

憲法法庭陳述意見書（說明會後補充）

案號：114 年度憲民字第 691 號

聲請人姓名或名稱：乙

訴訟代理人姓名：邱顯智律師、劉繼蔚律師、黃守鵬律師

稱謂/職業：律師

住所或居所：

電話：

傳真：

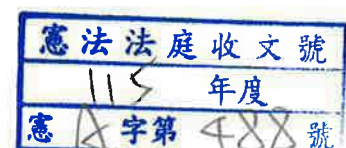
電子郵件位址：



正本

為兒少性侵害犯罪追訴時效案，前經舉行不公開說明會，茲就會中 鈞庭之垂詢，謹遵囑於說明會後以書面補充陳述意見事：

壹、誠如陳大法官忠五於說明會提問所示，我國刑事時效制度，僅有依據法定刑輕重簡單區分時效類型，並僅有起訴與通緝為停止事由，可認僅以「時間經過」作為追訴時效之進行與完成之唯一客觀因素，未如民事之時效規定，有更為細緻之中斷、不完成等事由，以至於在如本件具體類型化犯罪類型、即具隱密性之性犯罪，且具體類型化之被害人類型即脆弱、並受國家保護之兒少被害人情況，相較於重要繼受國家業已進行檢討之法制狀況，幾為在場不分關係機關、學者專家、聲請方共同指陳之情況，兼以場外社會輿論之聲量，與國會立法委員、包括關係機關所提出之相關修法提案，無論各方看法所提出解決問題之方法與射程為何，堪信本案所涉規範瑕疵，就整體法制制度面而言，確有顯然的憲法上之疑義與重要性之問題意識，社會大眾期待國家能



從行政、立法乃至於司法，就現有制度之瑕疵與欠缺，整體予以檢討及回應，應為本案不爭之「社會集體共識」。

貳、請求另行委託兒少心理與醫學之專家，就兒少性侵被害人的系統性特殊性，進行鑑定與說明：

誠如本件尤大法官伯祥於說明會中提問：「如追訴時效之期間橫跨至兒少成年後，是否仍可認為追訴時效的時間對兒少有所不足，或對兒少構成歧視？」，而專家薛智仁教授即明白指出，對於兒少性犯罪被害人是否足夠，其僅是法律專家，而非相關領域之專家，無從逕為跨領域之斷言。

雖然對此聲請人以為，依司法院釋字第 664 號解釋理由：「人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第二十二條保障。為保護兒童及少年之身心健康及人格健全成長，國家負有特別保護之義務（憲法第一百五十六條規定參照），應基於兒童及少年之最佳利益，依家庭對子女保護教養之情況，社會及經濟之進展，採取必要之措施，始符憲法保障兒童及少年人格權之要求（本院釋字第五八七號、第六〇三號及第六五六號解釋參照）。國家對兒童及少年人格權之保護，固宜由立法者衡酌社經發展程度、教育與社會福利政策、社會資源之合理調配等因素，妥為規劃以決定兒童少年保護制度之具體內涵。惟立法形成之自由，仍不得違反憲法保障兒童及少年相關規範之意旨。」，參以薛智仁教授以兒少請求國家追訴之基礎更重要是來自於性犯罪對兒少人格權重大侵犯，因而法律設計並未考慮兒少之特殊性，容任時效非因可歸責兒少個人主觀放棄追究之原因，而是因兒少系統性、類型化所具備之脆弱性、依附性之原因，而在不可歸責於被害人、乃至更無從歸責國家怠於追訴的情況下，使時效「無意義」、「無效用」地「空轉」，本身就應該構成立法恣意，並有違國家對兒少之憲定保護義務，應認定構成

違憲。

在此亦補充回應朱大法官富美之提問，確實在聲請人回答尤大法官伯祥提問時所舉三歲幼童的例子，並非適例，因為既然代理人已經代理個案，必因該案有被害徵兆由照顧者或其他有通報義務之人發覺，而應非屬本案所提性犯罪隱密性的典型個例。

不過，代理人所指出幼童個例，乃著重提示於幼童之性意識不健全、乃至性被害意識之不具備之脆弱特性，並以此指出並不因此，即可因幼童本身之「無知」、乃至於國家對被害事實之「不知」，而可以被國家認為性侵害事實不存在，乃至於立法擬制「怠為追訴」而「任令時效進行」之正當理由；反之，這正體現國家，有特別保護脆弱幼童之必要性，與相關制度漏未斟酌區別，所構成的國家義務違反。

我國司法實務為此，此前甚至由最高法院作成 99 年度第 7 次刑事庭會議決議，就 7 歲以下幼童以其無同意能力為由，其性侵害一律視為違反其意願，而論以加重強制性交罪，堪為適例。

益有進者，結合薛智仁教授所指出被害兒少「人格權」的權利基礎，為明瞭性犯罪對被害兒少人格發展的影響程度，人格權的傷害程度，以及是否國家對於時間的設定，本身是否過短而對被害兒少請求追訴之權利，在類型化、系統化的層次確有達到實證上代理人所指、司法院釋字第 760 號解釋黃大法官昭元意見書中所引介「差別影響歧視」之判準，又或可以從類型案例的嚴重性中，達到如薛智仁教授所判斷、接近「剝奪」之程度。

誠如蔡大法官彩貞亦於提問中提到，除參考聲請人所提出之數據外，

「亦有需相關領域專家之研究意見」。

因此，聲請人此前一再請求 鈞庭除聽取法律領域專家之意見外，亦應聽取兒少心理、發展、醫學相關領域之專家，確有本案問題之重要性與關聯性，並可與上述尤大法官伯祥、蔡大法官彩貞於說明會提問之意見相互呼應。

特別應指出者，如從薛智仁教授所提出，被害人請求國家追訴之權利，其認為應出於被害人人格權，如考慮兒少於人格發展時期遭受性暴力對待，對其整體人格培育都有長期的影響，則辨別此項影響的「重大性」，對於本件認識國家違反憲法兒少保護義務的可責性、與損害結果的嚴重程度，有密切之關聯性，而確有調查之必要。

參、本件所涉問題確有重大性，除擴大專家調查範圍外，並請求行言詞辯論：

聲請人以為，特就 鈞庭而言，本案真正的深水區問題，乃在於所有的聲請人能將案件提入 鈞庭審議，都面臨其個案必然用盡救濟途徑，也就是其個案之追訴時效原則上均經前程序認定「時效完成」。

因此，撇除規範上對於現行或個案行為當時所適用法規範是否違憲之檢討，及制度應如何朝合憲方向演進之決定，個案本身、其有效救濟之前提都建立在「必須推翻時效完成之效果」，亦即針對時效制度為（真正）溯及既往之處置，排除其個案時效完成之程序障礙，始能回復發動追訴程序，從而獲得實質有效救濟的困境。

此又因現行憲法訴訟法規定導致進一步之困難：依現行憲法訴訟法第62條規定、暨對應修正憲法訴訟法第59條之立法理由：「…憲法法庭如認人民之聲請有理由者，依本法第六十二條，應於判決主文宣告該

確定終局裁判違憲，廢棄發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。所對應者，或係不利確定終局裁判因適用違憲之法規範而違憲，或係所適用之法規範雖未違憲，惟該裁判解釋適用該法規範之見解違憲。不問何種情形，均以該不利之確定終局裁判違憲為必要。…」，現行憲法訴訟法於人民聲請有理由時，均需一律廢棄原判決，發回管轄法院之救濟，亦即不存在「單純法規範違憲宣告」之情形。

此造成本案技術上困境，即如經 鈞庭認定我國刑事追訴時效規範，從客觀法秩序面，確有違反實質法治國原則、平等原則與比例原則，對兒少受憲法保障的基本權即憲法第 16 條訴訟權或第 22 條人格權構成重大侵害或剝奪，因而宣告刑事追訴時效制度，於牴觸此判決意旨部分違憲，則必須處理國家因時效完成未能追訴加害人，以致違憲侵害聲請人等受害兒少，本於聲請人等公法上(違憲)結果除去請求權，請求國家排除違憲侵害的救濟問題。

否則如 鈞庭僅將本案刑法追訴時效之法規範宣告違憲，則廢棄原裁定發回後，受發回法院仍將依刑法施行法第 8-1 條規定，適用經宣告違憲之「一刀切」二十年時效規定，駁回聲請。不僅對聲請人而言形同「做功德」促進法秩序之合憲演進，繼續傷害聲請人；更有甚者，亦迫使法官繼續適用經 鈞庭宣告違憲之法律，為個案之違憲裁判。

本案就此部分，確有擴大調查範圍，並透過公開言詞辯論，喚醒公眾對問題之重視，從而於整體社會之範圍內，凝聚解決問題之共識：無論是可以接受此問題涉及國家重大公益，而容許於此極端例外之情況下，(真正)溯及既往以為救濟；又或者如范雲立委於記者會所建議，考慮到民事的時效也幾乎都完成的問題，或可仿我國其他轉型正義法

制，以特別委員會的形式，經一定的調查程序，對過去被害人之被害事實進行認定，並由國家給予一定之補償。

此種面向公眾之討論，亦 鈞庭就憲法問題召開言詞辯論，將憲法相關衝突的價值，面向公眾予以充分呈現，以喚醒公共意識、並藉由公眾討論凝聚社會共識，期能於自由民主憲政秩序內，求取最大共益的重要憲法機能所在。

肆、 刑事追訴時效制度於德國聯邦憲法法院向來見解，僅屬程序法性質、即阻斷國家發動追訴程序之程序障礙事由，然實體上不因追訴時效完成之時間經過，否定犯罪行為的可罰性、不法性與罪責，因而追訴時效之變更或延長，即不涉及德國基本法第103條第2項罪刑法定原則，而非絕對禁止溯及既往。倘依 鈞庭爭點提綱所示，由立法者依 鈞庭判決意旨，為除去本件違憲結果而為溯及既往之修法，縱有害於犯罪行為人不值憲法保護之信賴利益，然係基於維護重要憲法價值之重大公益目的所必要，仍可例外肯認尚與憲法不生牴觸：

一、 蔡大法官宗珍於說明會中提問：「追訴權時效完成後之憲法意義為何？」並連帶直指本件的核心困難問題，並與歷來先由立法者延長時效，並生不真正溯及既往的效果，嗣由憲法法院肯定其合憲性有所差異；本案係國家怠於檢討落後的時效制度，致使聲請人案件之時效完成後，由被害之聲請人，主張國家規範違憲侵害其基本權，除請求確認相關規範違憲外，並基於公法上（違憲）結果除去請求權，請求國家排除聲請人所遭受的違憲結果，以為救濟。

二、 然蔡大法官宗珍的接續提問以「德國通說追訴權時效完成後，即國家刑罰權消滅」詢問專家學者薛智仁教授部分，德國聯邦憲法法院與相應通說，於聲請人引用文獻、乃至薛智仁教授之文獻，業已有所表述，聲請人尊重蔡大法官之意見與見解，然由於此涉及追訴時效之變動於比較法上是否觸及罪刑法定原則，而受到絕對不得溯及既往之限制，

於本案聲請人救濟之取徑，有絕對之重要性，不得不加以明確指出供鈞庭參酌：

- (一) 聲請人前引述之學者林書楷撰寫「論追訴權時效之起算——從過失犯之爭議談起」一文即於文中指出：「從比較法的角度觀察，德國法院實務歷經多次演變，早期帝國法院採實體法觀點，之後改採實體法與程序法的混合觀點，但從帝國法院晚期即改採程序法觀點，之後包括聯邦最高法院與聯邦憲法法院也均延續採程序法觀點，並據此認為追訴權時效完成在本質上是一種程序障礙或訴訟障礙事由，這種程序法觀點也廣為德國學界所採納而成為具支配地位的多數說見解¹。」，即指出依其文獻爬梳，德國實務與學界之通說對追訴時效制度採程序法觀點，乃認為追訴時效完成僅是一種程序障礙或訴訟障礙事由。
- (二) 另薛智仁教授撰寫「刑事追訴時效之理論根據、法律性質及法律效果」一文直接指出：「德國文獻上一致主張，追訴時效完成屬於終局的訴訟障礙事由 (endgültiges Verfahrenshindernis)²。」其撰寫「溯及既往禁止與轉型正義——以東德邊境守衛射殺案為例」一文，針對刑事追訴時效規定在德國實務之定性，亦明確指出：「對於追訴時效規定是否適用德國基本法第 103 條第 2 項所包含之溯及既往禁止原則，德國聯邦憲法法院在 1969 年就以經確立一個基本原則：德國基本法第 103 條第 2 項係適用於一個行為的可罰性要件，其不僅禁止溯及既往地創設刑罰，也禁止溯及既往地加重刑罰。相對地，追訴時效規定僅在規範一個可罰的行為可被追訴的時間多長，追訴時效完成並不影響行為的可罰性，故追訴時效不適用德國基本法第 103 條第 2 項³。」【文件二五】，雖然薛智仁教授表示此非其個人見解，然依其介紹之德國文

¹ 林書楷，論追訴權時效之起算——從過失犯之爭議談起，台灣法學雜誌，394 期，頁 124 (2020 年)。

² 薛智仁，刑事追訴時效之理論根據、法律性質及法律效果，中研院法學期刊，第 12 期，頁 306 (2013 年)。

³ 薛智仁，溯及既往禁止與轉型正義——以東德邊境守衛射殺案為例，中研院法學期刊，第 25 期，頁 181-182 (2019 年)。

獻，追訴時效完成係訴訟障礙事由，僅因時間經過具有客觀性，不因其他條件變更而動搖，而使該訴訟障礙具有終局性，而德國聯邦憲法法院自 1969 年時效法所為之重要指標判決，業已確立，德國基本法第 103 條第 2 項即罪刑法定原則之射程，係適用於一個行為的可罰性要件，其不僅禁止溯及既往地創設刑罰，也禁止溯及既往地加重刑罰；然而追訴時效規定僅在規範一個可罰的行為可被追訴的時間多長，追訴時效完成並不影響行為的可罰性，故追訴時效不適用德國基本法第 103 條第 2 項，亦即不受罪刑法定原則下、絕對禁止溯及既往之保護，堪信為德國學說實務之通說。

- (三) 依上開學說對於追訴時效制度在德國法上定性之說明，追訴權時效完成本質上應僅為程序障礙事由，而不涉德國基本法第 103 條第 2 項罪刑法定之原則，應為德國聯邦憲法法院之一貫立場，無論學界對此有何批評，誠如到場之薛智仁教授個人學術立場亦不採此見解，柯耀程教授更是嚴厲批評德國法係「以幻象詮釋幻象」而嗤之以鼻，然此一觀點應為德國聯邦憲法法院採納之通說，並為多數德國學界之基本立場，應無疑義。

三、 聲請人亦勉為檢索相關德國聯邦憲法法院裁判見解，肯定聲請人所引用上述文獻之意見：

- (一) 作為確立德國聯邦憲法法院相關原則的關鍵裁判為 BVerfGE 25, 269 (1969-02-26, 2 BvL 15/68、2 BvL 23/68)【文件二六】，利用 AI 輔助理解德文意涵與全文要旨，聲請人以為，該判決指出：

1. **《基本法》第 103 條第 2 項**（罪刑法定原則）規定了行為可被宣告為具備刑事處罰性的前提要件。該規定禁止溯及既往地創設處罰，也禁止溯及既往地加重刑罰。此項規定保護的射程，是「行為當時是否違法」的信賴。
2. 時效規定（Verjährungsvorschriften）規範的是一項具備可罰性的行為「應在多久期間內被追訴」的追訴可能性（Verfolgbarkeit），然而時效

規定並不影響行為本身的可罰性（刑事責任）。因此，時效規定不受《基本法》第 103 條第 2 項「禁止溯及既往原則」之限制。既然時效屬於「程序上的追訴障礙」，而非定義犯罪行為本身的罪名或刑期。只要行為在「發生當時」就已經是犯罪，事後延長或取消追訴時間並不屬於「溯及既往的入罪化」。

3. 憲法法院承認「法治國原則」包含法律安定性與信賴保護，但這種保護並非絕對。被告對於「現行時效規定永遠不會被修改」的信賴，在面對所犯下嚴重的罪行時，必須讓位於「實現正義」的國家公義。
4. 因此立法者對於尚未屆滿的時效期間進行延長或取消，至少在涉及可處以無期徒刑（當時稱為終身重度監禁）之罪行時，既不違反法治國原則，亦不違反平等原則。

該案件雖然僅處理德國 1965 年為追訴納粹罪行之時效法案，但後續德國實際上又進行兩次時效之處理，其中 1969 年因時效法案停止計算之四年期間將屆，德國國會又立法將殺人罪時效由 20 年延長至 30 年，10 年後 1979 年因時效再次即將屆至，德國國會另立法廢除殺人罪時效。

雖然實質言之，該案因為時效法案明示僅針對時效未完成之案件，因而並未實際上處理「已經」時效完成之案件，也就是並未直接明示處理到本案所觸及、使已完成時效案件「復活」之（真正）溯及既往的問題。德國後續 1969、1979 兩次時效延長或因德國聯邦憲法法院未在得否真正溯及既往部分明確表態之故，都避免碰觸真正溯及既往的問題，而僅針對時效尚未完成案件延長或廢除時效。

然而聲請人以為，至少依據德國聯邦憲法法院對於刑事時效制度的程序法定性，應可認為立法者事後就時效為犯罪行為人不利益之變更，並未侵入罪刑法定原則之核心，而非絕對不許溯及既往，應可明白確認。

(二) 另可資參酌並有重要法理特徵的指標裁判者，為 1996 年邊界圍牆守衛案 (BVerfGE 95, 96, 1996-10-24, 2 BvR 1851, 1853, 1875, 1852/94; 中文譯名採用 鈞庭德國聯邦憲法法院裁判選輯中譯版本)

【文件二七】，該案最重要的爭點，乃兩德合一後，就原德意志民主共和國（即東德）圍牆守衛射殺穿越圍牆東德人民的行為，得否主張行為時有效的東德邊境法第 27 條第 2 項法定阻卻違法規定，而避免遭德意志聯邦共和國法院為有罪之判決，參照 鈞庭出版之中譯版本，裁判意旨指出：

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。

依照該裁判之意見，雖然裁判形式上表示罪刑法定原則直接適用於法定阻卻違法事由，且裁定對於此嚴格保護之射程是否及於不成文阻卻違法事由並未表示意見，但終局而言，德國聯邦憲法法院肯定下級審援用拉

德布魯赫（Radbruch）公式，拒絕適用對被告於行為時有效的法定阻卻違法事由的取徑，並指出行為人對於該阻卻違法事由的信賴，不受基本法第 103 條第 2 項的嚴格保障所及。

德國法院透過拒絕適用被告行為時形式上合法有效的阻卻違法事由，使形式上行為人行為時欠缺可罰性的行為，實質評價為裁判時可罰的行為；亦即實際上由司法者，以拒絕適用有利被告規範的方式，使整體法規範解釋適用，為不利於被告的真正溯及既往適用。學者薛智仁教授於其文獻中指稱此為「隱藏性之溯及既往」（前引文件二五），並認為此種法實踐使罪刑法定原則的絕對保護射程產生相對化的結果。

如不陷入學說上如何詮釋或調和的爭議，至少就實踐的結果而言，確實德國聯邦憲法法院的操作，可認係將罪刑法定原則所絕對保障的法律不溯及既往，建立在對於規範的信賴保護之上，如其信賴不值得憲法保護，如本案圍牆守衛所信賴之東德邊境法的阻卻違法事由暨其社會主義法治實踐環境，與聯邦基本法所示的憲法價值有所衝突，個人的信賴保護即不受憲法之嚴格保護，其信賴利益即應退讓於實質正義之後，而非不能溯及地予以不利益。

- （三）另近例中對應於 鈞庭 111 年憲判字第 18 號判決，所引用 2021 年德國聯邦憲法法院犯罪所得溯及沒收案（BVerfGE 156, 354 - 415, 2021-02-10, 2 BvL 8/19； 鈞庭 111 年憲判字第 18 號判決註 1）【文件二八】，卓值參照。

藉由 AI 輔助德文裁判意旨之理解，裁判指出：

1. 依據 2017 年 4 月 13 日改革法所規定之財產沒收（資產回收），並非受罪責原則（Schuldgrundsatz）限制之從刑（Nebenstrafe），而是一種具有類不當得利返還（kondiktionsähnlich）性質之獨立類型處分

(Maßnahme eigener Art)。(此乃承襲聯邦憲法法院判決 BVerfGE 110, 1 <13 ff.> 之見解)。

2. 《德國刑法施行法》(EGStGB) 第 316h 條第 1 句所規定之法律效果回溯(即「真正溯及既往」)，其審查基準並非《基本法》第 103 條第 2 項(刑法禁止溯及既往原則)，而應以(基於法治國原則之)一般性禁止溯及既往原則為準。於此情形下，該溯及既往屬於例外地允許(合憲)。

德國聯邦憲法法院認為移除犯罪不法利得並非一種「刑罰」，而僅是一種「財產上的秩序回復措施」，因此雖然相關規定允許就舊犯罪、乃至於犯罪追訴時效已經完成的犯罪，追繳犯罪所得，而構成真正的溯及既往(鈞庭多數意見認為僅為不真正溯及既往，在此兩國法院見解有所歧異)，然不受基本法第 103 條第 2 項罪刑法定原則絕對禁止溯及既往的嚴格保護，僅需符合法治國原則下一般性禁止溯及既往的原則，於符合比例原則的範圍內，例外可認為合憲。此亦引發德國學界，對於該裁判「實質真正溯及既往」的討論。

姑不論德國學界之爭議，聲請人較贊同 鈞庭 111 年憲判字第 18 號判決，呂大法官太郎、楊大法官惠欽與蔡大法官明誠所提出之意見，均認為沒收新制為一種「真正溯及既往」，實際上本件專家學者薛智仁教授，亦於其論著「犯罪所得沒收溯及既往之合憲性」【文件二九】，贊同實際上應評價為真正溯及既往較為合理。

然而如肯定沒收犯罪所得的「非刑罰性」，進而確認其並非罪刑法定原則下絕對不得溯及既往之射程，德國聯邦憲法法院與 鈞庭的操作路徑則類似：即為實現憲法保護的重大公益目的，而受不利益人民之信賴有不值得憲法保護的原因，由立法者於符合比例原則等實質法治國原則的範圍內，為溯及既往的規範形成；其差別在德國聯邦憲法法院認為乃真正

溯及既往，且肯認立法者可以制定真正溯及既往之規範而不違憲。

- (四) 另應區辨比較者，乃德國聯邦憲法法院 2023 年「不利於受無罪判決人之再審案」(BVerfGE 166, 359-419, 2023-10-31, 2 BvR 900/22；中文譯名採用 鈞庭德國聯邦憲法法院裁判選輯中譯版本)【文件三十】

該案涉及到過去因為 DNA 技術不發達，導致 1981 年少女謀殺案的被告因證據不足而無罪確定，後因 DNA 技術演進發現不利於被告之新證據，德國國會因而修法基於實質正義的理由，允許此種情形為受無罪判決確定人之不利益再審，對此，德國聯邦憲法法院裁判要旨指出：

1. 《基本法》第 103 條第 3 項規定之等同於基本權的權利，並不僅僅是「重複（多次）處罰之禁止（Mehrfachbestrafungsverbot）」而已，而是包含「重複（多次）追訴之禁止（Mehrfachverfolgungsverbot）」在內。受有罪判決之人與受無罪判決之人同受該權利之保護。
2. 當立法者創設將以重新追訴的再審法律要件時，上開權利也對立法者產生規範效力。
3. 《基本法》第 103 條第 3 項規定所確立的重複追訴之禁止，已作出法安定性優先於實質正義的決定。這個優先順位決定不允許經由與其他具有憲法地位之法益的權衡而相對化。是以，在此範圍內，立法者制定再審法律時並無立法形成餘地。
4. 《基本法》第 103 條第 3 項規定僅涉及已確定裁判之嚴格界定的信賴保護。該項規定僅保障經德國法院判決確定之個人，免於因同一犯行而後依普通刑事程序再次追訴。
5. 於此嚴格限定的保護範圍內，《基本法》第 103 條第 3 項並未概括地禁止不利於基本權利人之再審，但無論如何禁止以新事實或新證據方法為由之再審。
6. 受無罪判決人應該可以信賴，無罪判決確定力的破除，僅能基於無罪判

決確定力生效時點的法律狀態。一事不再理原則 (Der Grundsatz ne bis in idem) 承認對無罪判決的信賴值得保護，而《基本法》第 103 條第 3 項規定則賦予此種信賴保護具有憲法位階。

與本件追訴時效、乃至此前犯罪所得沒收不同的是，由於德國基本法第 103 條第 3 項明示將一事不再理提升為憲法位階，業明文確立確定判決的法安定性優越於實質正義之價值選擇，於此具體、特別之侷限範圍內，絕對、嚴格地限制立法者規範形成空間，因而基於受無罪判決人對無罪判決之信賴，受基本法 103 條第 3 項保護而具有憲法位階，無罪判決之確定力，僅得以確定時點的法律狀態加以破除。

四、 聲請人以為，專家學者柯耀程教授與關係機關法務部對於追訴時效採實體法觀點，並主張追訴權時效制度雖有不足但未至於違憲之論理，容有疑義：

(一) 專家學者柯耀程教授部分：

鑑定人柯耀程於民國(下同)115 年 3 月 2 日不公開說明會中之主張，並參考其書面意見，可認其主張略以：

鑑定人柯耀程認為基於國家刑罰主義，而由國家壟斷刑罰權的結果，為節制國家權力，而有相應追訴權時效制度，避免權力無限期不行使，而陷於無限期追訴之不安定狀態；其理由並參照民法消滅時效意在防止權利人怠於行使權利為基礎，推導出追訴權時效制度既在節制國家權力之不行使，就此應受時效節制之原因，採取可歸責概念，在立法上列入「國家知悉」之要件；然其於實然面自我國追訴時效的規範體系觀察，則認為屬於程序上的障礙事由，並認為我國的追訴時效規範體例，不僅混淆了程序法與實體法的概念，也削弱了節制國家刑罰權行使之實體上意義。

然而柯教授之意見，亦有混淆規範之「應然」與「實然」面的疑問。尤以柯教授對於規範是否有限制兒少行使權利、或使對兒少性犯罪不能被國家追訴的情況，一方面認為我國追訴時效規範並未類型化針對兒少被害人為特別的時效延長或時效停止的規範設計，此為規範上應有形式的規範欠缺與不足；另一方面，因我國追訴時效設計亦極為簡陋，無從依現有規定就兒少之特別情況，僅透過規範之解釋、補充解釋、乃至合憲性解釋等法釋義學方法，為合義務性、合目的性之漏洞填補，「恐均有未洽」。

柯教授並認為，在現行時效體例下，應考慮者乃是否將兒少之特殊性，作為時效停止之原因，理由應在於國家「怠於追訴」而受時效節制之可歸責性，建立在於被害人應有「知悉」及「具有得為訴請訴追之認知能力」之上，倘若被害人無從產生被害意識，乃至欠缺訴請訴追之能力，國家基於性犯罪隱密性之特性，即無從因知有犯罪嫌疑而發動追訴，更無從評價為「怠於」追訴！從而國家未能及時追訴而受時效制度節制之「可歸責性」，即因被害人與犯罪類型之特殊性而減輕乃至於不存在。

柯教授之「恐均有未洽」與「特別立法」之建議，正指出兒少與性犯罪呈現類型化、具體化的特殊性與困境，以及現行追訴時效規範不能因應此困境，違反前引司法院釋字第 664 號解釋指出、國家對兒少之特別保護義務，而對於兒少形成不公平的差別待遇，以及對我國有別於其他各國，由釋憲實務確立的，被害人受憲法第 16 條訴訟權保護的、請求國家追訴犯罪之權利，為實質重大之限制。

究其真意，似應理解為，問題並不在於本件原因案件所適用對兒少性犯罪之追訴時效所適用修正前刑法第 80 條規定所適用時效為二十年、

或現行法三十年是否違憲的問題，而是將刑法第 80 條作為刑事追訴時效整體制度綜合評價，我國追訴時效制度是否過於粗略簡陋，未能基於類型化特殊事由，相應制定「必要」之時效延長、停止時效等機制，是否有規範密度不足之欠缺，而得以此評價為違憲的問題。

至爭點三部分，柯耀程教授所稱基於「法定原則」，較接近於司法院釋字第 574 號解釋、許大法官玉秀部分協同意見書所闡釋「法定原則與法安定性、信賴保護與不溯及既往原則之關係」，然並未區別許大法官玉秀所引介：「德國學理上將不溯既往原則分成三個等級，第一個等級是刑法上罪刑法定原則所衍生的絕對不溯既往原則，第二和第三個等級是適用於刑法以外其他法律領域的真正與不真正溯及既往原則。第一個等級的不溯及既往沒有例外；第二個等級的真正溯及既往所針對的是新法生效前已取得的權益，原則上違憲，例外合憲，例如新法原本在預料之中、舊法因違憲溯及失效而由新法取代、舊法不明確而無法形成信賴、事件輕微或技術性程序法而非有基本保障功能之程序法，以及為排除立法漏洞補救公益之迫切需要等等；第三個等級的不真正溯及既往所針對的是自新法生效前持續存在至新法生效時的既得權益事實，如逕行適用新法，原則上合憲，例外違憲，例如對個人信賴的保護高於法律的公益目的，判斷依據包括：對於新法所生的負擔是否因為所保護的信賴正好是法律的持續有效而無評估義務、受衝擊的法益種類、新負擔的嚴重程度等等。」，而應區分究竟追訴時效完成的效果，是否已經涉入罪刑法定原則，而區別其溯及既往的類型。

固然就柯教授之見解，追訴時效之目的在「節制國家刑罰權」，似偏向實體與程序混合的概念；然聲請人以為，德國聯邦憲法法院所提出之追訴時效的闡釋、亦學說實務反覆引用之金句即：

「Verjährungsvorschriften regeln nur die Verfolgbarkeit der

Tat und lassen Strafbarkeit, Unrecht und Schuld unberührt. (時效規定只規範犯罪是否可以被追訴，並不影響犯罪的可罰性、不法性與罪責。)」，於此具有特別重要概念區別之作用。

蓋此定性，明確了追訴時效與時效完成的效果僅僅是一種「程序性的追訴障礙」，即使從結果的外觀上來看，因為國家因追訴時效完成所生程序障礙、致不能發動追訴程序，基於憲法第8條正當法律程序原則與無罪推定原則，國家的刑罰權亦不能於未經法院有罪定讞前率予行使，其結果導致程序上的時效障礙，自結果的外觀上，猶如刑罰權之（終局）消滅，並無二致。

此即顯示德國聯邦憲法法院上開闡釋所確立的區辨實益，然而正是因為追訴時效僅是程序性的障礙而不影響犯罪的可罰性、不法性與罪責，因而並不涉入「罪刑法定原則」，蓋該原則之射程範圍，僅在於決定「罪」即犯罪成立之構成要件與「刑」即相應罪名的刑罰而言，因而追訴時效既不涉入罪刑法定原則，即可例外地溯及既往，不受罪刑法定原則下、絕對不溯及既往之保護。

制度上可以舉例類比但有所不同的是，民法與行政程序法對於請求權時效完成，採取不同的法律效果，民法採「抗辯權發生說」，而行政程序法採「權利減卻說」，從抗辯權行使的結果來看，二者外觀上都有權利人終局的不能行使權利的效果，然而實質卻有差異。權利減卻的效果是當然的、終局的使權利歸於消滅，無從復活；然而抗辯權可以被債務人拋棄，且債務人行使抗辯權時，須受到民法上誠信原則、權利濫用等更高階的法律原則之限制。

此正可呼應聲請人立場：「犯罪因時間經過難以追訴」是一個尚有討論

價值的信賴；但「犯罪不用受處罰」則嚴重牴觸我國「公正應報」之憲法價值、社會民情與歷史經驗，不是值得憲法保護的信賴。

申言之者，憲法上的「可刑罰性」乃基於憲法上之罪責原則而來（司法院釋字第 775 號解釋參照），行為人因犯罪所獲「罪責」既不因時效消滅而受影響，則憲法上的可刑罰性，亦僅因正當法律程序原則，受到程序性的障礙而不能發動，而非對於「犯罪應受之懲罰」，產生實體性、根本性的動搖。

柯教授於說明會中反覆強調「歷史與國情」等因素，似有意呼應德國學說對德國國會相關時效立法與德國聯邦憲法法院上開裁判意旨之批評：即均為處理納粹犯罪，所為政策性立法，與為此種立法撐出合憲空間所為之特別詮釋。然我國亦面臨嚴峻的轉型正義問題，鈞庭在相關轉型正義的案件中，如聲請人所引述相關裁判與解釋，亦肯定溯及既往的合憲性，與救濟之必要性。

遑論如聲請人所指出，我國有高度注重「公正應報」之社會通念，並經鈞庭 113 年憲判字第 8 號判決所肯認，並為我國存置死刑之重要原因，於高舉「應報」、偏向純粹刑罰理論的環境下，如不許法安定性之價值於重大實質正義的公益目的下稍作退讓，而謂罪刑法定、憲法絕對禁止，顯然有悖於國民正當法律情感，而不能如柯教授所謂，以時效制度乃本於各國國情或歷史加以正當化。

聲請人對此應補充指出，雖然多數有關溯及既往的效果，都是立法者制定相關規範後，由鈞庭進行解釋，且並肯定此種「由立法者制定溯及既往規範」之體例不違憲；聲請人於說明會中，亦贊同「基於鈞庭爭點提綱所提示之、司法者與立法者協力」之救濟路徑。尤以在尊

重立法者有一定形成空間、而由憲法解釋與憲法訴訟實務創設之「違憲限期修法」或「立法不作為」之違憲類型（如司法院釋字第 748 號解釋、鈞庭 115 年憲判字第 2 號判決），先由司法確認違憲狀態，並指示得由立法者接力完成相關法律制定或修正必要之程序，或附加或未附加限期失效或修正完成前或屆期未完成修正之法律效果，亦可認我國憲法解釋或憲法訴訟實務，為憲政秩序回復方法選擇之常例，要難認為憲法所不許。

然如鈞庭 112 年憲判字第 1 號判決，黃大法官昭元提出、許大法官志雄加入、楊大法官惠欽加入之部分不同意見書第 17 段至第 21 段指出，該判決主文第二項救濟方法，雖處理上容有缺憾，然實質上是一種全面溯及至祭祀公業成立的救濟教示，由此以觀，司法者亦非不可有限度地處理裁判可能發生溯及效力的問題。

尤其所有的個案救濟教示，實際上都是由司法者針對過去形式上確定之裁判破除其確定力使個案復活的結果。換言之，於個案救濟的部分，越偏向個案，越需要由司法者來加以做救濟教示上的（溯及）指引，越接近通案，則可能會需要加入立法者在整體政策呼應上的共同背書。此涉及薛智仁教授反對溯及既往所持「權力分立」之見解，亦與蔡大法官宗珍於其個人學術文獻中反覆指出、溯及既往對立法者與司法者的規範效力有所差異有關。

聲請人以為，憲法權力既有分立制衡，也有相互協力；如同由行政權或總統提名，並需經國會同意的人事爭議中，司法院釋字第 632 號解釋即特別指出：「故確保監察院實質存續與正常運行，應屬所有憲法機關無可旁貸之職責。為使監察院之職權得以不間斷行使，總統於當屆監察院院長、副院長及監察委員任期屆滿前，應適時提名繼任人選咨

請立法院同意，立法院亦應適時行使同意權，以維繫監察院之正常運行。總統如消極不為提名，或立法院消極不行使同意權，致監察院無從行使職權、發揮功能，國家憲政制度之完整因而遭受破壞，自為憲法所不許。」，此已明確指出，各憲法權力均有其權力範圍與職責，任一憲法機關都負憲法機關忠誠義務，並基此與其他憲法機關積極互動、協力。雖然並不是指任一憲法權力只能「配合」或「服從」另一憲法權力，而不能在各自權力領域內「分立」並「制衡」，甚至作為政治手段相互傾軋，但至少應該承認不同憲法權力間，應有溝通對話、相互協力的可能性與必要性，才是健康進步的憲政常態。

聲請人固然因尊重爭點提綱所示，均遵循 鈞庭提示之救濟路徑表示意見，然聲請人本於前述「所有憲法機關應於各自權力領域內與其他憲法機關積極協作」的觀點以為，在本件未來我國時效制度應如何改正，並就此可能涉及通案性、制度性溯及既往的部分，確有容留尊重立法者具體規範形成權的空間；然對於制度現狀是否為憲法所許，制度如何發展較合乎憲法原則（而不致輕易被再度宣告違憲），乃至個案救濟應遵循如何之合憲取徑，甚至如何例外、個別准許特定個案救濟，則更傾向司法權對憲法之權威性解釋，乃至個案裁判之核心權力作用。

倘若 鈞庭是就司法權權力行使範圍內，以判決對立法者即其他憲法機關進行「合憲憲法行為」之敦促與建議，並最終達成與立法權共同協力對本案相關規範的違憲狀態、與聲請人等所遭受的違憲結果，完成合憲性的改正與救濟，參按司法院釋字第 748 號解釋、我國司法院釋字第 748 號解釋施行法所採取，且該案也給予了屆期未能立法的效果之憲政前案路徑，可認並不牴觸憲法權力分立原則，並為一種積極的「憲法協力」之典範：於蔡大法官宗珍提出司法者與立法者功能、立場與限制不同的條件下，各自依憲法機關忠誠各司其職所進行的

「積極憲法對話」與協力，此種「協力模式」，亦顯然不存在薛智仁教授所謂、違反權力分立的瑕疵。

非洲有諺：「養育一個小孩需要全村的力量」(It takes a whole village to raise a child)，拯救被害的兒少，匡正憲法的秩序，除去違憲的結果，亦不是只靠聲請人與代理人乃至大法官，更可以由所有的憲法機關共同協力，守護憲法的價值。

(二) 法務部之論理實有顯然瑕疵：

法務部於民國（下同）115 年 3 月 2 日不公開說明會中，一方面主張追訴權時效制度之立法目的為，具程序法性質之督促國家機關及時追訴犯罪，一方面主張追訴權時效制度屬實體的規範屬性，亦存有內在矛盾自不待言。

尤以關係機關法務部提出、經行政院院會通過，增訂刑法第 80 條第 3 項修正草案【文件三一】之增訂理由：「追訴權時效制度目的除考量法秩序之安定性外，同時亦在督促執法機關善盡訴追義務。然性侵害犯罪本質具有隱密性，被害人案發時如其身心發展尚未成熟，可能因受害造成之心理創傷、因未能充分理解可得行使之法律上權利，或因與加害人間權力不對等，使其未能及時尋求社會資源之救助，迨被害人欲尋求法律救濟時，卻因追訴權時效屆滿而無從透過刑事司法實現正義，爰參考奧地利刑法第五十七條、第五十八條第三項第三款、日本刑事訴訟法第二百五十條有關對性侵害犯罪於被害人年滿一定年齡前不計入追訴權時效之立法例，予以明定。」等語可知，我國現行時效制度規範簡陋且密度顯有不足、且對兒少性侵害被害人產生系統性、結構性的不平等與請求訴追之重大限制，綜觀比較他國立法體例已有明顯落後之情形。

縱然法務部於說明會上主張，我國法制上已有強化未成年人表意之配套措施，然不論依聲請人先前指出，性侵害未成年人被害者於受害後之處境及態樣，或性侵害未成年人被害者須一定時期始得揭露犯罪之實證研究，皆可見性侵害未成年人受害後，仍有眾多因素妨害偵查機關知悉犯罪嫌疑從而據以發動偵查，使得現行制度中強化未成年人表意之配套措施，實無法回應性侵害未成年人被害者之困境，且依法務部上開公開文書，其顯然承認規範上確有違憲之疑義，卻仍於說明會上矢口否認，實令人深感遺憾。

另關於法務部主張，我國追訴權時效完成規定於刑事訴訟法第 302 條具實體性質的免訴判決事由中，基於追訴權時效完成後，法院應為免訴判決之法律效果，追訴權時效應具有實體法性質云云。

實則，本件專家學者薛智仁教授，於其提出 鈞庭之專家諮詢意見書已明確指出：「追訴權時效完成係法定訴訟障礙事由，檢察官與法院應在刑事程序中隨時依職權調查追訴權時效是否完成，在系爭犯罪的追訴權時效完成時，檢察官應為不起訴處分（刑事訴訟法第 252 條第 2 款），法院應諭知免訴判決（刑事訴訟法第 302 條第 2 款）。」即否定了法務部以追訴權時效完成後，法院應為免訴判決之法律效果，推論追訴權時效具有實體法性質之論調。

另學者楊雲驊撰寫「刑事妥速審判法內『無罪判決』之意義與法律效果——最高法院一〇三年度台上字第二二九六與四一〇四號判決評釋」一文明確指出刑事訴訟法第 302 條第 1 款應為免訴判決之事由，在德國法上屬刑事追訴程序障礙事由，楊文之論述如下：「德國憲法審判實務及學說上幾乎一致認為，依德國基本法第一〇三條第三項規定之規範目的解釋，該項規定應作為刑事追訴程序障礙的理由。此一刑

事追訴程序障礙事由，可以阻止個人就『同一事實』重新遭到揭露，或因刑事追訴程序而引起恐懼。基於此一規範目的，同時也要求國家發動刑事追訴程序之前，必須確定就同一事實並無確定刑事判決存在。我國刑事訴訟法分別在偵查以及審判階段均對此明定應為不起訴處分或免訴判決（刑事訴訟法第 252 條第 1 款及第 302 條第 1 款），若當事人就已確定之犯罪事實提起上訴，則應為上訴不合法而駁回上訴，避免再開啟上訴程序而損害一事不再理原則⁴。」【文件三二】由此可證，免訴判決之法律效果實難推論追訴權時效具有實體法性質，法務部上開論點實難成立。

五、 追訴時效僅是程序性的障礙而不影響犯罪的可罰性、不法性與罪責，因而並不涉入「罪刑法定原則」，不受罪刑法定原則下，絕對不溯及既往之保護。在此脈絡下，倘立法者依 鈞庭判決意旨，為除去本件違憲結果而為溯及既往之修法，或 鈞庭特別為個案救濟之教示，縱有害於犯罪行為人不值憲法保護之信賴利益，然係基於維護重要憲法價值之重大公益目的所必要，仍可例外肯認尚與憲法不生牴觸：

（一）依本件專家學者薛智仁教授，於其提出 鈞庭之專家諮詢意見書，倘立法者依 鈞庭判決意旨，為除去本件違憲結果而為溯及既往之修法所追求之公共利益為，確保未成年性侵被害人請求司法機關追訴加害人的權利，此一權利具有滿足其撫慰利益功能，得以維護與人性尊嚴緊密相關的一般人格權，尤其在未成年人性侵案件中，被害人通常承受長期的精神痛苦，其請求國家確認遭受不法侵害的撫慰利益自屬重大。

⁴ 楊雲驊，刑事妥速審判法內「無罪判決」之意義與法律效果——最高法院一〇三年度台上字第二二九六與四一〇四號判決評釋，32 期，頁 52（2015 年）。

薛教授以此，認為如對於時效未完成的案件為（不真正）溯及既往之立法，確可認為所保護、追求之公共利益確屬重大，足以優越於犯罪行為人之信賴，而得如提綱所示，由立法者制定溯及既往之規範。

但薛教授進一步認為，如欲「復活」已時效完成的案件，則不具備重大之公益或法秩序重大背離等情況，反對為（真正）溯及既往。

- （二）然聲請人認為，系爭規定未考量未成年性侵被害人的告訴能力限制，使部分未成年性侵被害人在回復自由決定提出告訴的能力之前，性侵犯罪的追訴權時效已經完成，致未成年性侵被害人因此訴訟障礙，而無法請求偵查機關追訴犯罪。

此忽略未成年性侵被害人困境之系爭規定，進而因追訴權時效完成而否定未成年性侵被害人請求偵查機關追訴犯罪之情，自聲請人角度觀之，實有苛責聲請人們「太晚揭露犯罪」之效果，同時再製社會輿論中對於性侵害被害人「如果被性侵為什麼不早點講？」、「為什麼不求助？不報警？」等苛責，進而損及聲請人等與人性尊嚴緊密相關的一般人格權。

循此，國家機關未能給予勇於爭取權益之被害人救濟之機會，釋憲機關及立法者，實係併同聲請人們所經歷聲請釋憲前之司法程序，一再否定聲請人們太晚揭露犯罪。在此觀察下，如反對溯及既往之救濟，對薛教授所持性犯罪對被害兒少「人格權」的傷害，毋寧是窮國家機器之力，對被害兒少已經被傷害的人格權「二度傷害」，如同將結痂的傷口撕開再用鹽水澆灌，與酷刑無異。

因此聲請人以為，倘立法者為除去本件違憲結果並為溯及既往之修法，或鈞庭為獎勵個案聲請對憲法之貢獻而例外為個案之特別救濟，實

係解免上開忽視性犯罪被害人困境之制度，對於性犯罪被害人之苛責，進而維護性犯罪被害人人格權與人性尊嚴，也是國家為排除對兒少顯然不公之違憲狀態、與被害風險實現，被害兒少向國家請求除去違憲結果，客觀憲法秩序之匡正與救濟所必要。

此等重要考量未為薛智仁教授所思及，實不得不令聲請人感到遺憾。

- (三) 又追訴時效僅是程序性的障礙而不影響犯罪的可罰性、不法性與罪責，因而並不涉入「罪刑法定原則」，不受罪刑法定原則下，絕對不溯及既往之保護已如前述。

又兒少性犯罪之行為人，本身於犯罪實體上即利用兒少之脆弱性、易受侵害的特質，而得以輕易遂行被認為惡性重大之性犯罪，倘更進一步得使兒少性犯罪之行為人，利用兒少「無知」且「無能」之困境，坐享時效利益，亦形成從程序到實體對兒少的全面剝削。此種「信賴」在此基礎上，更有不值得憲法保護之原因。

聲請人以為，加害人對於「成功掩飾犯罪直至時效完成」的信賴，本質上即是對法秩序的持續破壞，此種奠基於剝削兒少脆弱性的信賴利益，在實質法治國與轉型正義的權衡下，其憲法保護價值為零。

倘立法者依 鈞庭判決意旨，或 鈞庭為獎勵個案聲請而維護憲法秩序之貢獻，為除去本件違憲結果而為溯及既往之修法或個案救濟教示所追求之公益，即上開維護性犯罪被害人與人性尊嚴緊密相關的一般人格權，自優越於犯罪行為人不值憲法保護之信賴利益，自未違反法律不溯及既往原則。

附屬文件之名稱及其件數

文件 編號	文件名稱或內容	備註
25	薛智仁論文：〈溯及既往禁止與轉型正義——以東德邊境守衛射殺案為例〉	
26	BVerfGE 25, 269 (1969-02-26, 2 BvL 15/68、2 BvL 23/68)	
27	吳志光譯：〈「邊界圍牆守衛案」裁定〉	
28	BVerfGE 156, 354 – 415, 2021-02-10, 2 BvL 8/19	
29	薛智仁論文：〈犯罪所得沒收溯及既往之合憲性〉	
30	林鈺雄譯：〈不利於受無罪判決人之再審案〉	
31	法務部提出、經行政院院會通過，增訂刑法第 80 條第 3 項修正草案公告	
32	楊雲驊論文：〈刑事妥速審判法內「無罪判決」之意義與法律效果——最高法院一〇三年度台上字第二二九六與四一〇四號判決評釋〉	

憲法法庭公鑒

中 華 民 國 1 1 5 年 0 3 月 1 1 日

具狀人 乙

撰狀人 邱顯智律師

劉繼蔚律師

黃守鵬律師

「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 1980 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，經由委員會秘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：「合目的性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被一般性地排除在基本法第 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 定律援引超實證法(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證法得出。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。殺害者遺孀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. 1, 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。刑法之禁止溯及既往原則係絕對的(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 項規定保障具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此一問題之看法，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

不利於受無罪判決人之再審案¹

德國聯邦憲法法院 2023 年 10 月 31 日第二庭判決
- 2 BvR 900/22 -
BVerGE 166, 359-419

林鈺雄 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

- A. 系爭規範、案例事實與程序踐行
- B. 程序是否合法
- C. 實體有無理由
- D. 裁判結論及訴訟費用
- E. 評議票數

關鍵詞

一事不再理原則（Der Grundsatz ne bis in idem）

重複處罰之禁止（Mehrfachbestrafungsverbot）

重複追訴之禁止（Mehrfachverfolgungsverbot）

再審（Wiederaufnahme）

信賴保護（Vertrauensschutz）

禁止溯及效力（Rückwirkungsverbot）

¹ 本篇係綜整節譯。

裁判要旨

1. 《基本法》第103條第3項規定之等同於基本權的權利，並非僅僅是「重複（多次）處罰之禁止（Mehrfachbestrafungsverbot）」而已，而是包含「重複（多次）追訴之禁止（Mehrfachverfolgungsverbot）」在內，受有罪判決之人與受無罪判決之人同受該權利之保護。
2. 當立法者創設得以重新追訴的再審法律要件時，上開權利也對立法者產生規範效力。
3. 《基本法》第103條第3項規定所確立的重複追訴之禁止，已作出法安定性應優先於實質正義的決定。這個優先順位決定不允許經由與其他具有憲法位階之法益的權衡而相對化。是以，在此範圍內，立法者制定再審法律時並無立法形成餘地。
4. 《基本法》第103條第3項規定僅涉及已確定裁判之嚴格界定的信賴保護。該項規定僅保護經德國法院刑事判決確定之個人，免於因同一犯行而被依普通刑法再次追訴。
5. 於此嚴格限定的保護範圍內，《基本法》第103條第3項並未概括地禁止不利益於基本權利人之再審，但無論如何禁止以新事實或新證據方法為由之再審。
6. 受無罪判決人應該可以信賴，無罪判決確定力的破除，僅能基於無罪判決確定力生效時點的法律狀態。一事不再理原則（Der Grundsatz ne bis in idem）承認對無罪判決的信賴值得保護，而《基本法》第103條第3項規定則賦予此種信賴保護具有憲法位階。

案 由

聯邦憲法法院以人民之名，於某先生的憲法訴訟中，由 Schwenn Kruse Georg 律師擔任代理人，

1. 直接針對
 - a) 2022年4月20日的 Celle 高等法院裁定 - 2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22 - ,
 - b) 2022年2月25日的 Verden 地方法院裁定 - 1 Ks 148 Js 1066/22 (102/22) -
2. 間接針對

《刑事訴訟法（StPO）》第362條第5款及聲請核發暫時處分，聯邦憲法法院——第二庭——在副院長König法官，Müller、Kessal-Wulf、Maidowski、Langenfeld、Wallrabenstein、Fetzer及Offenloch法官的參與下，根據2023年5月24日的言詞審理，作成本件聲請有理由之判決。

裁判主文

1. 依照2021年12月21日《建立實質正義法（Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit）——擴大不利於受有罪判決人之再審可能性及修正民事時效法案——》（《聯邦法律公報》，第1卷，第5252頁）而修正的《刑事訴訟法》第362條第5款規定，不符合《基本法》第103條第3項規定保障意旨，也與憲法的信賴保護原則（《基本法》第20條第3項規定）牴觸且無效。
2. 2022年4月20日的Celle高等法院裁定 - 2 Ws 62/22，2 Ws 86/22 - 以及2022年2月25日的Verden地方法院裁定 - 1 Ks 148 Js 1066/22(102/22) - 侵害了聲請人基於《基本法》第103條第3項規定等同於基本權的權利，也牴觸憲法的信賴保護原則（《基本法》第20條第3項規定）。系爭裁定撤銷。本案發回Verden地方法院。
3. 2022年7月14日的暫時處分，前於2023年6月16日由本庭裁定再次確認，現已失其標的。
4. 德意志聯邦共和國與下薩克森邦，應依相同比例向聲請人償還憲法訴訟程序及聲請核發暫時處分的訴訟費用。

理 由

[1] 本件憲法訴訟涉及以下問題：以（發現）新事實或新證據方法為由，不利於受無罪確定判決人之再審刑事程序，是否符合《基本法》第103條第3項規定之保障意旨，以及新（再審）規定可否溯及適用。（譯按：以下節譯）。

A. (譯按：系爭規範、案例事實²與程序踐行)

A. I.

(譯按：系爭規範：立法經過、立法理由、人權公約、歐洲與比較法制)

[2]1. 關於對被告不利的再審，規定於《刑事訴訟法》第362條。根據2021年12月21日的《建立實質正義法——擴大不利於受有罪判決人之再審可能性及修正民事時效法案——》(《聯邦法律公報》，第1卷，第5252頁)，本條規定新增修了一種案例類型，其規定如下：

《刑事訴訟法》第362條為受有罪判決者不利益之再審：

下列情形，為被告之不利益，得對經由確定判決所終結之程序聲請再審：

1. 審判期中，為被告之利益作為真實證書出示之證書，係偽造或變造；

² 譯註：本件憲法訴訟相關案例事實，於裁判理由A.中有篇幅頗長的說明。為使讀者能夠掌握事實綱要與來龍去脈，以下參考憲法法院裁判出爐後，德國相關報導，簡化後歸納如下：

1981年，當時年僅17歲的高校生Frederike von Möhlmann，其屍體在Celle附近被發現，她被強制性交及謀殺。某個嫌疑人(即本件憲法訴訟聲請人)很快被逮捕，隨後被起訴，雖曾被判有罪，但隨後於1983年被宣判無罪，判決確定；當時並無DNA檢驗技術。30年後，2012年基於對該案跡證的一次DNA分析結果，出現了新證據，對被無罪釋放的該嫌疑人極其不利。然而，由於先前的無罪判決已經確定，依照當時德國刑事訴訟法，雖有推翻確定判決的「不利益被告之再審」規定(§ 362 StPO a.F.)，但並不包含「(發現)新事實或新證據方法」的情形，因此本案縱使發現DNA新證據而嚴重指涉該嫌疑人犯案，但依法根本不可能再審。

已故的受害者父親不願接受這個結果。他為了改變法律而奮鬥多年並取得成果：2021年，當時由CDU/CSU及SPD等政黨聯合執政的大聯合內閣(die Große Koalition)主導修法，對於諸如謀殺罪或戰爭罪等嚴重罪行，如果發現新事實或新證據方法，縱使同一案件先前已有無罪確定判決，仍然可以提起再審，重新審判(§ 362 Nr. 5 StPO n.F.)。新法施行後，該管檢察官為被告之不利益，向管轄法院聲請再審，並經法院裁定准予再審。對此，被告提起本件憲法訴訟，指摘法院裁定及新法規定違憲。報導參tagesschau, BVerfG-Urteil zur Strafverfolgung: Reform kassiert, Angehörige enttäuscht (Stand: 31.10.2023 13:52 Uhr) : <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/bundesverfassungsgericht-Stafverfahren-100.html> (最後瀏覽日：2024年3月18日)。

2. 證人或鑑定人在提供對被告有利之證言或鑑定意見時，故意或過失違反宣誓義務，或有責地故意作出虛偽而未經宣誓之陳述；
3. 參與判決之法官或參審員，違犯與案件有關之違反職務義務之可罰行為；
4. 經宣判為無罪之人，在法庭中或法庭外就犯罪作出可信之自白時；
5. 提出之新事實或新證據方法，單獨或與先前提出之證據相結合，構成重大理由足認經宣判為無罪之人，應因謀殺（《刑法典》第211條）、種族滅絕（《國際刑事法典》第6條第1項）、反人類罪行（《國際刑事法典》第7條第1項第1款和第2款）或針對個人的戰爭罪行（《國際刑事法典》第8條第1項第1款）而被判有罪。

[3]2. 以上《刑事訴訟法》第362條前4款再審理由及其版本，可以回溯至1877年2月1日的《帝國刑事訴訟法》（RGBI，第253頁以下）。

[4-11]（略）

[12]3. 在增訂《刑事訴訟法》第362條第5款之前，曾有數次經由個案觸發的改革嘗試。（譯按：1993年、1996年、2009年皆曾提出草案，參見理由3.a）及b），下略）。

[13-14]（略）

[15]c) 經由2021年12月21日《建立實質正義法》而新增的《刑事訴訟法》第362條第5款規定，也是基於一個特殊案例——即本訴訟案中的案件（參見BVerfGE 162, 358〈第361頁，邊碼第7段〉——為受無罪判決人不利益之再審）——而促成。在立法理由中（參見BT Drucks 19/30399，第9頁以下）也提到：一個已被證實為謀殺罪嫌或觸犯《國際刑事法典》所列犯罪之不當無罪判決，其對法和平性及人民正義感的影響程度，並不亞於對無辜者的有罪判決。單單一個案件的無罪判決——例如連環殺手的情況——如果事後基於新科技偵查手段而證實該無罪判決是錯誤的，就可能嚴重破壞（人民）對法和平性和刑事司法的信任。這也正是Frederike von Möhlmann被謀殺案的情

形，它促成了一項要求改革再審程序的請願，有將近18萬人連署了這份請願書。

[16]4. 根據德國聯邦統計局（Statistisches Bundesamt）的統計數據，2020年於地方法院終結的13,819件刑事案件中，有19件是為被告不利益而聲請再審（德國聯邦統計局，專題系列10，第2.3序列，2020年，第62頁）。

[17]（略）

[18]5. 在《歐洲人權公約》第7號附加議定書的第4條（Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention）³，確立了一事不再理原則，該原則適用於一個國家內的刑事程序，而不適用於不同國家之間的刑事程序（參見歐洲人權法院，Amrollahi v. Denmark，2001年6月28日判決，案號56811/00，§1；Trabelsi v. Belgium，2014年9月4日判決，案號140/10，§164）。根據同條第2項規定，如果存在新的或新發現的事實，或者前一次的程序存在影響案件結果的嚴重瑕疵的話，不排除根據相關國家的法律和刑事程序法開啟再審的可能性。根據1966年12月19日《公民和政治權利國際公約》（《聯邦法律公報》，1973年，第2卷，第1553頁）第14條第7項規定，任何人不應因已根據一國法律和刑事程序法被判有罪或無罪確定的刑事犯行，在該國再次受到追訴或處罰。《國際刑事法院羅馬規約》（Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofes）（《聯邦法律公報》，2002年，第1卷，第2144頁）第20條規定⁴，對於在國際刑事

³ 譯註：《歐洲人權公約》第7號附加議定書第4條不得因同一犯罪事實而受兩次審判或處罰的權利（譯按：依照公約德文版翻譯）：

- I. 任何人不應因已根據一國法律和刑事程序被宣判無罪或有罪確定的犯行，在同一國家的刑事訴訟中再次被追訴或處罰。
- II. 若有新事實或新發現的事實，或先前訴訟程序有影響判決結果的嚴重瑕疵，前項規定不排除依照相關國家的法律和刑事訴訟法而再審此案。
- III. 締約方不得根據公約第15條採取克減本條的措施。

⁴ 譯註：《國際刑事法院羅馬規約》第20條（一事不再理）：

- I. 除本規約規定的情況外，本法院不得就本法院已經據以判定某人有罪或無罪的行為審判該人。
- II. 對於第5條所述犯罪，已經被本法院判定有罪或無罪的人，不得因該犯罪再由

法院審理或將要審理的案件，提供了免於受重複刑事追訴的保障。

[19]就歐洲聯盟而言，《申根施行公約》第54條⁵（1990年6月19日頒布，《歐洲聯盟公報》，編號L 239，2000年9月22日，第19頁；最近由2018年11月28日的EU第2018/1861號修改法令修改，《歐洲聯盟公報》，編號L 312，2018年12月7日第14頁；以下簡稱SDÜ）的雙重處罰禁止（Doppelbestrafungsverbot）具有跨國效力。此外，該禁止也確立在《歐洲聯盟基本權利憲章（Grundrechtecharta der Europäischen Union）》第50條⁶，該條禁止對於已在聯盟內因某項犯罪被判有罪或無罪確定的個人，再次進行追訴或處罰（參見歐洲法院判決，2013年2月26日，Åkerberg Fransson案，案號：C-617/10，EU:C:2013:105，邊碼第33段及第34段；2014年6月5日判決，M案，案號：C-398/12，EU:C:2014:1057，邊碼第35段；2022年10月28日判決，PPU案，案號：C-435/22，EU:C:2022:852，邊碼第64段以下；2022年5月19日德國聯邦憲法法院第二庭第一分庭裁定，案號：2 BvR 1110/21，邊碼第40段以下）。

[20]6.關於（歐洲各國）一事不再理原則和刑事再審程序的法律狀態，德國聯邦憲法法院向「以法治促進民主委員會」（威尼斯委員

另一法院審判。

III.對於第6條、第7條、第8條或第8條之1所列的行為，已經由另一法院審判的人，不得因同一行為受本法院審判，除非該另一法院的訴訟程序有下列情形之一（由2013年5月8日修訂替換）：

- 1.是為了包庇有關的人，使其免負本法院管轄權內的犯罪的刑事責任；或
- 2.沒有依照國際法承認的正當程序原則，以獨立或公正的方式進行，而且根據實際情況，採用的方式不符合將有關的人繩之以法的目的。

⁵ 譯註：《申根施行公約》第54條（禁止重複處罰）：

經本公約簽約國裁判確定之人，其他簽約國不得就該人之同一行為再次追訴。但為有罪判決者，以制裁已執行完畢、正在執行中或依判決國之法律，不得再予執行者為限。

⁶ 譯註：《歐洲聯盟基本權利憲章》第50條（不因同一犯行被重複追訴或處罰之權利）：

任何人不得因已在歐洲聯盟境內依法判決有罪或無罪確定之同一犯罪行為，再次受到刑事追訴或處罰。

會)⁷提出詢問的結果，在有答覆意見的大多數國家中，一事不再理原則至少已經由《歐洲人權公約》第7號附加議定書第4條的規定，在憲法上得到了確立。關於可否再審，答覆則呈現出多種面貌，部分是因為在不同的法秩序中，對於刑事和秩序或紀律制裁之間以及不同類型的程序終結之間的不同區分所致。此外，各國再審制度存在不同的法定期限，或者因被追訴之犯罪已經罹於時效，或者連結至判決的確定力；在容許因新事實或新證據（*propter nova*）而聲請再審的國家中，部分要遵守自知悉事由後一定期間的限制⁸。

[21]在比較分析的國家中，只有7個國家完全不允許為受判決人不利益之再審（也參見德國聯邦議會學術局，WD 7-3000-262/18和WD 7-3000-007/22）。另有7個國家，得為受判決人不利益之再審，僅限於涉及偽造證據、虛偽陳述或其他程序違誤，如貪腐、賄賂或職務濫用（*propter falsa*）。反之，在其他17個國家中，儘管在細節上存在差異，但基於新事實或新證據方法（*propter nova*）而為受判決人不利的再審，則是可能的。

A. II.（譯按：案例事實及聲請意旨）

[22]1. 聲請人被指控涉嫌強制性交和謀殺的案件，於1983年5月13日經Stade地方法院判決無罪，該判決於1983年5月21日確定。在《刑事訴訟法》第362條第5款施行後，管轄的檢察機關於2022年2月向Verden地方法院（以下簡稱地方法院）提出了根據該條款之再審及核發拘捕令（*Haftbefehl*）的聲請。地方法院於2022年2月25日

⁷ 譯註：柏林圍牆倒塌前夕，歐洲理事會已經意識到東歐大變局後新歐洲時代即將來臨的事實，以及如何協助泛東歐國家民主轉型的問題。它們共同特色之一在於受到蘇聯及社會主義法制高低不等的影響，因此，各國在柏林圍牆倒塌並申請加入歐洲理事會之後，接下來的迫切問題就是「法制轉型」，建構或重構民主與法治基礎建設，成為核心議題。為了積極促成東歐的民主與法治建設，遂於1990年正式成立了「以法治促進民主委員會」（*die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht*），由於常設於威尼斯，故又稱為「威尼斯委員會」（*Venedig-Kommission*）。

⁸ 譯註：所謂連結知悉時點之期限，類似我國《刑事訴訟法》第237條的告訴期間規定：「告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之。」

裁定准予開始再審，並羈押聲請人。聲請人對此提起抗告，Celle 高等法院於2022年4月20日裁定駁回抗告（詳見BVerfGE 162, 358〈第360頁以下；邊碼第2段以下〉）。

[23]2. 聲請人直接針對高等法院和地方法院的裁定，間接針對《刑事訴訟法》第362條第5款，聲請本件憲法訴訟，指摘侵犯其源自《基本法》第103條第3項以及《基本法》第2條第1項結合第20條第3項規定的權利。

[24-25]（略）

A. III.（譯按：暫時處分）

[26]基於聲請人所提核發暫時處分（die einstweilige Anordnung）之聲請，本庭於2022年7月14日裁定（BVerfGE 162, 358），附負擔停止執行地方法院2022年2月25日之拘捕令；2022年12月20日再次裁定附負擔停止執行。2023年6月16日裁定不附負擔將暫時處分延長。

A. IV.（譯按：各方意見）

[27]德國聯邦議會、聯邦參議院、聯邦總理府、聯邦內政和國土部、聯邦司法部、邦政府、聯邦最高法院、原刑事程序的附加訴訟人（Nebenklägerin）⁹、聯邦檢察總長、弗萊堡犯罪、安全和法律研究馬克斯·普朗克刑事法部門所長、德國聯邦律師協會、德國律師協會、德國法官協會、新法官協會、刑事辯護律師協會組織辦公室以及德國、奧地利和瑞士刑事法教師工作組（對案（替代性草案）工作組），皆已獲得在本案表示意見之機會。

[28]1. 德國聯邦議會的各個黨團，90聯盟/綠黨（BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN）和自由民主黨（FDP）聯合提出（a），以及社會民主黨（SPD）（b）和基督教民主聯盟/基督教社會聯盟（CDU/CSU）（c）分別提出了意見。

[29]a) 根據90聯盟/綠黨黨團和自由民主黨黨團的共同立場聲明，《刑事訴訟法》第362條第5款因違反《基本法》第103條第3項及第2條第1項結合第20條第3項規定的溯及效力禁止而違憲。

⁹ 譯註：德國刑事程序的附加訴訟人（Nebenklägerin），規定於德國《刑事訴訟法》第395條以下，是犯罪被害人參與訴訟的方式，類似但不完全等同於我國《刑事訴訟法》第455條之38以下的被害人訴訟參與規定。

[30-33] (略)

[34]b) 社會民主黨黨團認為本件憲法訴訟無理由。《刑事訴訟法》第362條第5款是合憲的。

[35-38] (略)

[39]c) 基督教民主聯盟/基督教社會聯盟黨團亦認為本件憲法訴訟無理由，《刑事訴訟法》第362條第5款符合憲法。

[40-43] (略)

[44]2. 下薩克森邦、巴伐利亞自由邦、布蘭登堡邦和黑森邦的邦政府認為，《刑事訴訟法》第362條第5款以類似的權衡判斷，符合憲法，並認為本件憲法訴訟無理由。圖林根自由邦政府認為《刑事訴訟法》第362條第5款違反了《基本法》第103條第3項規定，因此違憲。

[45]3. 關於支持和反對新規定的觀點，在對案工作組（Arbeitskreis Alternativ-Entwurf）、德國律師協會和刑事辯護律師協會組織辦公室以及弗萊堡馬克斯—普朗克機構犯罪、安全和法律研究所所長的意見中，得到了印證和深化。

[46] (略)

[47]a) 對案工作組認為：立法者以為擴張《刑事訴訟法》第362條第5款合憲是符合（德國）通說之看法，並不正確。縱使從聯邦憲法法院的裁判來看，新規定與《基本法》第103條第3項規定的一致性，也是大有疑問的。

[48] (略)

[49]b) 德國律師協會和刑事辯護律師協會組織辦公室認為，新規定牴觸《基本法》第103條第3項規定及一般性的溯及效力禁止。

[50]c) 根據馬克斯—普朗克機構犯罪、安全與法律研究所所長的見解，《刑事訴訟法》第362條第5款是合憲的。受害者權利必須更加被重視。據此，在比例原則的審查中，存在雙方的個人權利，依照實踐和諧原則（Prinzip der praktischen Konkordanz），必須儘可能兼顧兩者。在這種背景下，絕對的、概括的權衡禁止之論斷，無論如何都不能令人信服。《刑事訴訟法》第362條第5款可以在三個條件下，被認為是《基本法》第103條第3項的適當限制。首先，藉由僅

限於謀殺和國際法犯罪之限制，確保本條款實際上僅能適用於某些案例事實，即在將要權衡的雙方皆存在主觀權利（subjektive Rechte）之情形¹⁰。其次，對於「重大理由」（譯按：發動系爭再審之法定要件），需要進行合憲性解釋，即必須存在成立刑事責任之極高度可能性始可；當新事實或新證據方法在根本上改變了事實重構或證據情勢時，就是這種情況。第三，對於最終被判有罪之人，必須減輕刑罰，作為對其遭受兩次刑事程序的補償。

A. V.（譯按：開庭辯論）

[51]2023年5月24日，本庭開庭行言詞辯論，各方參與者補充和深化了他們的觀點。作為專家人士，聽取了：弗萊堡犯罪、安全和法律研究馬克斯·普朗克研究所所長……教授，奧古斯堡大學……教授，代表刑事辯護律師協會組織辦公室的……律師，以及作為白環協會（WEISSER RING e.V.）¹¹聯邦委員會成員的……教授。

B.（譯按：程序是否合法）

[52]本件憲法訴訟程序合法。關此，請參考本庭於2022年7月14日針對聲請人聲請核發暫時處分的裁定理由（參見BVerfGE 162, 358 <367 ff. Rn. 31 ff.>）。

C.（譯按：實體有無理由）

[53]本件憲法訴訟亦有理由。對於聲請人的再審刑事程序，牴觸憲法。其法律依據，間接指摘的《刑事訴訟法》第362條第5款，違反《基本法》第103條第3項（I.）。此外，將其運用於2021年12月30日規定生效時已經確定的無罪判決情形，牴觸《基本法》第103條第3項結合第20條第3項關於禁止溯及效力規定（II.）。

C. I.

（譯按：《刑事訴訟法》第362條第5款規定，本身違憲）

[54]《刑事訴訟法》第362條第5款，牴觸《基本法》第103條第

¹⁰ 譯註：此段意旨在於說明，僅限於有被害人且其個人主觀權利受到侵害之特定重大犯罪，如謀殺罪或國際刑法對個人之戰爭罪等，才被列入系爭再審範圍。其他諸如叛國罪、賄賂罪等，即使犯行嚴重，也沒有個人主觀權利被侵害之情形。

¹¹ 譯註：白環協會（WEISSER RING e.V.）是全德國最大的被害者協會，以預防犯罪並支持、協助犯罪被害人及其家庭為宗旨。

3項規定。該項規定之等同於基本權的權利，禁止立法者通過以新事實或新證據方法為由而對基本權利人不利的再審規定(1.)。因此，《刑事訴訟法》第362條第5款違憲(2.)。

[55]1.《基本法》第103條第3項規定重複追訴之禁止，對立法者亦有規範效力(a)。這項法安定性優先於實質正義的憲法決定，已無權衡的空間(abwägungsfest¹²)，於刑事程序再審規定，沒有留給立法者任何判斷餘地(b)。由於是權衡的禁止，根據《基本法》第103條第3項規定的保障範圍，禁止立法者以新事實或新證據方法為由創設對基本權利人不利之再審程序(c)。

[56]a)《基本法》第103條第3項規定賦予受有罪或無罪判決之人一項等同於基本權的主觀權利，它首先直接針對刑事法院和刑事追訴機關而發(aa)。當立法者經由刑事再審程序來創設再次進行刑事追訴的法定要件時，《基本法》第103條第3項規定對立法者也同樣適用(bb)。

[57-74] (略)

[75]b)《基本法》第103條第3項規定的重複追訴禁止，作出了法安定性優先於實質正義的順位決定(aa)。它不允許經由與具憲法位階的其他法益之權衡，來相對化該禁止規定(bb)；是以，在此範圍內，立法者就再審法律如何形塑，沒有任何形成的空間(cc)。

[76-93] (略)

[94]c)作為權衡禁止規定，不同於一般的法治國保障，《基本法》第103條第3項等同於基本權之權利，應該要嚴格解釋(aa)。一旦在其保障範圍內，立法者就不得以新事實或新證據方法為由，開啟為基本權人不利益之再審(bb)。

[95-135] (略)

[136]2.因此，本案間接指摘的《刑事訴訟法》第362號第5款，抵觸《基本法》第103條第3項規定。該條款允許在刑事法領域(a)重新追訴已有確定判決的同一犯罪行為(b)，主要目的是對(先

¹² 譯註：Abwägung (名詞)是權衡，fest (形容詞)是固定、確定的意思，這兩個字組合成的形容詞 abwägungsfest，表達的是禁止權衡的否定意思，也可以說是已經權衡過了而不容再行權衡。

前）判決內容進行實質內容的修正（c），因此牴觸《基本法》第103條第3項的保障內涵（d）。

[137]a)《刑事訴訟法》第362條第5款規定涉及刑法。不僅是《德國刑法典》第211條謀殺罪的犯罪構成要件，而且還包括被上開條款涵蓋的《國際刑事法典》的犯罪，都是《基本法》第103條第3項規定所指的普通刑法（參見相應於《基本法》第103條第2項的德國聯邦憲法法院第二庭第四分庭，2000年12月12日裁定-2 BvR 1290/99-，邊碼第18段以下）。

[138]（略）

[139]b)《刑事訴訟法》第362條第5款規定適用於德國法院的刑事確定判決，其中也包括無罪判決在內。該規定允許就——已被判決的——同一犯罪行為，以為受判決人不利益之再審方式而再次進行刑事追訴。

[140]c)《刑事訴訟法》第362條第5款規定的再審原因是新事實或新證據方法。單從施行法的副標題「建立實質正義法」已經指明引進新再審原因之目的（《聯邦法律公報》，2021年，第1卷，第5252頁）。

[141]d) 因此，《刑事訴訟法》第362條第5款違反《基本法》第103條第3項所作出的法安定性優先於實質正義——權衡禁止——的決定。這一新規定與《基本法》第103條第3項規定的重複追訴禁止並不相符。

C. II.

（譯按：《刑事訴訟法》第362條第5款規定之回溯適用，違憲）

[142] 此外，《刑事訴訟法》第362條第5款適用於在該條款規定生效前已無罪確定終結的案件，牴觸《基本法》第103條第3項結合第20條第3項的禁止溯及效力規定。

[143]1. 連結過去之事實、同時將法律效果延伸適用於過去之法律變更，其容許性之憲法上判斷標準——鑑於系爭規定的重點在法律效果——主要是《基本法》第20條第3項規定的法治國原則，結合受到法律效果規定影響的基本權或等同於基本權之權利（參見BVerfGE 72, 200 <257>；156, 354 <404 f. Rn. 139>）。

[144]a) 聯邦憲法法院的穩定見解，區分具「真正」和「不真正」溯及效力的法律。

[145]b) 法律效果的溯及效力（「真正」溯及效力），原則上為憲法所不容許（參見BVerfGE 13, 261 <271>；95, 64 <87>；122, 374 <394>；131, 20 <39>；141, 56 <73 Rn. 43>；156, 354 <405 Rn. 140>有更多事證）。就《基本法》效力下創設的法秩序及在此基礎上取得的權利而言，法律效果溯及效力的原則性禁止，保障對上開法秩序及權利之可靠性及可預測性的信賴（參見BVerfGE 101, 239 <262>；132, 302 <317 Rn. 41>；135, 1 <21 Rn. 60>；156, 354 <405 Rn. 140>）。

[146] 溯及效力禁止的基礎在於信賴保護原則，其界限亦在於此原則（參見BVerfGE 13, 261 <271 f.>；88, 384 <404>；101, 239 <266>；126, 369 <393>；135, 1 <21 Rn. 61>；156, 354 <406 Rn. 142>有更多事證）。真正溯及禁止原則有普遍被認可的例外情形，即當受影響人在回溯適用的該時點上，根本就不應該信賴某個法規會持續存在，反而是必須預料其變更之情形（參見BVerfGE 13, 261 <272>；30, 367 <387>；88, 384 <404>；95, 64 <86 f.>；122, 374 <394>；135, 1 <22 Rn. 62>；156, 354 <406 f. Rn. 143>有更多事證）。

[147]2. 就《刑事訴訟法》第362條第5款允許對於在其生效時已確定終結案件之再審程序而言（a），這是一種「真正」的溯及效力（b），即使是在特殊情況下也是不允許的（c）。

[148]a) 《刑事訴訟法》第362條第5款規定也適用於本規定2021年12月30日生效前已產生確定力之無罪判決。

[149]b) 對於在《刑事訴訟法》第362條第5款生效前已確定無罪判決之延伸，構成法律效果之「真正」溯及效力。

[150-151]（略）

[152]c) 《刑事訴訟法》第362條第5款新規定所伴隨的「真正」溯及效力，在憲法上不得例外允許。聯邦憲法法院裁判中所承認的例外條件，在此並不具備。受無罪判決人應該可以信賴判決之確定力以及（僅能）依照舊法狀態而破除確定力之界限（aa）。本案也不存在公共利益的強制性理由；尤其是本庭關於沒收財產溯及效力規定的判斷標準（BVerfGE 156, 354），不能套用在為被告不利益而引進新再

審原因之情形（bb）。

[153-160]（略）

D.（譯按：裁判結論及訴訟費用）

I.（譯按：本案裁判結果）

[161-162] 根據《聯邦憲法法院法》第95條第3項規定，應宣告《刑事訴訟法》第362條第5款無效。基於該規定的系爭高等法院和地方法院裁定，應依《聯邦憲法法院法》第95條第2項予以撤銷，並將本案發回地方法院。

II.（譯按：訴訟費用分擔）

[163] 關於針對憲法訴訟及聲請核發暫時處分而產生的相關費用之裁判（參見BVerfGE 89, 91；141, 56 <81 Rn. 65>，係依據《聯邦憲法法院法》第34a條第2項和第3項規定而作出。由於被撤銷的裁定由下薩克森邦的法院作出，但撤銷的原因在於聯邦法規違憲，因此下薩克森邦和德意志聯邦共和國應該按照相同的比例向聲請人償還費用（參見BVerfGE 101, 106 <132>；131, 239 <267>）。

E.（譯按：評議票數）

[164] 本判決關於C. I. 部分，以6:2通過（Müller、Langenfeld法官提出不同意見）；其餘部分皆一致通過。

法官：

König

Müller

Kessal-Wulf

Maidowski

Langenfeld

Wallrabenstein

Fetzer

Offenloch

行政院 第 3988 次會議

民國 115 年 1 月 29 日

討論事項（一）

法務部分別擬具「中華民國刑法」第 80 條修正草案及「中華民國刑法施行法」第 8 條之 2 修正草案；「中華民國刑法」第 211 條、第 212 條修正草案；「中華民國刑法」部分條文修正草案（保安處分章）及「中華民國刑法施行法」第 9 條之 5 修正草案；「中華民國刑法」部分條文修正草案（妨害名譽章），以及司法院函送「刑事訴訟法」第 17 條、第 26 條、第 134 條之 1 修正草案，請核議案。

說明：

一、法務部分別函以：

- （一）鑑於性侵害犯罪之隱密性，被害人案發時若身心尚未成熟，因心理創傷、尚未充分理解法律上權利等情事，未能及時尋求社會資源救助，迨欲尋求法律救濟，卻因追訴權時效屆滿而難以實現正義，爰擬具「中華民國刑法」第 80 條修正草案，以及配合擬具「中華民國刑法施行法」第 8 條之 2 修正草案，請函請司法院會銜送請立法院審議。

中華民國刑法第八十條修正草案總說明

中華民國刑法(以下簡稱本法)於二十四年一月一日經國民政府制定公布，並自二十四年七月一日施行，其間歷經多次修正，最近一次係於一百十四年八月一日修正公布。鑑於性侵害犯罪本質具有隱密性，被害人案發時如其身心發展尚未成熟，可能因受害造成之心理創傷、因未能充分理解可得行使之法律上權利，或因與加害人間權力不對等，使其未能及時尋求社會資源之救助，迨被害人欲尋求法律救濟，卻因追訴權時效屆滿而無從透過刑事司法實現正義，爰擬具本法第八十條修正草案，增訂第三項，使犯第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二項第二款或第三百四十八條第二項第一款之罪者，於犯罪成立之日起至被害人滿二十歲以前所經過之期間，不計入追訴權時效期間。

中華民國刑法第八十條修正草案條文對照表

修正條文	現行條文	說明
第八十條 追訴權，因下列期間內未起訴而消滅： 一、犯最重本刑為死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑之罪者，三十年。但發生死亡結果者，不在此限。 二、犯最重本刑為三年以上十年未滿有期徒刑之罪者，二十年。 三、犯最重本刑為一年以上三年未滿有期徒刑之罪者，十年。 四、犯最重本刑為一年未滿有期徒刑、拘役或罰金之罪者，五年。 前項期間自犯罪成立之日起算。但犯罪行為有繼續之狀態者，自行為終了之日起算。 <u>犯第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二項第二款或第三百四十八條第二項第一款之罪者，於被害人滿二十歲前，不計入第一項期間。</u>	第八十條 追訴權，因下列期間內未起訴而消滅： 一、犯最重本刑為死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑之罪者，三十年。但發生死亡結果者，不在此限。 二、犯最重本刑為三年以上十年未滿有期徒刑之罪者，二十年。 三、犯最重本刑為一年以上三年未滿有期徒刑之罪者，十年。 四、犯最重本刑為一年未滿有期徒刑、拘役或罰金之罪者，五年。 前項期間自犯罪成立之日起算。但犯罪行為有繼續之狀態者，自行為終了之日起算。	一、增訂第三項，理由如下： (一) 追訴權時效制度目的除考量法秩序之安定性外，同時亦在督促執法機關善盡訴追義務。然性侵害犯罪本質具有隱密性，被害人案發時如其身心發展尚未成熟，可能因受害造成之心理創傷、因未能充分理解可得行使之法律上權利，或因與加害人間權力不對等，使其未能及時尋求社會資源之救助，迨被害人欲尋求法律救濟時，卻因追訴權時效屆滿而無從透過刑事司法實現正義，爰參考奧地利刑法第五十七條、第五十八條第三項第三款、日本刑事訴訟法第二百五十條有關對性侵害犯罪於被害人年滿一定年齡前不計入追訴權時效之立法例，予以明定。 (二) 追訴權時效涉及國家刑事訴追之發動及刑罰權之行使，有關時效計算必須具體明確，爰參考性侵害犯罪防治法第二條第一款有關「性侵害犯罪」定義所列舉之刑法特定罪名，定

		明不計入第一項追訴權時效期間之罪名；至該規定所定「其特別法之罪」，並非本項適用之罪名，以符合明確性原則，避免適用上之疑義，若認就特別法之罪有對追訴權時效為特別規定之必要，應於各該法律中明定。 (三) 又民法第十二條有關成年年齡之規定，於一百一十年一月十三日修正公布，自一百一十二年一月一日施行，將原滿二十歲為成年，修正為滿十八歲為成年。為避免因上開成年年齡修正而影響不計入追訴權時效之期間，且參考德國、瑞士、奧地利關於此類犯罪追訴權時效之特別規定，係以具體年齡為標準，基於被害人保護考量，爰明定於犯罪成立之日至被害人滿二十歲前之期間，不計入追訴權時效期間。 (四) 為充分保障性侵害犯罪之被害人，縱使其滿二十歲前因性侵害犯罪以外之原因死亡，仍擬制其至二十歲成年，計算不計入追訴權時效之期間，附此敘明。
--	--	---

		二、第一項及第二項未修正。
--	--	---------------

中華民國刑法施行法第八條之二修正草案總說明

中華民國刑法施行法(以下簡稱本法)於二十四年四月一日經國民政府制定公布，並自二十四年七月一日施行，其間歷經多次修正，最近一次係於一百一十二年二月八日修正公布。為配合中華民國刑法修正第八十條追訴權時效規定，使新舊法適用明確化，爰擬具本法第八條之二修正草案。

中華民國刑法施行法第八條之二修正草案條文對照表

修正條文	現行條文	說明
第八條之二 於中華民國一百零八年五月十日修正之刑法第八十條第一項第一款但書施行前，其追訴權時效已進行而未完成者，適用修正後之規定，不適用前條之規定。 <u>於中華民國○年○月○日修正之刑法第八十條第三項施行前，其追訴權時效已進行而未完成者，適用修正後之規定，不適用前條之規定。</u>	第八條之二 於中華民國一百零八年五月十日修正之刑法第八十條第一項第一款但書施行前，其追訴權時效已進行而未完成者，適用修正後之規定，不適用前條之規定。	一、現行條文列為第一項，內容未修正。 二、配合刑法第八十條增訂第三項有關不計入追訴權時效期間之規定，為使新舊法適用明確化，爰參考第一項規定，增訂第二項規定。