 項之內容提供足夠之憲法上依據
3. 第一位至第三位訴願人指責聯邦普通法院將其殺人行為依德意志聯邦共和國法律視為間接犯罪，不符基本法第 103 條第 2 項規定，並無依據。

III. 地方法院及聯邦普通法院判決之其餘觀點亦無憲法上可責難之處

1. 訴願人對為裁判基礎之證據評價，刑事責任確認之考慮，以及刑罰之衡量提出之異議，並無理由。
2. 對第四位訴願人判決有罪，並未侵害罪責原則
3. 對訴願人之量刑亦有憲法上嗣後審查之狀況

D. 本件裁判係以一致決為之

裁判要旨

1.a)基本法第 103 條第 2 項規定之禁止溯及既往原則 (Rückwirkungsverbot) 係絕對的，且透過嚴格之形式規定，實踐基本法中法治國及基本權之維護功能。

b) 其亦適用於當犯罪行為有法定之阻卻違法事由 (Rechtfertigungsgrund)，而進行刑事程序時。基本法第 103 條第 2 項規定是否以及在何種範圍內，亦以同樣方式保障對不成文阻卻違法事由存在之信賴，本裁定將不予以決定。

2. 基本法第 103 條第 2 項規定嚴格禁止溯及既往原則，有其法治國上合法化之特別信賴基礎，其係由受基本權拘束之民主化的立法者，透過刑法之制定而予以落實。

3. 當國家權力之承擔者 (Träger der Staatsmacht) 透過阻卻違法事由排除其最嚴重之不法犯罪，而其不法行為尚有成文之規範支持，且鼓勵並以嚴重之方式忽視國際法社會 (Völkerrechtsgemeinschaft) 所普遍承認之人權時，即已欠缺前述特別之信賴基礎。由基本法第 103 條第 2 項規定所嚴格保障之信賴在此不應適用。

1996 年 10 月 24 日第 2 庭裁定

裁判主文：憲法訴願駁回。

理由：

A

此一共同提起憲法訴願所為之裁判，係涉及德意志民主共和國（DDR，譯註：即兩德統一前俗稱之東德）防委員會委員及德意志民主共和國邊界部隊守衛，其射殺兩德邊界難民之可罰性問題。

I.

1.聯邦憲法法院憲法訴願案（案號：1994 年第 1851、1853 及 1879 號）

a)第二位及第三位訴願人係由地方法院依教唆殺人罪判決有罪，其中第二位訴願人處七年六個月自由刑（有期徒刑）。第三位訴願人處五年六個月自由刑。第一位訴願人因幫助殺人罪連同其他個別犯罪行為之判決，共處四年六個月自由刑。

aa)地方法院認定於 1971 年至 1989 年間由兩德邊界試圖逃亡之案件中，第二位訴願人參與了殺害七個人之犯罪行為，第一位及第三位訴願人參與了殺害六個人之犯罪行為。其涉及下列個別案件，其中第一案僅有第二位訴願人涉及：

--1971 年 4 月 8 日，18 歲的 S 在靠近 Schwickerhausen 處(今日屬於 Schmalkalden-Meiningen 縣)試圖穿越當地之地雷區，而因此觸及地雷。其左腳被炸斷；儘管他到達了德意志聯邦共和國(譯註：即兩德統一前俗稱之西德，亦為統一後之德國國名)境內。但他仍於進行多次手術後，於 1971 年 5 月 4 日傷重死亡。

--1973 年 1 月 16 日 26 歲的 F 在德意志民主共和國境內靠近 Blütlingen 處(Lüchow-Dannenberg 縣)，因當地埋設之 SM-70 型碎片地雷爆炸而受重傷。儘管他到達了德意志聯邦共和國境內。但他仍於 1973 年 1 月 17 日因傷重死於醫院。

--1974 年 7 月 14 日 25 歲的 V 在靠近 Hohegeiß/Harz 區處引爆三枚 SM-70 型碎片地雷，因而身受重傷，二十分鐘後他被德意志民主共和國的邊界守衛拖向邊界後方。然後置於一輛卡車上。直到卡車出發又過了二十分鐘，大約事件發生後兩小時他才送達位於 Wernigerode 的醫院，他於 1974 年 7 月 15 日在醫院因傷重死亡。

--1980 年 4 月 7 日 28 歲的 B 在 Halberstadt 縣的 Veltheim 處因觸及一枚 SM-70 型碎片地雷而受重傷。歷經一連串的手術後，他仍於 1890 年 5 月 11 日因傷重死於 Halberstadt 醫院。

--1984 年 3 月 22 日 20 歲的 M 在靠近 Mühlhausen 縣的 Wendehausen 處觸及一枚 SM-70 型碎片地雷而受重傷，

他在邊界守衛發現時已死於事發處。

--1984 年 12 月 1 日 3 點 15 分在柏林，兩名邊界守衛開槍射擊試圖以一個梯子穿越(柏林)圍牆 20 歲的 S，並射中其上背部。邊界守衛拒絕醫治受傷者。他直到 5 點 15 分才送到人民警察醫院。此時他已失血過多而死。若能及時救治他或許仍可以存活。邊界守衛接受表揚，而僅因其使用過多的子彈遭到責難。

--1989 年 2 月 5 日至 6 日的夜晚，20 歲的 G 及同年紀的 G 試圖向西柏林的方向爬越(柏林)圍牆。其中 G 被一位邊界守衛開槍擊中胸部而死。另一位 G 則被擊傷。邊界守衛接受形式上的表揚。

bb)第一位、第二位及第三位訴願人擔任德意志民主共和國黨及國家機關的重要職位，並直到 1989 年為止係國防委員會委員。第一位訴願人自 1963 年起成為社會主義統一德國黨（SED，譯註：即前東德共黨）的中央委員會委員，自 1972 年起擔任國防委員會委員。第 2 位訴願人於 1957 年起擔任國家人民軍(NVA)的空軍司令，並自 1967 年起因其特質成為國家人民軍參謀長兼國防委員會委員；自 1985 年起擔任國防部長。第三位訴願人於 1971 年加入國防委員會，並自 1979 年起擔任國防部副部長。

cc)經由地方法院於審理第一位及第三位訴願人之程序中，確認其基執行國防委員會之決議，以國防部部長之身份下達所有命令，並命令在邊界得使用武器。依據德意志

民主共和國憲法第 73 條規定，國防委員會是國防機關置於國家委員會之輔助機關；實際上其相當於最高之軍事性憲法機關之地位。其可以無視於問題本身的重大政治意義，在黨中央政治局前決定之，在個別情形亦可透社會主義統一德國黨中央委員會總書記單獨或與來自政治局最親近之顧問協商決定之。因此政治局無須再對國防委員會之委員加以指示或建議。因為依據黨的觀點，透過該委員會之主席及大多數委員—其同時身兼政治局委員—，已可為有效之決定。而國防委員會之地位又明顯地受到華沙公約組織 (Warschauer Pakt) 委員會決定之拘束。

國防委員會每年開會大約三次至四次。其討論的內容係事先已確定日程中個別的待決議事項，其分別討論個別的主管範圍，經由委員會祕書事先提交給個別的委員。待決議事項與確定之決議，以及討論所做成的紀錄皆為機密。邊界防衛問題在委員會至少每年討論一次。

作為德意志民主共和國軍事機關的一部份，國防委員會主席擁有邊界部隊的指揮權。

dd) 邊界部隊的武器使用權係自 1968 年起由人民議會 (Volkskammer) 所決議通過，並於公布在德意志民主共和國法律公報上之法律所規定的。然而此一法律不適用移動地雷或設置自動射擊裝置的權限。自 1961 年起以及特別是在犯罪行為發生的 1971 年至 1989 年間在邊界透過地雷或自動射擊裝置的安全措施，大多係依據國防委員會的決議所

為之諸多命令或勤務規則(Dienstvorschrift)。至 1982 年邊界法(Grenzgesetz)生效為止，國家人民軍的官兵有權行使 1968 年 6 月 11 日制定之「德意志人民警察任務及權限法」(Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Deutschen Volkspolizei 縮寫為 VOPOG)(載於法律公報第 1 卷第 232 頁)中所確定之權限，依據國防部訂頒之相關規定，履行軍事性的監視、秩序及維安任務。依據德意志人民警察任務及權限法第 17 條第 2 項規定，有權使用射擊武器的情形如下：

a)為阻止犯罪行為的即將發生或持續進行，下列情形視為具有上述具體情況：

--對德意志民主共和國主權、和平、人性及人權所為之犯罪

--對德意志民主共和國所為之犯罪

--對人權所為之犯罪

--對公共安全或國家秩序所為之犯罪或

--對其他特別應使用或實施射擊武器或以炸藥方式阻止而為之犯罪

b)為阻止下列人員逃亡或再度實施犯罪

--有重大犯重罪(Verbrechen)之嫌疑或因犯重罪被逮捕或拘禁者

--有重大犯輕罪(Vergehen)之嫌疑或因犯輕罪被逮捕拘禁或被處以自由刑，以及在攔停檢查站，使用射擊武器或炸藥方式或其他手段，阻止以暴力或侵害行

為脫逃逮捕、拘禁、監視或看管之人，或共同脫逃者

--被判處自由刑，並以嚴格或一般之執行方式移送者

c)對於因犯重罪或輕罪而遭逮捕、拘禁或被判處自由刑，以暴力試圖脫逃或協助者：

(3)若無能以及時使用射擊武器，以阻止或排除直接且急迫危險之情形時，使用射擊武器應先以呼喊或鳴槍之方式警告之。

(4)射擊武器之使用應儘可能保全當事人之生命。受傷者在執行警察措施之許可時，應於必要之安全戒護措施下給予急救。

(5)射擊武器不得對依其外觀印象係兒童者使用。可能危及第三人者時亦同。對於青少年及婦女應儘可能不使用射擊武器。

(6)射擊武器使用之細節由內政部長及德意志人民警察首長發布「射擊武器使用規則」定之

1972 年 6 月 15 日（載於法律公報第 2 卷第 483 頁）制定之德意志民主共和國邊界區域及領海秩序命令（Anordnung über die Ordnung in den Grenzgebieten und den Territorialgewässern der DDR,縮寫為 GrenzO），其中第 62 條明文規定，邊界部隊官兵對於射擊武器的使用應僅得依國防部發布之軍事性規定為之。

1982 年 3 月 25 日制定（載於法律公報第 1 卷第 197 頁），

1982 年 5 月 1 日生效之德意志民主共和國國家邊界法 (Gesetz über die Staatsgrenze DDR, 縮寫為 GrenzG 以下簡稱邊界法), 該法於第 4 章規範了邊界部隊的權限, 並於第 27 條規定了使用射擊武器的情形:

(1)射擊武器之使用係對於相對人極不尋常的強制武力措施。射擊武器之使用僅得於無法以體力或輔助之方式制服, 或顯然沒有效果時使用之。僅有當武器之火力的不及於物或動物時, 始得使用射擊武器。

(2)為阻止犯罪行為即將發生或持續進行, 依其情形視為重罪行為者, 有權為射擊武器之使用。為阻止有重大犯重罪之嫌疑時, 亦得使用射擊武器。

(3)若無僅能以及時使用射擊武器以阻止或排除直接且急迫危險之情形時, 使用射擊武器應先以呼喊或鳴槍之方式警告之。

(4)有下列情形之一時, 射擊武器不得使用:

- a)可能危及第三人之生命或健康者,
- b)當事人依其外觀印象係兒童者或
- c)將向鄰國之領域射擊者。

對於青少年及女應盡可能不使用射擊武器。

(5)射擊武器之使用應盡可能保全當事人之生命, 受傷者應於必要之安全戒護措施下給予急救。

由國防部所發布之「兩德邊界射擊武器使用命令及勤務規則」(Befehle und Dienstvorschriften für den

Schußwaffengebrauch an der innerdeutschen Grenze)，係依據國防委員會於 1962 年 9 月 4 日所為之決議，特別強調「邊界部隊官兵就其職務範圍內，對國家邊界之不容侵犯負責，並將侵犯邊界者無論如何皆視為敵人，於必要時應予以消滅之。」1967 年 2 月 1 日因此而發布之勤務規則(DV-15/11)就有以下之內容：「合目的地設置高密度之地雷區---以阻止侵犯邊界者之行動及---以便進行其逮捕或消滅。」設置及改善邊界防衛設施係國防委員會固定討論之主題，其亦於 1972 年 7 月 14 日及 1974 年 5 月 3 日為之。於 1972 年 7 月 14 日舉行之會議，同意接受國防部長所提之報告，其內各涉及進一步地“創新技術的設置”邊界防衛設施(在此係指設置更多的 SM-70 型碎片地雷)，對於當時的國家委員會主席 Erich Honecker 在 1974 年 5 月 3 日的會議中，第三位憲法訴願人提出之備忘錄，針對邊界安全功能有以下之表示：

每一次闖越邊界之行為皆會對德意志民主共和國帶來政治上的損害，因此必須繼續創新建設國家邊界防衛之工作。其必須確保到處皆有無缺點的射擊區域，以及使用所有手段及方式，不容許闖越邊界行為之發生，並阻止來自西柏林方面的挑釁，如同以往一樣必須對於嘗試闖越邊界者不加考慮地使用射擊武器，若成功使用射擊武器之同志應予以表揚。在第三位訴願人的備忘錄中進一步記載，其報告內容及口頭敘述獲得了 Erich Honecker 的完全肯定。

基於該決議之基礎直到 1975 年底為止，國防部每年所訂頒的第 101 號命令即包含命令要求無條件地保護德意志民主共和國的邊界，對侵犯邊界者應予以逮捕或更進一步“消滅之”。此項命令經地方法院確認係由邊界部隊之司令，北、中、南三個邊界部隊的部隊長及個別部隊的指揮官們，分別透過第 80 號，第 40 號及第 20 號命令再予以下達及下命。邊界部隊之整體作為係基於此一命令之連貫性，特別是邊界設施之地雷化及針對難民使用射擊武器。

第二位及第三位訴願人對前述命令之發布皆基於其適當之職位與參與，一如 1976 年生效之相同命令，而在此一命令中，侵犯邊界“應予以消滅”的字眼則不再出現。設置所謂的防衛設施，特別是透過埋設 66 型及 SM-70 型地雷等要求則未改變。而在 1982 年邊界法生效後，國防部並未依該法之內容變更其原有的勤務規則及命令。依據地方法院之確認，邊界法第 27 條之條文雖載於邊界部隊的訓練教材中，但是既沒有在實際訓練中，也沒有使用射擊武器的實務上予以運用。1983 年 7 月 1 日第一位、第二位及第三位訴願人皆有出席之國防委員會會議中，委員會主席，亦即國家委員會主席 Honecker 總結時指出，仍有必要對提高德意志民主共和國西邊國界邊界防衛設施之有效性。為達成此一目標所計劃採取之措施，必須要“創設德意志民主共和國邊界部隊執勤之有利條件，以防止對德意志民主共和國所造成之政治損害，以及阻止人民侵犯德意志聯邦共和

國之領土”。故前述命令之基礎並未改變。

邊界部隊射擊武器使用之要件自 1967 年 5 月 1 日起，由「邊界連隊有關邊界防衛組織及領導統禦勤務規則」(DV30/10-Organisation und Führung der Grenzsicherung in der Grenzkompagnie)規範之，其於人民議會決議之邊界防衛法生效後仍繼續適用。此一勤務規則與其他於本裁定所提及勤務規則內容大致相同，其中有以下之規定：

第 204 點：國家人民軍的邊界部隊，其位於西德西柏林及海邊之邊界守衛站及哨所，在擴張第 203 點之規定時，有下列情形者，應使用武器：

一為臨時逮捕、拘禁或消滅侵入德意志民主共和國境內或是更進一步意圖突破德意志民主共和國國界之武裝分子或武裝強盜集團，經要求交出武器不從者，或臨時逮捕或拘禁時以武器或其他相同方式威脅以試圖逃脫者。

一為防衛武力侵犯，或更進一步突襲德意志民主共和國之領土，邊界人民，德意志民主共和國位於邊界地區的武裝部隊之哨所或其他成員，而為之臨時逮捕，經邊界哨所命其停下，將手抬高而不從者，或經示警鳴槍仍不停止腳步者，特別是顯然意圖穿越德意志民主共和國之國界，且無其他可能以代替臨時逮捕之措施，

第 205 點：(1)未經喝令或鳴槍示警，僅於下列情形之一時，方能逕行使用射擊武器：

一為防衛突如其來的攻擊行為，而無其他方式可以使

用時，以及為制止武裝抵抗而有必要者。

一為防止對其他人生命，自己生命或邊界防衛設施，其他武裝部隊設施及國家、社會或經濟上設施存在所為之直接危害，而無其他方式可以防止此一危害者。

(2)在此一前提下，射擊武器應盡可能僅用於阻相對人之行動自由，以便能進行臨時逮捕。....(下略)

第 208 點：射擊武器僅能針對德意志民主共和國領土之或與國界平行之方向，對侵犯邊界者使用之....(下略)

針對第四位訴願人所為之判決，地方法院確認邊界部隊之官兵係依據此一勤務規則加以指示及訓練。其於每次執勤前均“集合訓話”(vergattert)，並強調要以一切手段阻止闖越邊界者。邊界守衛在每次執勤前均重新指示之命，其內容如下：

各位官兵....(下略)，為維護德意志民主共和國國界此一地段....(下略)，本連隊之任務在於阻止侵犯邊界，臨時逮捕或消滅侵犯邊界者，並以一切方式保衛國界—集合各位並宣示以上命令!(Vergatterung)”

邊界守衛據此應得知，若有成功闖越邊界之事件發生，將必須接受軍事檢察官之偵查程序。而在例常性舉行之政治教育課程亦宣達，涉及侵犯邊界之犯罪者，其毫無資格存活於德意志民主共和國；侵犯邊界者通常是有暴力傾向，且會造成邊界守衛受重傷或其至被殺害。

第二位及第三位訴願人當時皆得知指控其之死亡事

件，並依其職務普遍性地掌握兩德邊界的故事。第一位訴願人則經由國家安全部副部長 Neiber 向其報告而得知。

b)第一位至第三位訴願人於審理程序雖主張其瞭解事件之經過，但亦一致強調所有命令及下命行為均遵守德意志民主共和國之法與法律(Recht und Gesetz)。位於邊界之防衛設施目的在於防衛外來的侵略。在德意志民主共和國不存在普遍性的禁止出境，然而在處理個別出境申請案件存在著刁難與不合理之現象。國防委員會沒有任何決定可直接承擔邊界死亡事件之後果。Erich Honecker 在 1974 年 5 月 3 日國防委員會會議議程第三項及第四項所為之聲明，應為如此之解釋，只有當邊界哨所遭到武器攻擊或被良好的技術所破壞時，才能毫不考慮地使用射擊武器，而邊界守衛僅有於以其生命危險執勤時，才會受到表揚。”殺死一個難民勝過逃亡成功”此種不精確的說法(Faustregel)是不存在的。

地方法院針對上述之抗辯依據審理程序之結論為相反之認定。邊界防衛系統之設置與組織，很明顯地係為了阻止德意志民主共和國人民穿越邊界而設。邊界部隊所為命令基礎，係依據阻止每一件試圖逃亡事件之原則而來。其將個別難民生命的最大完整性置於次要之地位。雖然不存在一個形式上，固定書面格式的”射擊命令”(Schießbefehl)。而射殺難民亦非邊界機關之原本宗旨。但邊界守衛依然透過其上級長官以口頭傳達訊息，為阻止闖越邊界之行為，

必要時只有犧牲難民之性命。而此一實際狀況非出自於法之明文，書面之命令及勤務規則，故個別的射擊武器使用規定亦無此規範。但對於邊界守衛而言，其作為並非來自成文規定，而是來自其上級長官持續地在訓練時，政治教育課程及日常勤務中傳達的訊息。第一位至第三位訴願人認為對邊界部隊所為之命令中提及”消滅”(Verichten)的概念，並不包括殺害，實難謂為有理由，蓋此一概念在對邊界機關的書面命令中，自 1976 年起便不再使用，故是否包括殺害在內亦不重要。如同在審理程序中所顯示的，多年後邊界(部隊)的軍官依舊在所謂的集中部隊訓話及對邊界守衛的訓練課程中使用。

c)地方法院否定有訴訟障礙 (Verfahrenshindernis) 之事由，並判決第二位及第三位訴願人之行為為教唆殺人，第一位訴願人之行為為幫助殺人。

aa)訴訟障礙係以”國家行為”(act of state doctrine)為主張基礎，並非來自聯邦普通法院刑事第五庭於 1992 年 11 月 3 日所為之判決(370/92-BGHSt 39,1(5ff))理由。訴願人不得作為援引依據，其依據係國際法上一個外交官所享有之豁免權，而德意志民主共和國已不存在。

bb)訴願人參與殺害難民之行為係一個自然一貫之行為 (natürliche Handlungseinheit)。因此其可罰性(Strafbarkeit)依據刑法施行為(EGStGB)第 315 條第 1 項連結刑法(StGB)第 2 條第 1 項規定，首先應一體適用德意志民主共和國刑法

判斷之，而不考慮有兩件事件之死者係死於德意志聯邦共和國境內，其因此有適用聯邦德國法之餘地，亦即以刑法施行法第 315 條第 4 項為基礎。

cc)依據德意志民主共和國法，訴願人可能實現了德意志民主共和國刑法(StGB/DDR)第 22 條第 2 項第 1 款，第 112 條第 1 項教唆殺人罪之構成要件。其行為與對於每一件指控其犯之罪行間均有因果關係，因為其承擔領導之地位對於德意志民主共和國邊界機關實施殺害難民之行為，自應持續得悉事實狀況之發生。邊界部隊之軍事結構的唯一依據的命令或下命，係國防委員會作為最高軍事機關之本質所為之決議及第 101 號命令，作為邊界部隊每項行為不可變更之前提。

訴願人之態度符合德意志民主共和國刑法第 22 條第 22 項第 1 款教唆(Anstiftung)之要件。有責之行為人係邊界圍牆之守衛及地雷之埋設者。其行為既不符合正當防衛(Notwehr)(德意志民主共和國刑法第 17 條)或緊急避難(Notstand) (德意志民主共和國刑法第 18 條)，亦不符合義務衝突(Widerstreit von Pflichten) (德意志民主共和國刑法第 20 條)之要件，而予阻卻違法正當化，即使自 1982 年 5 月 1 日邊界法生效時起之行為亦無阻卻違法之事由。既無法以運用地雷達成阻止德意志民主共和國人民離開該國之目的，即予以阻卻違法事由，亦無法以邊界法第 27 條規定關於射擊武器之使用作為阻卻違法事由。聯邦普通法院刑事

第五庭於 1992 年 11 月 3 日所為之判決(370/92-BGHSt 39,1(15ff)), 亦持同一見解, 基於邊界法第 27 條第 2 項規定所依據的德意志民主共和國國政運作(Staatspraxis), 亦即故意以射擊武器、自動射擊裝置或地雷殺害難民, 以達到阻止逃離德意志共和國之目的, 行為人此種作法難謂其以該條作為阻卻違法之事由; 此種國政運作明顯地且令人難以接受地違反了正義(Gerechtigkeit)之根本要求, 以及國際法上對人權之保障。

國防委員會委員更無法主張以邊界法第 27 條規定作為射殺事件之阻卻違法事由。此一規定僅應於表面上給予下列印象, 亦即射擊武器之使用應依循嚴格的國際上所承認之標準, 據此守衛即無法使用(在本案中)武器, 亦為訴願人所完全認知。基於對此一規定實際內涵之認知, 不得信賴其亦於德意志民主共和國之實際情形亦依該規定之解釋為之。

依據德意志民主共和國法(DDR-Recht), 所犯之罪其刑度依德意志民主共和國刑法第 112 條第 1 項第 1 段應處 10 年至 15 年自由刑。此一刑度既非太輕也非太重。

dd)對訴願人適用德意志民主共和國之刑法, 較適用德意志聯邦共和國刑法為重。因此依聯邦德意志法, 亦即刑法施行法第 315 條第 1 項, 刑法第 2 條第 3 項規定應適用較輕之法律而為裁判基礎。依聯邦德意志刑法, 第二位及第三位訴願人處以教唆殺人罪, 第一位訴願人處以幫助殺

人罪。所有行為依刑法第 212 條第 1 項(可處 5 年至 15 年自由刑)規定之刑度量刑；依刑法第 212 條第 2 項規定特別重大的殺人罪情形在本案並不存在。

在與德意志民主共和國刑法相較下，法院對三位訴願人之量刑不利之處，在於考量被害者人數，犯罪行為實施的組織層級，以及大部分直接行為之邊界守衛係處於被迫承擔責任之強制狀態等因素。有利之處在於冷戰時期歷史發展的結果，訴願人之影響，以及其身為社會主義德意志統一黨權力機制(Machtapparat)之一員。雖然邊界機關依訴願人之確信應一同承擔責任，但犯罪之動機卻非由邊界機關而生。基於上述考量地方法院對每一位訴願人所為之量刑考量，而處之自由刑尚在德意志民主共和國刑法所定最低刑度之下。

d)聯邦普通法院亦同時變更了檢察官針對地方法院裁決所為之第三審上訴(公布於 BGHSt40, 218ff.)，將被控殺人罪之第一位訴願人，其全部刑度改為 5 年 1 個月自由刑。針對變更理由聯邦普通法院提出說明，訴願人身為下命令者與位於邊界直接行為之守衛相同，無法依德意志民主共和國所適用之法給予阻卻違法事由。因此其進一步援引其於 1992 年 11 月 3 日由刑事第五庭所為判決(370192-BGHSt 39,1ff. (特別是 S.15ff.))揭示之原則。在此一裁判中聯邦普通法院詳述了邊界法第 27 條第 2 項規定所列之阻卻違法事由，以及如同當時的國政運作所依循之命令基礎，其目的

在於有條件地或無條件地故意殺害無武裝，以及沒有危及一般性所承認法益之人穿越邊界。邊界無特別許可禁止穿越之貫徹優先於人之生命權利。在此一特別狀況之下，如同聯邦普通法院所述之國政運作，實難以適用阻卻違法事由。當然適用刑法第 2 條第 3 項規定不足以構成無阻卻違法事由之適用，阻卻違法事由於適用行為時之法律違反了德意志聯邦共和國的公共秩序(ordre public)。其毋寧僅於違反更高位階的法(höherrangiges Recht)，方能排除其適用，亦即以明顯重大之方式違反正義與人性之基本思想；此種違反必須嚴重到違反所有國家所共同以法律確認之人的價值與尊嚴 (Wert und Würde des Menschen)。實證法(positives Gesetz)與正義之矛盾，必須以該法已違背正義而被視為非法(unrichtiges Recht)時，方能不予以適用。這個由 Radbruch 定律(Radbruch'sche Formel)所寫之標準，係為了應對判處最嚴重的國家社會主義之暴力犯罪(譯註:即指納粹犯罪)而生，同樣亦適用於兩德邊界上的殺人事件，儘管其無法與國家社會主義之大屠殺相提並論。今日已可以加上更具體的審查標準。國際性之人權公約提供上述的論據，亦即當一個國家違反全世界法治社會所確信之人權時。有特別意義的是 1966 年 12 月 19 日制定之國際公民與政治權利公約第 12 條第 2 項及第 6 條第 1 項第 1 句及第 3 句規定，此項公約在兩個德國皆於 1976 年 3 月 23 日生效。德意志民主共和國未依其憲法第 51 條規定轉換成國內法，不影響其對

德意志民主共和國在國際上之約束力。國際公民與政治權利公約第 12 條第 2 項規定之出境自由(Ausreisefreiheit)已遭到德意志民主共和國邊界機關之侵害，因為德意志民主共和國之人民自由出境之權，依國際公民與政治權利公約第 12 條第 3 項之規定不僅於例外情形適用，亦包含在通常情形之適用。邊界機關另外亦違反了國際公民與政治權利公約第 6 條第 1 項第 1 句及第 3 句規定，即每個人皆天生擁有生命權(ein angeborenes Recht auf Leben)，且此一權利不得被恣意(willkür)剝奪。當應予使用射擊武器之目的係為了嚇阻第三人未允許穿越邊界時，無論恣意概念內容之寬嚴為何，皆已逾越其界限。而包含故意殺害侵犯邊界者之命令很明顯地即是為了上述目的。

基本法第 103 條第 2 項規定亦無違反。阻卻違法事由雖然並沒有一般性地被排除在基本法第 103 條第 2 項的保護範圍之外。但並不因此導致下列看法，亦即行為時所踐履之阻卻違法事由，其違反更高位階之規範者，不得拒絕適用該規定而導致對被告不利之後果。德意志民主共和國邊界法第 27 條第 2 項規定作為本案事件阻卻違法事由，其正確解釋應注意該法文意之界限，以及不得排除德意志民主共和國憲法之影響，與行為時已有國際法上拘束力之規範。基本法第 103 條第 2 項規定的保護方向在本案中並不欠缺：即期待行為時之國政運作亦於未來適用之權，而承認一個違反人權的阻卻違法事由時，是不值得被保護的。

不同於地方法院之觀點，聯邦普通法院將第一位至第三位訴願人依據聯邦德國之刑法其應視為殺人之間接犯。訴願人係國防委員會之委員，其決定係拘束德意志民主共和國邊界機關所為命令之機礎。訴願人知道，其所下之命令係為了履行國防委員會之決議。被邊界地雷炸死之犧牲者及射擊命令均有向其通報。直接執行殺害行為者，係軍事組織之最基層人員，其角色亦無庸置疑。而相對於 Erich Honecker，訴願人並非全然為次要角色。Erich Honecker 的大權係基於最重要的黨職及國家職位集於其一身，但訴願人亦擔任黨和國家的重要職位。因責任輕重之調整而導致刑度變更僅針對第一位訴願人。

基於檢察官對事實之指責而廣泛審查全部判決已無法律錯誤存在。由訴願人所提之第三審上訴(Revision)亦遭到駁回。對法庭組成有瑕疵之指責並非許可之方式。其餘程序及事實上之指責(抗辯)亦無理由。

e)訴願人據此遂針對地方法院及聯邦普通法院之判決提出憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)，並指責判決侵害其基於基本法第 2 條第 1 項及第 2 項、第 3 條第 1 項、第 19 條第 4 項、第 101 條第 1 項及第 2 項、以及第 103 條第 2 項規定所保障之權利。

aa)第一位訴願人認為其基本法第 101 條第 1 項規定之權利受到侵害，只因其身為前德意志民主共和國國家憲政機關之成員，而判處其行為有罪。然而此一行為既非由一

個國際刑事法院(internationales Strafgerichtshof)，亦非由聯邦德國之刑事法院所管轄。此一行為應依行為時適用之德意志民主共和國法律判斷；其中包括考量德意志民主共和國邊界法第 27 條規定之阻卻違法事由。聯邦普通法院將德意志民主共和國邊界法第 27 條之阻卻違法事由嗣後做不同於行為當時德意志民主共和國國政運作的解釋，並肯定其刑罰之可罰性，違反了禁止溯及既往原則(Rückwirkungsverbot)。聯邦普通法院援引所謂的 Radbruch 定律，意味著將自然法(Naturrecht)置於更高法位階之結果。此種援引針對國家社會主義式的不法係正確的。然而當時的不法體系亦無法與德意志民主共和國最極端的情形相較，而將其依西方世界之理解評價為不法。由聯邦普通法院對阻卻違法事由所為之解釋，欠缺訴願人依基本法第 103 條第 2 項規定，信賴其行為合法性之保障功能。在此並不考量個別邊界守衛所可能產生之過分行為(Exzeßtat)。而此種行為亦無法歸責於國防委員會之決議。

第一位訴願人認為將其行為視為間接犯罪是沒有論據的，且更進一步指責聯邦普通法院未考量無可避免之禁止錯誤(unvermeidbares Verbotsirrtum)，其當然發生之可能性。

bb)依據第二位訴願人之觀點，第 27 大刑事法庭之判決違反了法定法官之原則(Grundsatz des gesetzlichen Richters)。依據 1992 年 3 月 20 日法院事務委員會之決議，此一刑事法庭之程序為確保唯一且單獨之情形，被移轉由

特定庭長所主持之刑事程序審理。在此涉及未具實質理由之考量，亦即對特定裁判機關為不被許可之個別指示。依確認之事實，刑法上判斷基礎須適用行為時的德意志民主共和國法律，且適用行為時實務上之形式與解釋。其擔任社會主義統一德國黨中央委員會政治局委員、德意志民主共和國國防委員會委員及國防部長並不因此承擔刑法上之責任；其行為符合德意志民主共和國之憲法與法律，且依循國防委員會之決議，華沙公約組織聯合部隊最高司令部之命令，因其義務履行亦符合德意志民主共和國刑法第 9 條及第 285 條規定。於德意志聯邦共和國國界旁埋設地雷，以及規定對侵犯邊界者使用射擊武器，係德意志民主共和國為了正當目的以保護其國界。其適用之法律規定，特別是邊界法符合國際標準。德意志民主共和國邊界法第 27 條規定對使用射擊武器僅定為最後手段，亦與國際法相符。此一規定與相同之聯邦德國法規定相較之下更為嚴格。自由出境之主觀權利(subjektives Recht)在德意志民主共和國憲法中如同基本法並未予以規定。而依據國際法之一般規範亦不存在此一內容。國際公民及政治權利公約因為德意志民主共和國從未轉換為國內法，故不生效力。由聯邦普通法院對德意志民主共和國邊界法第 27 條規定所為有利於人權之解釋，係不正確、不完整及恣意地適用與解釋行為時有效之德意志民主共和國法律；不適用該條作為阻卻違法事由違反了基本法第 103 條第 2 項規定之禁止溯及既往

原則。

第二位訴願人亦指責地方法院恣意對證據之評價違反了基本法第 3 條第 1 項規定，特別是對國防委員會討論及決議的評價。聯邦普通法院確認間接犯罪依德意志民主共和國現存之法律基礎亦恣意地未予以考慮。依據德意志民主共和國刑法之適當解釋，僅有當幕後主使者(Hintermann)對犯罪行為有故意透過其他人實行，使其本身不負刑法上行行為責任時方能視為間接犯罪。然而德意志民主共和國邊界守衛並不具備此種情形。

cc)依據第三位訴願人之觀點，殺人行為根據刑法施行法第 315 條第 1 項連結刑法第 2 條第 1 項規定，應毫無不例外地適用德意志民主共和國之法律。相對於聯邦普通法院之觀點，其行為依犯罪發生適用之德意志民主共和國法律具有阻卻違法事由，且依據當時之法律基礎亦不得為刑法上之追訴。由聯邦普通法院嗣後對德意志民主共和國邊界法第 27 條規定所為之不同解釋，違反了禁止溯及既往原則。聯邦普通法院有意透過其解釋，規避實證法之適用，以實質正義(materielle Gerechtigkeit)為由將處以刑罰正當化。因此逾越了基本法第 103 條第 2 項規定之合憲性限制(verfassungsmäßige Schranke)。依據 Radbruch 定律援引超實証法(überpositives Recht)是沒有理由的。一個國民對其生命有不受限制之權利無法由超實証法得出。每個國家的法秩序，包括聯邦德國有內，皆包含了法律之限制，尤其是

對犯罪行為人使用射擊武器。而在此範圍內，德意志民主共和國邊界法第 27 條規定相當符合相類似之聯邦德國法律。亦符合國際法之規範。歐洲人權與基本自由公約 (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, EMRK) 第 2 條第 2 項規定雖然包含一般性地禁止殺人，禁止國家殺人，但排除涉及合法逮捕或阻止合法逮捕之人脫逃時之適用。禁止溯及既往原則之特別位階連同“國家”犯罪行為，德意志聯邦共和國還依歐洲人權公約第 7 條第 2 項規定予以聲明保留。雖然禁止溯及既往原則無法阻止一個法院嗣後以更妥適之觀點解釋一個刑法規範。另一方面由憲法保障行為人，其行為依行為時適用之法序係視合法之信賴，不應予以動搖 (nicht erschüttert werden)。

第三位訴願人進一步指責聯邦普通法院將許多由其依據德意志民主共和國法律所決定之規定，例如第 101 號命令及國防部長之下命，皆予以恣意之解釋。

dd) 第二位及第三位訴願人於憲法訴願程序中提出前蘇維埃社會主義共和國聯邦 (UdSSR) 官員之聲明，包括最後一任蘇聯總統戈巴契夫 (Gorbatschow)，前蘇聯駐德意志民主共和國大使 Abrassimow，以及前蘇聯軍隊駐德意志民主共和國總司令 Luschew 等人。由這些聲明，訴願人特別強調，蘇聯對於建構所謂的邊界機關有決定性之影響，而且德意志民主共和國的國家領導並不具有行動自由之空間。

2.聯邦憲法法院第 2 庭憲法訴願案（案號：1994 年第 1852 號）

a)第四位訴願人由地方法院因殺人罪依判處一年十個月的少年刑罰；其執行由於宣告緩刑而停止。

地方法院確認因受其父之逼迫，而在其反對之下入伍服三年兵役之訴願人，於 1972 年 2 月 14 日至 15 日的夜晚擔任哨長時，與另一名同案被告共組邊界巡邏隊，於柏林市帝國議會河岸邊至 Rudower 大街之間執勤。訴願人所屬之巡邏艇連隊負責管轄位於 Treptow 的 Elsen 橋與 Friedrichshain 的 Schilling 橋之間的邊界；這個區域係沿著 Spree 河岸與西柏林為界。29 歲來自來柏林的 W 於大約 22 時 30 分左右悄悄到達 Spree 河旁，其欲游向 Kreuzberg 一側的岸邊，以留在西方世界。當訴願人及同案被告發現 W 時，他已游至河中央，兩名邊界守衛的制止，W 均無反應。訴願人及同案被告未予事先告知 W，即同時自大約 40 公尺遠的距離接近他。並使用機槍持續射擊。訴願人與其同案被告各自射擊三發及兩發子彈，兩名守衛均射向臀部。依據證據鑑識結果不否定第一發子彈為鳴槍示警。而接下來則立即射擊。兩人均容忍難民傷重而死亡後果發生。射擊完畢後即無法見到游泳者。其被射中頭部並因而淹死。究竟由那一位守邊發射之子彈造死亡之後果並不清楚。這兩位守衛係遵守共同確認之目的，亦即執勤前集合訓話時所得到之命令，並阻止可能穿越邊界者。兩名守衛於 1972

年 2 月 15 日晚上解散哨所，並於次日受到工作成就之表揚及獲得 150 元馬克獎金。殺害者還嫌直到事件發生後四週才被通知其因自殺而死亡；遺體已遭火化。

b)地方法院確認訴願人及同案被告未於主要審理程序中說明事實，其係基於在偵查程序中經查証後之資料作為判處有罪的依據。

c)地方法院援引法律基礎認為行為時依德意志聯邦共和國及德意志民主共和國之刑法，皆構成共同故意殺人罪。於本案情形中使用射擊武器並無阻卻違法事由。1968 年 6 月 11 日制定之德意志人民警察任務及職權法第 17 條第 2 項規定，行為時依據第 20 條 3 項規定亦適用於國家人民軍之成員，射擊武器僅於特定犯罪情況方能允許使用，本案情形並不符合。特別重大的非法穿越邊界，於德意志民主共和國刑法第 213 條第 3 項規定亦未包括在其定義之中。W 既未使用射擊武器，亦未使用炸藥方式，而其逃亡亦未以暴力或以致死亡侵害或兩者共同為之。

責任排除事由在此並不存在，特別是依命令所為行為不存在可有恕之事由。另外亦考量例常性的政治教育與教條以及部隊集合訓話對兩位行為人宣達明顯違背人性要求之行為要求。對無武裝者之射擊，訴願人及其同案行為人清楚地認知絕不會射至 Spree 河的對岸，以及因此並未造成危害或損失，不得作為阻卻違法事由。而所謂非法穿越邊界在德意志民主共和國係可罰之行為亦不改變上述論

據；因為縱使追捕犯罪者亦須遵循比例原則 (Verhältnismäßigkeit)。在德意志民主共和國生命權之優先地位亦透過原則上禁止殺人(德意志民主共和國刑法第 112 條、第 113 條規定)予以具體化，其亦保障犯罪者。因此有鑒於本案事實，被告對於侵犯邊界者無明顯危險行為時，基本的禁止殺人原則須優先於禁止非法穿越邊界之適用。

另外刑法第 35 條定義之可宥恕的緊急避難 (entschuldigtes Notstand)要件在本案亦不存在。雖然有利於守衛的是如果不遵守命令對穿越邊界者追捕，其將因此恐懼本身將承擔責任。而在此種強制狀態下，亦得以使用較輕微之手段。在可能的情況下，對被發現的侵犯邊界者安全距離外對水中射擊，而因此無須擔心，事後証明其並無遵守命令。守衛如果相信其行為係基於合法之命令而來，則可能構成可避免之禁止錯誤。禁止錯誤之可避免性的問題與明顯違反刑法的問題，兩者不得為不同之判斷。

d)因為此行為既非依德意志聯邦共和國之法律，亦非依德意志民主共和國之法律而有阻卻違法事由，故適用德意志聯邦共和國之法律；刑法第 212 條及第 213 條規定在此係較輕之刑罰，蓋其刑度低於德意志民主共和國刑法第 112 條及第 113 條之規定。對訴願人則依少年刑法第 17 條第 2 項規定處以少年刑罰。然而其執行依少年刑法第 21 條規定以緩刑方式停止。

e)不服此一判決，訴願人提起第三審上訴並指責侵害

其程序上及實體上之權利。

aa) 訴願人對事實指責之範圍內主張，地方法院對於行為時德意志民主共和國第 27 條第 2 項之相關規定不法地未承認其為阻卻違法事由。透過援引自然法上之原則，以及無法接受地違背正義及人性，不得單獨作為排除德意志民主共和國邊界法第 2 條第 2 項規定阻卻違法事由之理由。據此聯邦普通法院於相同狀況之案件，亦聲明除了所謂的超實証法原則外，亦援引國際協定及國際法上之條約，及其生之法律原則作為最後否定上述規定存在阻卻違法事由之依據。聯邦普通此法院忽視其所主要援引之國際公民及政治權利公約雖然於 1976 年 3 月 23 日在德意志民主共和國生效，但國家領導階層卻來將此一公約轉換為有效之國內法，所以儘管可能對德意志民主共和國產生國際法上之拘束力，但並不因此產生對人民直接之法律效力。此一判決因此違反了基本法第 103 條第 2 項及刑法第 2 條第 1 項規定之禁止溯及既往原則。阻卻違法事由亦不得排除在禁止溯及既往原則的保護範圍內。基本法第 103 條第 2 項規定僅得透過嚴格的形式化適用方能予以落實其法治國家之保護功能。而極權國家所發生可能於行為時唯一適用之刑法規定內容，亦不能不考慮實際之國政運作情形。至少對基層之執行機關須存在著阻卻違法事由，如同其對遵循之國政運作不值得保護，與禁止溯及既往原則不符。此外地方法院對於基於命令所為行為的可宥恕事由(軍刑法第 5 條

第 1 項)明顯地置於過低之要求。

bb)依據聯邦檢察總長(Generalbundesanwalt)之聲請，聯邦普通法院駁回了訴願人之第三審上訴(參見 BGHSt 40,241ff)。

不同於判決法院之觀點，亦即考量行為時關於邊界機關依德意志民主共和國國政運作解釋其適用之法規，訴願人之行為具有阻卻違法事由。據此來下定論的是，是否阻卻違法事由不存在於 1968 年 6 月 11 日制定之德意志人民警察任務及職權法或國防部長的命令中。依據 1992 年 11 月 3 日聯邦普通法院刑事第五後(37/192,BGHSt 39,1)的判決所發展之原則，當受害者不再前進，而其無武裝及沒有一般承認之法益以穿越兩德邊界時，符合國政運作對於(有條件或無條件)故意殺人行為所提供之阻卻違法事由，在法律適用上即不應考慮。在此一裁判中，其不僅援引所謂的”Radbruch 定律”之原則，還包括國際性之人權公約，特別是國際公民及政治權利公約。這個於本案行為後始於德意志民主共和國生效之公約，無法強制對訴願人是否具備阻卻違法事由為不同之判斷。此一公約係以世界人權宣言(Allgemeine Erklärung der Menschenrechte)為基礎(聯合國大會於 1948 年 12 月 10 日決議)，以及符合基於對生命權及出境自由的進一步保障。雖然世界人權宣言並非條約法。即使其對於一般性以及個別人權之拘束力不明確，但無論如何仍享有法律上之重大意義，因為其係國際社會之意志，

宣示實踐人權，而人權內容亦明確可知，有鑒於宣言中對生命的基本權利，以及自由出境權的明確定義，其無法與國際公民及政治權利公約為不同之內涵解釋，此一解釋係所有民族共同對人之價值及尊嚴理解所生的法確信 (Rechtsüberzeugung)。對於此宣言所揭示之人權，德意志民主共和國亦在許多的官方聲明中予以認知。而聯邦普通法院刑事第五庭於 1992 年 11 月 3 日判決(37/192, BGHSt 39,1) 所表示之見解，確認依據德意志民主共和國法律所提供之解釋方法，則存在著避免侵害人權，運用比例原則之可能性，如同聯邦普通法院解釋 1982 年德意志民主共和國邊界法第 26 條第 2 項及第 27 條第 1 項規定，以及行為時適用之人民警察法第 16 條第 2 項及第 17 條第 1 項規定所包含之內容。依此一觀點，以人權為導向解釋阻卻違法事由存在與否，不違反基本法第 103 條第 2 項規定之禁止溯及既往原則，同樣地可予以確認。其餘的實體法上之錯誤(在此案並不存在)，包括由地方法院認定訴願人有罪責行為。

f) 訴願人透過憲法訴願，對地方法院及聯邦普通法院之判決表示不服，並指責其侵害了基本法第 1 條第 1 項規定所保障之基本權利。訴願人在訴願理由中重覆且進一步強化其於第三審上訴程序之主要論據。

II.

聯邦司法部針對憲法訴願以聯邦政府之名義以及柏林邦司法部門提出以下意見。

1.聯邦司法部認為憲法訴願無理由。侵害基本法第 103 條第 2 項規定所含之禁止溯及既往的情形並不存在。雖然聯邦普通法院曾表示禁止溯及既往原則不僅是對犯罪構成要件，亦針對違法的行為(Rechtswidrigkeitsstufe)適用，故基本法第 103 條第 2 項規定不妨礙對訴願人判處有罪。聯邦普通法院依據刑法第 9 條第 1 項規定連結刑法施行法第 315 條第 4 項規定適用德意志聯邦共和國之刑法是有理由的，因為在本案情形中有死亡事件係發生於德意志聯邦共和國境內，且刑事追訴尚未罹於時效，基於此一理由適用上不違反基本法第 103 條第 2 項規定。

地方法院對於在德意志民主共和國邊界法生效前所發生的死亡事件，或生效後因觸及碎片地雷所生之死亡事件，認為欠缺存在一個阻卻違法事由，或由於在邊界法中無法律基礎可使用地雷而無須考慮適用德意志民主共和國之法律。在這些事件亦排除有違反禁止溯及既往原則之情形。此一事實情況在此符合聯邦憲法法院第二庭第三分庭(Kammer)於 1992 年 2 月 21 日所為之裁定(2BvR 1662/91-DtZ1992, S.216)。在此一裁判中，係審酌當時訴願人依行為時適當之德意志民主共和國法律之刑事責任，因此不涉及刑罰規定的溯及既往適用。在此涉及的是所謂的一般法律之解釋及適用，而專業法院(Fachgericht)的觀點是德意志民主共和國之法律規定不包括本案中使用的射擊武器之情形，嗣後如此解釋是有理由且非恣意為之。同樣的法理亦

適用於地方法院解釋本案情形不符合德意志民主共和國刑法第 17 條、第 18 條及第 20 條規定之要件，以及表示依據 1982 年 5 月 1 日生效的邊界法不包含使用碎片地雷之規定。

另外審理使用射擊武器之殺人事件並不違反基本法第 103 條第 2 項規定。聯邦普通法院在其一貫之實務見解詳盡地分析及論據，德意志民主共和國邊界法作為使用射擊武器之阻卻違法事由依德意志民主共和國本身之法秩序—其憲法及依國際法所生之義務—，而已經可以得下列之解釋，不同於其國政運作，亦即對於故意殺害無武裝及其他對身體與生命未造成危害之難民並無阻卻違法事由可言。在尊重德意志民主共和國憲法所承認之比例原則，及對德意志民主共和國有國際法上約束力的國際公民及政治權利公約第 6 條與第 12 條規定的情形下，德意志民主共和國邊界法第 27 條規定於行為時即不得作為一個阻卻違法事由。因此在欠缺阻卻違法事由及無須考慮違法之國政運作之情形下，被告行為時刑罰之法律規定，依基本法第 103 條第 2 項規定所應保障適用行為時法律的信賴存在，及不受恣意侵害之權利無須保障。基本上有權利期待行為時之國政運作亦於未來適用，以承認違反人權之阻卻違法事由是不值得保護的。在此必須對於下列情形亦適用之，其由於本身行為而導致對以前的國政運作，提供違反人權之阻卻違法事由之解釋並加以維持者。至少邊界法之規定的雙重保障機制(Doppelbödigkeit)承認下列情事，在其條文敘述中僅

應已提供了一種表象，使用射擊武器將依循嚴格的、國際上所承認之規範。

2. 柏林邦司法部門亦對於第一位、第二位及第三位訴願人之憲法訴願程序發表意見，認為憲法訴願為無理由。

基本法第 103 條第 2 項規定之禁止溯及既往首先涉及的及其重點係確認法定之構成要件。阻卻違法事由之變更是否違反了基本法第 103 條第 2 項規定之禁止溯及既往原則，並非與行為後頒布刑罰規範或嗣後加重刑罰之情形同樣予以肯定。在此基本法第 103 條第 2 項規定中刑罰權之意義，其要件確切的說，僅為構成要件的特別描述，因此首先應據此衡量其保障功能。同樣的阻卻違法事由考量標準僅得於少數案件適用。其僅於例外時結合具體的刑法規範，並以此為限。在通常情形係指刑法總則之規範，且涉及刑法總則之全部條文，不特別限定於關於錯誤規範之概念。儘管如此，本案之重點因屬刑罰之違法性問題，無法完全不適用禁止溯及既往原則。基本法第 103 條第 2 項規定之保障功能在排除行為時無刑罰之行為嗣後課以刑罰。此種情形不僅適用於嗣後針對行為發布個別性之規範，亦進一步適用於將行為時存在之阻卻違法事由嗣後予以廢棄，而將一個原本允許之作為視為違法可罰之情形。對於提供訴願人阻卻違法事由之德意志民主共和國的權力及規範機制而言，上述情形卻不適用。訴願人所援引之規定，係所有國家或國際社會為保護邊界及規範邊界往來所頒布

的，與前德意志民主共和國邊界機關所處之情形無涉。入境及出境自由係國際社會中各國，以及尤其在德意志聯邦共和國也是如此，亦即視為行政法之規範；對其之執行施以致命之射擊，是純粹不合比例原則的。因此德意志民主共和國之邊界機關之作為係嚴重地違反了正義及人性之基本觀念。在此應適用 Radbruch 之評價，當有嚴重地違反正義之情形存在，亦即當此一法律係作為違背正義之不法時，即應拒絕適用之。基本法第 103 條第 2 項規定並未開啟代表國家權力者，其本身自由地運用不法或恣意行為之道。

B.

提起憲法訴願是被許可的。

不被許可的只有第二位訴願人指責其法定法官之基本權(基本法第 101 條第 1 項第 2 句)，因為地方法院及法官事務委員會基於管轄法庭的過度負荷，恣意地決議移轉至第 27 大刑法法庭審理，而受到侵害。此一指責因其未用盡法律救濟途徑，而因此不符憲法訴願之補充性原則 (Subsidiarität)。依據聯邦憲法法院的一貫見解，補充性原則除了嚴格意義的用盡法律救濟途徑(聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項第 1 句)外之要求，亦即訴願人在初審程序應使用所有現存之可能性，以排除或阻止其所強調侵害基本權之情形(參見聯邦憲法法院裁判集第 81 卷第 22 頁(第 27 頁以下)；第 81 卷第 97 頁(第 102 頁以下))。而第二位訴願人並

沒有如此作為。憲法訴願係針對聯邦普通法院之判決。訴願人嗣後於第三審上訴程序提出對法院組成之指責，不符刑事訴訟法第 344 條第 2 項第 2 句之規定。

C.

憲法訴願為無理由。

刑事法院之裁判不受無限制地嗣後審查其事實上及法律上事實確認之正確性，以及法律適用之妥適性。刑事訴訟程序的構造係在於確認及評價事實狀況，刑法與刑事訴訟法之解釋及於個案之適用，以上事項均單獨由管轄之刑事法院為之，而不受聯邦憲法法院之嗣後審查。聯邦憲法法院僅於法院違反憲法時，才能予以干涉而本案中不存在著裁判依刑法或刑事訴訟法衡量，有客觀上瑕疵之情形。而此種瑕疵通常存在於有明顯之瑕疵，其基本上對於基本權之意義持不正確之觀點，特別是基本權之保護範圍，或錯誤地適用法律致使對基本法主要思想可理解之評價，不再讓人理解時(參見聯邦憲法法院裁判集第 18 卷第 85 頁(第 92 頁以下)；第 62 卷第 189 頁(第 192 頁以下)；第 89 卷第 1 頁(第 14 頁))。聯邦憲法法院之審查權限於下列情形亦受到限制，即涉及刑事法院對外來法秩序規範之解釋及適用，而其依德意志聯邦共和國之規範，刑罰上之判斷繫於此種解釋與適用。因此聯邦憲法法院亦不審查刑事法院對德意志民主共和國法規範之解釋及適用是否正確。

I.

特別是由第一位及第三位訴願人依據基本法第 2 條第 1 項連結第 25 條規定所提出之指責(參見參見聯邦憲法法院裁判集第 77 卷第 170 頁(第 232 頁))，即針對其身為德意志民主共和國前高級政府官員及憲法機關成員所為之刑事追訴，侵害了其依國際法一般原則所持續享有之豁免權，此一指責並無理由。

1. 德意志民主共和國係國際法意義上的一個國家——不管其已獲得德意志聯邦共和國國際法上之承認(參見聯邦憲法法院裁判集第 36 卷第 1 頁(第 22 頁))——，以及作為國際法之主體。因此與德意志民主共和國之關係包含在基本法第 25 條國際法一般原則之中((參見聯邦憲法法院裁判集第 36 卷第 1 頁(第 23 頁以下)；第 92 卷第 277 頁(第 320 頁))。在此國際法一般原則通常應理解為普遍適用之習慣國際法(Völkergewohnheitsrecht)，並透過一般承認之法律原則(anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze)補充之(參見聯邦憲法法院裁判集第 15 卷第 25 頁(第 32 頁以下，第 34 頁以下)；第 16 卷第 27 頁(第 33 頁)；第 23 卷第 288 頁(第 317 頁))。普遍之習慣國際法的存在雖然不要求一個國際法原則，應沒有例外地得到所有國家明確或透過可推知之行為同意。但習慣國際法仍須基於許多國家普通的、固定的實踐，以對此產生法之確信，從而認為其為正確的態度(參見聯邦憲法法院裁判集第 92 卷第 277 頁(第 320 頁))。而由訴願人所援引主張英美法系“國家行為”原則之請求，不得視為基本

法第 25 條意義下的國際法一般原則，因為除了英美法系以外並未承認此一原則(參見聯邦憲法法院裁判集第 92 卷第 277 頁(第 322 頁); Fonteyne, “Acts of State” in: Bernhardt(ed.), Encyclopedia of Public International Law, Vol. I, 1992, S. 17 (19); Verdross / Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., 1984, S. 775f.)。

上述見解符合一般國際法論著之看法，而被指責之裁判中所衍生之觀點關於當事人所屬國家之豁免權問題亦無庸論述(一般性之論述參見聯邦憲法法院裁判集第 15 卷第 25 頁(第 34 頁); 第 16 卷第 27 頁(第 33 頁); 亦參見聯邦憲法法院第二庭第三分庭於 1992 年 2 月 21 日所為之裁定，1662/91，DtZ 1992, S.216; Berber, Lehrbuch des Völkerrechts, Band I/1,2. Aufl., 1975, S. 275; Ipsen, Völkerrecht, 3.Aufl., 1990, S. 344/345)。第三位訴願人因對其為刑事追訴，而未尊重德意志民主共和國作為國際法主體之主權，以致違反了基本法第 25 條規定之主張，基於上述論據因此為無理由。

2. 德意志聯邦共和國與德意志民主共和國於 1990 年 8 月 31 日所訂之德國統一條約(聯邦法律公報第 2 卷第 889 頁)，亦不包括前德意志民主共和國國家機關成員之行為應免於刑事追訴。統一條約對此一問題之規定並不明確，然而，統一條約第 17 條及第 18 條規定卻表明，締約當事人違反法治國家及憲法之措施，以及前德意志民主共和國國家機關之行為之前述行為，在統一生效後應予以平反或補

償。即使刑法施行法第 315 條以下在統一條約之版本中，亦無對前德意志民主共和國國家機關成員之刑罰行為為例外之規定。

II.

基本法第 103 條第 2 項規定未受侵害。

訴願人主張有違反基本法第 103 條第 2 項規定之情形，尤其是刑事法院拒絕其於第三審上訴援引一個阻卻違法事由，而此一事由係來自德意志民主共和國對於邊界機關之規範，應依法為時之國政運作加以解釋與運用。第一位至第三位訴願人還主張其基本法第 103 條第 2 項規定所保障之權利，由於依據聯邦德國的法律被判處為間接犯而受到侵害。

兩項指責皆無理由。

1.a)基本法第 103 條第 2 項規定係法治國原則之表彰(參見聯邦憲法法院裁判集第 78 卷第 374 頁(第 382 頁))。其提供了施以自由刑時，確保法安定性，國家權力受法律拘束以及信賴保護。法治國原則包括基本法之一個重要精神，另外亦要求實質的正義(參見聯邦憲法法院裁判集第 45 卷第 187 頁(第 246 頁))。刑法在此一範圍，亦納入法治國重大之基本原則，亦即無刑罰即無責任。此一原則同時亦源自於基本一以之前提要件，並在基本法第 1 條第 1 項及第 2 條第 1 項規定以憲法效力保障人之尊嚴及自我責任，此為立法者於制定刑法時應予以注意(參見聯邦憲法法院裁判

集第 25 卷第 269 頁(第 284 頁以下))。其亦為基本法第 103 條第 2 項規定之基礎(參見聯邦憲法法院裁判集第 20 卷第 323 頁 (第 331 頁)；第 25 卷第 269 頁 (第 285 頁))。基本法第 103 條第 2 項規定保障以下之目的，即行為人因其行為而受到刑罰係基為犯罪行為時有足夠明確、課以刑罰之構成要件存在者。基本法第 103 條第 2 項規定亦保護不被課以較行為時法定刑更重之刑罰。基本法第 103 條第 2 項規定保障了法安定性及正義之利益，亦即在國家得以最嚴重方式侵犯人格之刑法範圍內僅有立法者可以決定足以課以刑罰之法益侵害行為。基本法第 103 條第 2 項規定因此表達了法治國法律拘束，透過一個嚴格的國會保留 (Parlamentsvorbehalt) 而予以強化(參見聯邦憲法法院裁判集第 71 卷第 108 頁(第 114 頁)；第 78 卷第 374 頁(第 382 頁)；本院之一貫見解)。對人民而言基本法第 103 條第 2 項規定提供了信賴之基礎，亦即只有立法者於行為時對刑之可罰性及刑之輕重已以法律明定者，國家才能對此種行為視為可罰之行為而追訴之。人民因此得到以下之認知，即行本態度應自行負責，並避免可罰性之行為。刑法之禁止溯及即往原則係絕對的(參見聯邦憲法法院裁判集第 30 卷第 367 頁(第 385 頁))。透過其嚴格之形式化實踐了其法治國及基本權之保障功能。這是保障法治國原則下的一個特徵 (見 Schmidt-Aßmann in :Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art.103 Abs.2, Rn.255: 1922 年 12 月)。

b)基本法第 103 條第 2 項規定保障其不法內涵行為之評價，不嗣後對行為人為不利之變更(參見聯邦憲法法院裁判集第 46 卷第 188 頁(第 193 頁)。因此其進一步保障當行為時之刑事訟程序無從發動時，犯罪行為之法定阻卻違法事由仍能繼續適用。當然阻卻違法事由不同於刑罰之構成要件及課予刑罰，無須適用嚴格之法律保留。刑法上之阻卻違法事由亦得為習慣法上或透過司法裁判適用者。行為時承認之不成文阻卻違法事由嗣後應不予考慮時，即產生以下之問題，基本法第 103 條第 2 項規定是否以及於何種範圍內亦對此種阻卻違法事存在之信賴，以同樣方式保障之。此一問題無須在此為一般性之決定。因為就本案情而言，有一個一部份是正常的，部分是基於國家命令與實際運作而為者一阻卻違法事由在下列前提下得予以請求，即允許限制基本法第 103 第 2 項規定由憲法所生之絕對的禁止溯及既往原則。

aa)基本法第 103 條第 2 項規定於通常情形，係指行為發生本法之適用範圍內，並涉及德意志聯邦共和國之實體刑法，且遭判刑者。在此一通常情形中，由民主提供的下列條件，即權力分立與有義務地保障基本權利，並因此可以請求與法治國相連結原則上實質上正義所足夠規範之刑法，從而構成基本法第 103 條第 2 項規定所維護絕對的及嚴格的信賴保護。

bb)當因為統一而透過統一條約所合意之刑法施行法第

315 條連結刑法第 2 條規定由法律明定，對於判處前德意志民主共和國之犯罪行為應適用德意志民主共和國之刑法，故上述原則之適用不再是毫無限制的。此項規定係德意志聯邦共和國承受發生於德意志民主共和國境內之刑事司法案件，所產生之結果；其符合基本法第 103 條第 2 項規定，因為前德意志民主共和國之人民依其行為時適用之刑法判處，而判處時德意志聯邦共和國之法律僅於課以更輕之刑罰時方適用之。當然此一法律基礎適用德意志聯邦共和國之刑罰權係以一個國家之法律為基礎，其既非民主亦無權力分立，也未實踐基本權利，在此會導致基本法不可放棄法治國原則之要求與基本法第 103 條第 2 項規定間之衝突。基本法第 103 條第 2 項規定嚴格禁止溯及既往原則如同上述，係存在著其法治國家正當性之特別信賴基礎，據此刑事法律符合此一基礎者，係由受基本權所拘束之立法者制定之刑事法律。當其他國家對最嚴重之犯罪不法雖然於刑法之構成要件中規範，但其刑罰之可罰性同時卻遭阻卻違法事由而予以部份排除，其係由成文之規範而為不法之要求，此一要求以重大方式忽視國際社會一般所承認之人權時，上述特別之信賴基礎即不存在。據此國家權力之承擔者所為之重大國家不法行為，只要應負責之國家權力存在即應予以強調。

在此一全然特別，運用這樣一個阻卻違法事由之狀況，即排除了實質正義，亦應要求尊重國際法所承認之人權。

透過基本法第 103 條第 2 項規定所嚴格保護之信賴，因此不應適用。否則會導致德意志聯邦共和國之刑事司法違反了法治國的重大原則。現在受德意志聯邦共和國刑罰權規範之人民，不得援引一個如此的阻卻違法事由；除此之外其信賴依舊受到保障，亦即依其行為時所適用之法律處罰之。

cc)類似之衝突狀態於德意志聯邦共和國判處國家社會主義之不法行為時即已發生。

(1)在此涉及英國佔領之最高法院及其後聯邦普通法院對這一問題之看法，即是否嚴重違反更高位階之法律原則時，即可以不顧一個法規範，而嗣後地課以刑罰。其所持之觀點為，其可以否定規範與命令之法律效力，儘管係依法為之，因為這些規範與命令侵害了法律之基本原則，不管此原則是否得到每一個國家的承認；誰遵守這些規範依舊是可以處罰(參見 OGHSt2, 231ff; BGHSt1, 391(399); 2, 173(177); 2, 234(239); 3, 110(128); 3, 357(362f.))。聯邦普通法院指出在這些案件中，行為人之態度不應以嗣後方產生一般效力之標準衡量之。即使其無法預見行為時，合法或不法之問題還沒有或不再有有效之標準可以回答。無法接受地是行為人於行為時，當時不知人類共同生活之不可侵犯之基本原則屬於法不受侵害之核心領域。(參見 BGHSt2, 234(239))。

(2)聯邦憲法法院至今對於“法律上之不法”的問題僅涉

及刑法領域之範圍。在此牽涉到考量這些案件，皆有實証法重大違反了正義之情形，故法安全性之基本原則與實質正義相較下應予以較低之評價。其引用了 Gustav Radbruch 的論述(SJZ 1946,S105ff. (=Gustav Radbruch Gesamtausgabe Band 3,1990, bearbeitet von W. Hassemer, S.83ff.))，特別是所謂 Radbruch 定律(參見聯邦憲法法院裁判集第 3 卷第 225 頁)(第 232 頁以下);第 6 卷第 132 頁 (第 198 頁以下);第 6 卷第 389 頁(第 414 頁以下))。在此聯邦憲法法院多次強調，實証法之無效性須限制於極端例外之情形，以及一個單純不合理，依據明顯地觀點應予以拒絕之立法仍透過包含在秩序因素中而獲得適法性，並因而創造法安定性之情形(參見聯邦憲法法院第 6 卷第 132 頁(第 199 頁));第 6 卷第 389 頁(第 414 頁以下))。據此在國家社會主義統治時代所顯示的正是立法者為嚴重之”不法”(參見聯邦憲法法院裁判集第 3 卷第 225 頁(第 232 頁));而此一規範因其嚴重違反正義，故自始即應拒絕服從(參見聯邦憲法法院裁判集第 23 卷第 98 頁(第 106 頁));第 54 卷第 53 頁(第 67 頁以下))。

2.被指責之裁判中對於第 1 項之內容已提供足夠憲法上之依據。

a)聯邦普通法院在其裁判中，對於在德意志民主共和國的社會主義統一德國黨政權所謂的政府犯罪行為，其判斷評價正持續發展中(參見 BGHSt39,1(15ff.);39,168(183f);40,218(232);40,241(244ff.))。其亦提供被指責裁判之基礎。

當行為人故意殺害不欲前進，無武裝且未因穿越兩德邊界而對一般所承認之法益構成危害者時，阻卻違法事由即無須適用。因為如此一個阻卻違法事由係建立在貫徹禁止穿越邊界，全然地優先於人之生命權保護之上，故因其明顯的、重大的違反正義的根本要求及國際法上保障之人權而無效。重大的違反係指侵害所有國家共同基於人之價值與尊嚴所為之法確信。此在種情形正義必須優先於實証法。

在此一標準所連結 Radbruch 定律之與國際法保障人權間之關係，聯邦普通法院換了一種說法，由於 Radbruch 定律標準之難以確定性，故具體之審查標準應予以補強，因為國際性的人權公約提供了以下的準繩，國家何時會侵害舉世法治社會所確信之人權。

b)此一評價符合基本法。其可以於 1973 年 7 月 31 日聯邦憲法法院對基礎條約所為之判決中得到支持。該判決確認德意志民主共和國於兩德邊界非人性地設置圍牆、鐵絲網、死亡巡邏及射擊命令等，於德意志民主共和國所承受之條約義務不相符(參見聯邦憲法裁判集第 36 卷第 11 頁(第 35 頁))。

c)不服依據國政運作對殺害侵犯邊界者所生之阻卻違法事由，因視其為嚴重之國家不法而不予適用之結論，訴願人不得以生命權與遷徙自由權依國際公民與政治權利公約並非無保留之保障為由，提出抗辯；在西方民主法治國家亦於法律規範中在特定條件下，特別是與追捕或逮捕犯

罪行為人有關時，明文規定之。雖然德意志民主共和國與德意志聯邦共和國關於使用直接強制之規定文字相符。但是在被指責之判決中所為確認卻顯示，命令的法律基礎重疊，而使用射擊武器之界限未依此例原則為之，而且邊界部隊之成員在駐地由其上級傳達國防委員會之觀點，當侵犯邊界者無法以其他方式阻止其越過邊界時，應予以消滅之。將個人之生命權置於國家利益之下以阻止穿越邊界，導致面對政治目的之需求時即忽視了成文法律。這是實質上最嚴重的不法。

d)判處有罪亦不得為以下之反駁，亦即聯邦共通法院不適用阻卻違法事由的同時，亦未提供是否以及在何種前提下可以對違法行為課以刑罰的答案(參見 Kaufmann, NJW 1995, S.81(84f.); Pieroth in:VVStRL 51(1992), S.91(102f.)。可罰性之理由在此並非援引超實證之法律原則。而是連結德意志民主共和國本身之刑法規範為依據。德意志民主共和國刑法於行為時在第 112 條、第 113 條規定已包含刑法上禁止故意殺人之規定，並彰顯重大不法內涵之此種行為應遭到嚴重之課以刑罰。欠缺上述所特別討論對殺人行為之阻卻違法事由時，在刑法規範所改寫之違法構成要件亦表明了殺人行為違法性並因此構成可罰性。

3.第一位至第三位訴願人指責聯邦普通法院將其殺人行為依德意志聯邦共和國法律視為間接犯罪，不符基本法第 103 條第 2 項規定，並無依據。

刑事法院確認行為時德意志民主共和國適用法律之基礎，訴願人因參與殺害難民之行為而受到刑罰。聯邦普通法院明確同意地方法院之觀點，訴願人依該法應負教唆謀殺之罪責(德意志民主共和國刑法第 22 條第 2 項第 1 款，第 112 條第 1 項)。聯邦普通法院在判決之第二部份方適用德意志聯邦共和國之法律，在其中一個案件係依據刑法施行法第 315 條第 4 項規定連結刑法第 9 條第 1 項規定作為行為地（結果發生地）之法律，其餘案件則依據刑法施行法第 315 條第 1 項規定連結刑法第 2 條第 3 項規定與德意志民主共和國法律相較為較輕之法律而適用之。兩者皆未透過基本法第 103 條第 2 項規定而排除適用。對於適用行為地之法律，本庭已於 1995 年 5 月 15 日以裁定（聯邦憲法法院裁判集第 92 卷第 277 頁（第 324 頁以下））決定之；此即為已確認之事。適用較行為時法律更輕之法律不違反基本法第 103 條第 2 項規定之保障內涵。所謂較輕之法律聯邦普通法院與學說之看法一致（參見 Dreher / Tröndle, StGB, 47. Aufl., 1995, §2 Rn. 10），在具體的個案為整體之比較而允許對行為人為最有利之判決，其中若干判決因素也許不利於適用其他法律；比較之重點特別是在犯罪之法律後果。在此符合基本法第 103 條第 2 項規定上述之保護目的，以憲法之觀點而言並無可指責之處。

III.

被指責之裁判之其餘觀點亦無憲法上可責難之處。

1. 訴願人對為裁判基礎之證據評價，刑事責任確認之考慮，以及刑罰之衡量提出異議，重點在於訴願人不服對刑法及刑事訴訟法之適用及解釋，然而此為管轄之刑事法院的事務。被指責之裁判並無侵犯憲法之情形。

a) 地方法院對證據之評價不違反憲法上平等（基本法第 3 條第 1 項規定）適用法律之要求。地方法院對於訴願人主張蘇聯對德意志民主共和國邊界機關之影響已由刑事庭確認，其中包含了對此一主張之評價，並為有理由的及可理解之結果，對邊界防衛設施之事實上架構及對邊界部隊的命令基礎蘇聯的影響甚微。在此特別考慮前蘇聯政治領導重要代表之證言。由第二位及第三位訴願人於憲法訴願程序中所提出蘇聯最後一位總統戈巴契夫 (Gorbatschow)，蘇聯駐德意志民主共和國大使 Abrassimow 及蘇聯駐德意志民主共和國部隊總司令 Luschow 等人之信函無法在憲法審查上予以考慮。訴願人未主張其已於刑事訴訟程序運用此一證據方法，因此依據憲法訴願之補充性原則，訴願人應在審理程序中聲請提出證據，並於被無理拒絕時在上訴第三審程序中為程序上之指責。

b) 地方法院對訴願人主張邊界防衛設施係為了抵禦外來之軍事性攻擊，認為並不足以採信，同樣地不違反基本法第 3 條第 1 項規定，而由地方法院所為以及在書面判決理由中載明知事實上確認，至少是有理由的。

c) 地方法院及其後審理之聯邦普通法院對於邊界所為

命令基礎之法律規範、下命及命令，並未以違背其文義之不合理方式解釋之。地方法院觀點認為“消滅“此一概念係除了“逮捕之概念外，僅能以“殺害（難民）”為獨立之意涵，此一解釋並未逾越文義之界限及裁判所依據德意志民主共和國之法規及命令指示的意義。此一解釋接近由專業法院依邊界機關實際運作所為確認之背景。對此所提出之異議則係邊界法及勤務規定亦允許為不同之解釋，及使用射擊武器僅應為最後手段，且該項規定符合國際標準，而判決理由中未予審酌。由地方法院所為刑法上責難之內容，針對邊界機關嚴厲之運作所為確認未用盡法律解釋之空間，其應允許為更充分之解釋。

d)地方法院特別是在第一位至第三位訴願人所指責之判決中，對於在國防委員會及國防部由訴願人所參與之一連串決議及命令，作為對德意志民主共和國邊界部隊之法律及命令基礎中，有詳盡的描述。訴願人則對此提出異議，欲以本身所為不同之解釋取代專業法院所為之證據評價。而在此則無明顯地侵害基本權利。

2.對第四位訴願人判決有罪，特別是並未侵害罪責原則(Schuldgrundsatz)。

a)在刑事司法之領域中，基本法第 1 條第 1 項之規定確定了刑法本質及責任與罪行間之關係。“無刑罰既無責任”之基本原則具有憲法位階(Verfassungsrang)；其基礎在於尊重人性尊嚴之要求及基本法第 2 條第 1 項規定，並為

一貫之本院見解。刑事法院基於此一原則，亦於個案中要求衡量罪責之刑罰。刑罰係相對於純粹之預防措施，其係為了儘管不是唯一之目的，但可視為防止以一個法律禁止之行為為壓制及報復。透過刑罰行為人將被責難其違法，暨社會倫理上之錯誤行為。如此一個刑法上之反應若無個人之可責難性之確認，即與法治國原則不符（參見聯邦憲法法院裁判集第 6 卷第 389 頁（第 439 頁）；第 20 卷第 323 頁（第 331 頁））。刑罰之確認係行為輕重及行為人可歸責性之合理關係，並應注意個別情形之特殊狀況。在此一範圍以罪罰原則衡量刑罰實應以禁止過當原則(Übermaßverbot)為界限（參見聯邦憲法法院裁判集第 50 卷第 125 頁（第 133 頁）；第 73 卷第 206 頁（第 253 頁）；第 86 卷第 288 頁（第 313 頁））。本案涉及行為人處於另一個已不存在的法律及社會秩序中，其實施被責難之行為係受命令及服從體系在不同層次之拘束，因此確認其刑事責任應特別審慎為之。由憲法中並未產生下列看法，即罪責原則之實踐及在刑法體系中遵守比例原則，在本案中可基於“捲入不法之體系”透過法官造法(richterliche Rechtsfortbildung)而補充一般性的責任排除或減輕事由（參見聯邦憲法法院裁判集第 54 卷第 100 頁（第 111 頁））。

在此確認刑法上之責任及解釋適用之法規係刑事法院的第一線任務。聯邦憲法法院僅於嗣後審查，罪責原則是否被認真考慮，以及刑法解釋適用之範圍有無根本性之錯

誤，不審查影響判決的觀點是否為面面俱到之考量，以及是否應另為裁判。

b)被指責之裁判在此一範圍內並無憲法上重大疑慮。地方法院指出第四位訴願人明知為致命射擊將導致難民重傷而死之事實，但仍任意忍受之。所有責任排除事由已基於最高司法裁判之基礎而為考量，但皆予以否定。因此刑法上之責任確定並無憲法上之疑慮。行為以命令為前提者亦同。聯邦普通法院在地方法院之後對軍刑法第 5 條第 1 項規定之審查，其解釋係基於最高司法裁判之見解，並無德意志民主共和國刑法第 258 條規定為內容之比較，刑法之解釋與適用為刑事法院之職權。依事實上所為之確認基礎亦無憲法上之疑慮，訴願人之宥恕事由僅得依軍刑法第 5 條第 1 項第 2 段規定排除之，因為在邊界上使用射擊武器之命令違法性，對訴願人而言是明顯易見的。依據聯邦普通法院一貫之見解，此一前提係當違反刑法在任何一方面皆無疑問時，即告成立；對守衛並無進一步審查即調查之義務。更具決定性者毋寧是，是否此種違反刑法之行為對於一個尋常之守衛在收受命令訊息之狀態時，不會在為更進一步的考量及理智地進一步瞭解（參見 BGHSt 39, 168 (188f.))。

此種解釋對罪責原則在憲法上之衡量標準而言已經足夠。雖然對於在毫無懷疑違反刑法之明確性的情況仍有以下之考量，亦即德意志民主共和國的國家領導階層提供阻

卻違法事由已作為邊界守衛行為之後盾，其係國家權威之擴張，並因此傳達給守衛，但這並非自明之理，即平常的守衛會毫不懷疑地顯示可罰行為之正確界限，而違反刑法之公開性對守衛單獨以客觀上嚴重侵犯人權為由，在罪責原則之下係站不住腳的；其必須進一步闡述，為何個別的守衛基於其教育，教條及其他狀況對違反刑法行為應毫無懷疑地認知。基於此一觀點刑事法院在終結程序的事實中並未討論。但其卻表示以連續射擊殺害無武器之難民，可確定這一個令人震驚之狀態，且足以排除任何可能之阻卻違法事由，亦違反了比例原則，而本質上禁止殺人原則對受教條洗腦的人無須進一步理解且為明顯易見的。判決中的其他論述亦有基於整體判決理由之足夠明確性，並引據同樣事實狀況所涉及 1992 年 11 月 3 日(BGHSt 39, 1)及 1993 年 3 月 25 日(BGHSt 39, 168)之裁判，故罪責原則足以成立。

3. 量刑亦有憲法上嗣後審查之狀況。專業法院以小心謹慎及憲法上無以指責之方式考慮所有之重要觀點，並合理地彼此衡量。一方面第一位、第二位及第三位訴願人作為下命者對於不法之實現有著不同的份量，以及另一方面第四位訴願人作為接受命令者，對各自所課以刑罰之輕重自己彰顯之。前德意志民主共和國特別之政治狀況特別有利於第四位訴願人，在此已考慮之，故自由刑之執行改為緩刑。

D.

本件裁判係以一致決為之。

Graßhof Kruis Kirchhof
Winter