

## 溯及既往禁止與轉型正義<sup>\*</sup> —— 以東德邊境守衛射殺案為例

薛智仁<sup>\*\*</sup>

### 摘要

新興民主國家如何處置轉型前之獨裁政權侵害人權的犯行，是轉型正義的重大議題。如果追究加害者侵害人權的刑責，依行為時的法律，該行為卻不成立犯罪或追訴時效已完成，處罰該行為將可能抵觸溯及既往之禁止。在採取追究加害者刑責政策的德國，法院於兩德統一後的邊境守衛射殺案，藉助賴特布魯赫公式與友善人權的解釋否定東德之阻卻違法事由效力，形式上維持溯及既往禁止的絕對效力，實質上卻達成回溯處罰守衛射殺行為的效果。本文透過分析本案的相關判決，指出德國法院此種「隱藏性溯及既往」的作法抵觸溯及既往禁止，並主張應該交由立法者在憲法明訂容許溯及既往之例外條款。至於那些依行為時法律已屬違法的射殺行為，德國立法者延長特定犯罪之追訴期間、新增追訴時效停止或中斷等規定，都是事後提升對犯罪之不法評價，一律違反溯及既往禁止。

關鍵詞：邊境守衛射殺案、溯及既往禁止原則、轉型正義、阻卻違法事由、追訴時效、賴特布魯赫公式。

\* 投稿日：2018年6月12日；接受刊登日：2018年9月28日。〔責任校對：陳昕婕〕。

本文初稿發表於2017年10月20日中央研究院歐美研究所主辦之「德國統一前轉型正義學術研討會」，對於與談人國立政治大學法學院許恒達教授的評論與本文的匿名審查意見，作者在此謹表謝忱。本文同時是科技部專題研究計畫(MOST 107-2410-H-002 -074 -MY3)的部分研究成果。

\*\* 國立臺灣大學法律學院副教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/02902181.pdf>。



## 目次

壹、前言	二、重新詮釋東德阻卻違法事由係「隱藏性之溯及既往」
貳、德國經驗：邊境守衛射殺案	三、「隱藏性之溯及既往」之合憲性
一、案件事實	四、小結
二、兩德統一條約之法律框架	肆、追訴時效與溯及既往禁止原則
三、射殺行為之違法性	伍、結論
四、射殺行為之追訴時效	
參、阻卻違法事由與溯及既往禁止原則	
一、阻卻違法事由適用罪刑法定原則	

## 壹、前言

轉型正義 (transitional justice) 係指民主國家對於過去獨裁政權所實施之違法或不義行為的彌補。轉型正義被公認是值得追求的目標，因為對於獨裁政權的不法或不義行為，如果只是毫無作為地予以遺忘，將無法縫合被害人的傷口、長久達成社會的和解、重建法治國家。然而，不易回答的問題是，轉型後的民主法治國家，究竟應該採取什麼樣的手段來實現轉型正義？尤其困難的是，除了調查歷史真相、回復被害人權利與損失補 (賠) 償之外，對於由獨裁國家所容忍、支持或促成的違法行為應不應該進行刑事追訴<sup>1</sup>？

1 有關轉型正義的具體措施，詳見吳乃德，*轉型正義和歷史記憶：台灣民主化的未竟之業*，收於：思想編輯委員會編，*思想2：歷史與現實*，頁1-34 (2006年)；江宜樺，*台灣的轉型正義及其省思*，收於：思想編輯委員會編，*思想5：轉型正義與記憶政治*，頁69-73 (2007年)；李怡俐，*轉型正義的機制及脈絡因素——以台灣為例*，*台灣人權學刊*，1卷2期，頁156-168 (2012年)；Gerhard Werle, *Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?*, in: Muñoz Conde/Vormbaum (Hrsg.), *Transformation von*

這個問題不可能有簡單的答案，如果我們觀察各國的實踐狀況，就可以發現這和各國歷史文化、政治情勢與法律框架密切相關。德國學者Albin Eser與Jörg Arnold在1996年到2011年進行一項大型比較法研究計畫「回應體系不法的刑法」(Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht)，發現在所調查的國家當中，僅有相對少數的國家以刑法回應體系不法，其中又只有德國進行了全面的刑事追訴。大多數國家未對體系不法的行為進行刑事追訴，現實上的主因在於缺乏嚴肅檢討體系不法的政治意志：前掌權者可能在下台之前就安排好「自我赦免」，或者在下台之後仍有政治影響力，得以繼續掩飾其惡行，但也可能是獲得被害人的諒解。不過即使許多國家有檢討體系不法的政治意志，基於法治國家所確信的理由，刑事追訴也會面臨法律上的障礙而受挫<sup>2</sup>。

追訴體系不法的法律障礙，主要來自受到各國刑法、憲法及國際公約承認的溯及既往禁止(Rückwirkungsverbot)。依據此一原則，行為之處罰應以行為時之法律有明文規定者為限。若是行為依行為時之法律不罰，卻因為法律變更而應予處罰，不得適用新法予以處罰；若是行為依據行為時之法律可罰，法律變更為加重處罰，亦不得適用新法加重處罰。不過，如果行為依行為時之法律可罰，因為法律變更而減輕處罰或不可罰，此一有利之新法得例外回溯適用於該行為。簡言之，在刑罰法律有所變更時，依據最有利原則(Meistbegünstigungsprinzip)決定所應適用之法律。

溯及既往禁止原則構成體系不法的追訴障礙，主要有兩種形態。第一種形態是依據行為時的法律，體系不法行為因為自始欠缺

---

Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit, 2010, S. 15 (15-25).

2 Albin Eser, Rechtspolitische Reflexionen zur Aufarbeitung und Verhinderung von Systemunrecht, in: Eser/Sieber/Arnold (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Bd. 14: Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik, 2012, S. 329 (435 f.).

可得適用之犯罪構成要件，或者該當某一犯罪構成要件，但是符合行為時之法律或實務所承認的阻卻犯罪成立事由，以致於不成立犯罪。即使轉型後的法治國家立法新增犯罪構成要件，或廢除阻卻犯罪成立之事由，法院亦受限於溯及既往禁止原則，不得適用新法宣告其有罪。另一種形態是依據行為時的法律，體系不法行為已構成犯罪，但是在獨裁政權存續期間，因為法律上或事實上原因無法被追訴，直到獨裁政權垮台後，該犯罪之追訴時效已經或即將完成，構成轉型後的法治國家的追訴障礙。即使嗣後立法延長特定犯罪之追訴期間，若是新的追訴時效規定被禁止溯及既往，新法亦無法排除對體系不法行為之追訴障礙。

溯及既往禁止原則對於體系不法所構築的追訴障礙，對於許多在政治上有意追究加害人責任的國家而言，是個令其進退兩難的問題<sup>3</sup>。如果轉型後的國家堅持溯及既往禁止原則，就必須接受體系不法無法被追訴的不正義。這等於向獨裁的掌權者宣示，即使實施了依據普世的法律確信絕對被禁止的行為，仍然可以先運用權力制定法律將自己的行為合法化，在垮台之後再訴諸溯及既往禁止原則免除被追訴的危險。除此之外，那些依行為時法律構成犯罪的體系不法行為，如果只能適用一般犯罪的追訴時效規定，也顯然忽略體系不法行為錯綜複雜不易調查，難以對獨裁政權進行追訴的特性。相反的，如果轉型後的法治國家局部解除溯及既往禁止的絕對效力，事後處罰原本不構成犯罪的體系不法行為或是延長追訴時效，固然是有助於實現刑罰正義，卻可能因為放棄法治國家之基本原則而陷入自我矛盾的狀態，令人懷疑其重建法治國的決心。

在這個背景底下，德國作為少數真正以刑罰實現轉型正義的國家，究竟如何突破溯及既往禁止原則之拘束，得以追訴納粹與東德政權所支配之體系不法，就成為值得探究的問題。此一跨越刑法、

---

3 亦可參考吳乃德（註1），頁7。

憲法、國際法、法哲學難題，在1990年兩德統一後的「邊境守衛射殺案」(Mauerschützen)受到非常激烈的討論<sup>4</sup>。根據柏林地檢署在2004年的偵查結果，因為碰觸殺傷性地雷、自動射擊系統或遭邊境守衛開槍射殺的非法越境者有270人，然而光是在柏林圍牆就有122人被射殺，因此被射殺死亡的人數應是遠高於柏林地檢署所證明的人數<sup>5</sup>。兩德統一之後，對於開槍射殺的邊境守衛、上級長官乃至於東德領導人，總共有466個犯罪嫌疑人被調查，385個人被判決，其中275人獲判有罪，110人獲判無罪<sup>6</sup>。儘管在臺灣談論轉型正義的議題時，經常提及德國在歷史記憶、檔案開放、平復司法不法、追回不當黨產等作法<sup>7</sup>，但是鮮少深入探討其追訴納粹或東德罪行的具體作法。在法學界雖然會論及納粹與東德犯行之追訴，卻是著重在介紹賴特布魯赫公式(Radbruchsche Formel)否定極端不法之實證法效力，未曾深入分析德國法院如何克服溯及既往禁止對於刑事追訴的障礙<sup>8</sup>。本文的寫作目的，即是在補足這一塊轉型正義研

- 
- 4 儘管在1945年二戰結束後，追究納粹罪行一樣遭遇是否違反溯及既往禁止原則的問題，但是當時主要是由占領德國的盟軍負責追訴納粹罪行，當時的紐倫堡國際軍事法庭認為抵觸罪刑法定原則的問題並不重要，並對於納粹戰犯科處死刑或其他重刑。然而，在兩德統一之後，並沒有類似的占領強權來追訴東德罪行，而是自始交由遵循法治國原則的德國司法機關來處置，故其所面臨的抵觸罪刑法定原則的難題，受到熱烈的討論。參考Hans Joachim Hirsch, *Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht*, 1996, S. 6 f., 9.
  - 5 Gerhard Säler, *Der Rechtsstaat und das Grenzregime der DDR. Die strafrechtliche Verfolgung der Grenzdelikte in der Bundesrepublik*, in: Ganzenmüller (Hrsg.), *Recht und Gerechtigkeit. Die strafrechtliche Aufarbeitung von Diktaturen in Europa*, 2017, S. 115 (117 f.).
  - 6 Marxen/Werle/Schäfer (Hrsg.), *Die Strafverfolgung von DDR-Unrecht. Fakten und Zahlen*, 2007, Tab. 21-23, S. 41, 43.
  - 7 詳見花亦芬，在歷史的傷口上重生：德國走過的轉型正義之路（2016年）；邵允鍾，【德國轉型正義（上）】法律中的不正義與超越法律的正義——德國的納粹轉型正義，報導者，2016年11月2日，<https://www.twreporter.org/a/transitional-justice-series-nazi-germany>（最後瀏覽日：2018年6月10日）；邵允鍾，【德國轉型正義（下）】用法治實現正義——德國的東德轉型正義，報導者，2016年11月2日，<https://www.twreporter.org/a/transitionaljustice-series-east-germany>（最後瀏覽日：2018年6月10日）。
  - 8 Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, SJZ 1946, S.

究的拼圖，不去處理賴特布魯赫公式所引發的法概念（Rechtsbegriff）難題，而是分析它在刑法領域所產生的適用難題，尤其是它和刑法溯及既往禁止的衝突。從刑事憲法（Strafverfassungsrecht）的角度來看，透過轉型正義與溯及既往禁止原則的衝突，也提供我們反省溯及既往禁止的理由與適用範圍的契機。據此，下文將以邊境守衛射殺案之相關判決為核心，說明德國法院如何解決溯及既往禁止與追究體系不法之刑罰正義的衝突（貳），接著從法釋義學的角度，指出其否定東德阻卻違法事由效力係難以被正當化的「隱藏性溯及既往」（參），延長追訴時效之立法亦有違溯及既往禁止原則（肆），最後提出德國經驗對臺灣追求轉型正義的啟發作為結論（伍）。

## 貳、德國經驗：邊境守衛射殺案

### 一、案件事實

德國法院處理了相當多件「邊境守衛射殺」的案件，各個案件的發生時間與事實經過固然有所差異，但是大致上有共通的輪廓。從溯及既往禁止原則的觀點來看，我們可以將這些案件區分為兩類：一類是邊境守衛之射殺行為符合行為時在東德實踐之法律或命令，也就是阻卻違法的射殺；另一類是射殺行為自始逾越行為時在東德實踐之法律或命令，也就是違法的過當射殺。

---

105 (105-108). 中文文獻的介紹：詳見陳新民，「不法」法律及命令服從的困境——由譯、讀賴特布魯赫的經典之作《法律上的不法與超法律的法》檢視「賴特布魯赫定律」的適用問題，軍法專刊，54卷6期，頁1-27（2008年）；黃忠正，論Radbruch公式，政大法學評論，132期，頁115-162（2013年）；劉臺強，Alexy對Radbruch之惡法判斷公式的辯護，華岡法粹，57期，頁127-176（2014年）。

### （一）阻卻違法之射殺案件

阻卻違法之射殺案件，以德國聯邦最高法院1992年的第一件邊境守衛射殺判決（BGHSt 39, 1）為經典代表。本案的基礎事實是：被告隸屬於東德邊防軍，負責監視與保衛柏林圍牆的邊境。1984年12月1日下午3時許，被告察覺一名逃亡者，已經攀上往西柏林方向的圍牆。被告喊話和鳴槍示警，逃亡者皆不理會，被告便持自動步槍射擊之。為了盡可能地阻止其逃亡，被告未依規定先單發射擊，而是多次連續射擊，逃亡者被射殺身亡。被告朝逃亡者的腿部射擊，對於可能導致死亡結果有所預見，但是為了成功阻止逃亡而容任其發生。被告知道，依照東德共產黨政治局、國家軍事委員會的決議，以及據此發佈的值勤指令（Vergatterung），必須用盡所有方法阻止東德人民逃亡。命令的內容是：「絕對不容許穿越邊境。非法越境者，必須予以制止或擊斃<sup>9</sup>。」

在BGHSt 39, 1之外，其他判決認定被告出於殺人故意而射殺逃亡者，符合行為時的法律或命令，但是發生時間和細節不同。BGHSt 39, 168的被告在1989年2月5日至6日之間射殺逃亡者，上級並未告知得「擊斃」逃亡者，僅告知應該射擊其腿部使之無法逃亡，但是在下達值勤指令時反覆暗示，不得有逃亡者穿越邊境，「無論如何」必須阻止其越界<sup>10</sup>。本案和BGHSt 39, 1一樣，被告行為符合1982年3月25日起生效之東德邊境法第27條第2項第1句（§ 27 Abs. 2 Satz 1 Grenzesetz）。相對於此，BGHSt 40, 241的被告係於1972年2月14日至15日之間射殺逃亡者<sup>11</sup>，BGHSt 41, 101的被告則是在1962年6月5日射殺逃亡者致死<sup>12</sup>，二者都是發生在東德邊境法生效之前，故欠缺「法律」根據，但是分別符合當時有關使用射

---

<sup>9</sup> BGHSt 39, 1 (2 f.).

<sup>10</sup> BGHSt 39, 168 (170 ff.).

<sup>11</sup> BGHSt 40, 241 (241 f.).

<sup>12</sup> BGHSt 41, 101 (102).

擊武器的職務命令(Dienstverordnung)。

## (二) 違法之過當射殺案件

違法的過當射殺案件，則以BGHSt 39, 353之事實為代表。本案被告也是東德邊防軍，駐守在柏林圍牆。1965年10月18日深夜，兩名企圖逃往西柏林的逃亡者先被其他士兵制止，兩人舉手投降並且依命令返回壕溝中，其中一人已被射殺成重傷。被告聽聞槍聲趕到現場，接手命令兩人走出壕溝，重傷的逃亡者表明無法行走，另一名逃亡者則離開壕溝走向崗哨，被告此刻卻以自動步槍連續射殺之，直至倒地死亡。被告相信所有逃亡者都是罪犯、政治上的敵人，不必保護這種人的生命<sup>13</sup>。BGHSt 40, 48的被告是工兵連隊副隊長，於1969年8月6日帶隊在東西德邊境修繕邊防設施，發覺一名工兵拋下工具，從工地快跑越過邊境抵達西德境內。被告向該工兵喊話、開槍警告都未奏效。被告知道如果工兵逃亡成功，他可能會被長官報復，在軍中沒有升遷的希望。被告因此出於殺人故意射殺工兵後，與另一名士兵將工兵抬回東德境內，該工兵當天傷重而死。依據行為時之職務指令，被告不得開槍射擊已經穿越國境抵達西德的人<sup>14</sup>。

## 二、兩德統一條約之法律框架

從溯及既往禁止原則來看，上述兩類邊境守衛射殺的案件各自產生適用法律的難題<sup>15</sup>。依據行為時之東德法律<sup>16</sup>，阻卻違法的射

13 BGHSt 39, 353 (354 f.).

14 BGHSt 40, 48 (49 f., 51 f.).

15 附帶一提的是，德國聯邦最高法院與憲法法院未明確說明，邊境守衛射殺是否構成依據「紐倫堡國際軍事法庭憲章」第6條第3款之危害人類罪(Verbrechen gegen Menschlichkeit)：「在戰前或戰時，對平民謀殺、消滅、奴役、放逐及其他非人道行為，或基於政治、種族或宗教理由，實施本法庭管轄之犯罪或與之有關之迫害。行為人是否違反犯罪地之國內法，在所不問。」若是肯定，即可依據國際法處罰邊境守衛射殺案的相關人，而且不得主張該行為依東德法律為合法而排除可罰性，沒有違反溯及既往禁止原則的問題。對此問題，學界也有



殺行為不成立犯罪，過當的違法射殺行為成立犯罪，但是追訴時效已經進行一段時間或甚至已經完成。問題在於，德國法院應該依行為時的東德法律裁判，或是依裁判時有效的德國法律<sup>17</sup>裁判？對於此一刑法適用法（Strafanwendungsrecht）的難題，兩德統一條約（Einigungsvertrag）已有所規範，分別明訂於德國刑法施行法（Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch）第315條與第315條a，作為法院選擇適用法律之依據。

關於在前東德境內實施之犯罪所應適用之刑法，德國刑法施行法第315條第1項規定「加入生效前於德意志民主共和國所實施之犯罪，應適用刑法第2條。若依行為時有效之德意志民主共和國法

---

正反見解，肯定說如 *Gerhard Werle*, Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, NJW 2001, S. 3001 (3005)；否定說如 *Jörg Polakiewicz*, Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte der strafrechtlichen Ahndung des Schußwaffeneinsatzes an der innerdeutschen Grenze, EuGRZ 1992, S. 177 (181); *Claus Dieter Classen*, Artikel 103 Abs. 2 GG – Ein Grundrecht unter Vorbehalt?, GA 1998, S. 215 (221 f.).

16 在兩德統一之前，在東德實施之犯罪與對於東德或其國民所實施之犯罪，是否適用德意志聯邦共和國刑法，德國實務見解有過轉變。聯邦最高法院早期從東德與西德構成一個國家出發，認為東德與西德刑法屬於區際刑法（interlokales Strafrecht）的關係，在東德實施之犯罪原則上適用東德刑法（BGHSt 7, 53 (55)）。1972年12月21日簽訂兩德基礎條約（Grundlagenvertrag）之後，聯邦最高法院採納通說的功能性內國概念（funktioneller Inlandsbegriff），認為東德不再屬於德意志聯邦共和國的內國（BGHSt 30, 1 (4 f.)），故應依據德國刑法第3條以下之國際刑法（internationales Strafrecht）處理。因此，東德國民在外國犯罪者，原則上被視為外國人；東德國民在外國成為被害人者，僅在其生活或出於其他原因停留在西德時（BVerfGE 36, 1 (30 f.); 37, 57 (64); BGHSt 32, 293 (297)），才被視為本國人而受德意志聯邦共和國刑法所保護。參考 *Albin Eser*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., 2014, Vorbem §§ 3-7 Rn. 64 ff., 69 ff.; *Felix Herzog* (Hrsg.), *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Todesschützen an der innerdeutschen Grenze*, 1993, S. 11 ff. 中文文獻介紹，詳見 *王士帆*，談《刑法》意義的「中華民國領域」——以德國經驗為例（上），*司法周刊*，1535期，3版（2011年）；*王士帆*，談《刑法》意義的「中華民國領域」——以德國經驗為例（下），*司法周刊*，1536期，2-3版（2011年）。在此一基礎上，行為地在東德、行為人與被害人皆為東德國民之邊境守衛射殺案，行為時僅適用東德刑法，不適用德意志聯邦共和國刑法。

17 依據兩德統一條約，德意志聯邦共和國刑法原則上適用於加入的前東德領域（第8條），但是特定犯罪與刑事制裁例外繼續適用東德刑法（第9條）。

律，行為將不得被科以自由刑、緩刑或罰金刑者，法院應免除其刑。」(第2項與第3項省略)同條第4項規定「行為於加入生效前已適用德意志聯邦共和國刑法者，第1項至第3項不適用之。」依據德國刑法第2條，刑罰及附屬效果應依行為時之法律定之(第1項)；法律於行為期間變更者，適用行為終了時之法律(第2項)；行為終了時之法律於判決前變更者，適用最有利行為人之法律(第3項)<sup>18</sup>。據此，在東德境內實施之行為，依行為時之東德刑法不罰者，法院應判決無罪；依行為時之東德刑法有罪，而且依裁判時之德國刑法有罪者，法院應適用最有利行為人之法律。換言之，若欲處罰前東德境內所實施之行為，以其依東德法及德國法皆有罪為前提<sup>19</sup>。

相對地，德國統一條約對於在前東德境內實施之犯罪之追訴與執行時效，則是不採取最有利原則。其現實的考量是，有些犯罪依據東德刑法尚未逾越追訴期間，但是已逾德國刑法所訂較短的追訴期間，若適用最有利原則，在統一後將無法追訴這些犯罪<sup>20</sup>。德國刑法施行法第315條a第1項規定「依德意志民主共和國法律，追訴時效或執行時效直至加入生效時尚未完成者，其已經過之期間不受影響。行為於加入生效前亦已適用德意志聯邦共和國刑法者，亦同。追訴時效於加入生效之日視為中斷。刑法第78條c第3項之適用不受影響。」(第2項至第4項省略)同條第5項規定「行為在東德共產黨不法政權支配期間所實施，但是依據前德意志民主共和國之國家或政黨領導人明示或默示之意思，出於政治或其他不符合自由法

18 適用難題概說，參考Eser (Fn. 16), Vorbem §§ 3-7 Rn. 81 ff.

19 這被稱為「雙重鑰匙說」(der „Zwei-Schlüssel-Ansatz“ )，參考Gerhard Werle/Moritz Vormbaum, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Ein Überblick, in: Ganzenmüller (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit. Die strafrechtliche Aufarbeitung von Diktaturen in Europa, 2017, S. 93 (96 f.).

20 Harro Otto, Grundsätze der Strafverfolgungsverjährung von Straftaten auf dem Gebiet der ehemaligen DDR, Jura 1994, S. 611 (611).

治秩序之重要原則的理由未予處罰者，1949年10月11日至1990年10月2日之期間不得計入追訴時效期間。這段期間之追訴時效停止。<sup>21</sup>」據此，在東德境內實施之犯罪，其追訴或執行時效在加入生效之日尚未完成者，時效視為中斷（*Unterbrechung der Verjährungsfrist*）而重新起算，但是已經過的期間和重新進行的期間，合計不得超過法定追訴期間的兩倍。此一規定考慮了統一前後東德區域的司法實際上停擺，若不明訂時效中斷，可能任由犯罪無法被追訴或執行<sup>22</sup>。同時，其屬於在東德共產黨統治期間實施且未被追訴者，這段期間視為追訴時效停止（*Ruhen der Verjährungsfrist*），自1990年10月3日起繼續其追訴時效。然而，上述規定很快地被認為有高度疑義而且無法操作，促使立法者三度通過追訴時效法案（*Verjährungsgesetz*）加以修正，對於特定犯罪延長其追訴時效期間<sup>23</sup>。

### 三、射殺行為之違法性

根據兩德統一條約所劃定之法律框架，法院應以何部法律作為邊境守衛之射殺行為的準據法，必須視其適用行為時之東德刑法與裁判時之德國刑法的結果而定。可以確定的是，射殺行為分別該當東德刑法與德國刑法之殺人罪構成要件（東德刑法第112條、第113條；德國刑法第212條、第213條），因此關鍵問題在於其違法性。如果射殺行為得依東德刑法阻卻違法性，即使該射殺行為依德國刑法欠缺阻卻違法事由，仍應宣告射殺行為無罪。在射殺行為自始違反東德法律或職務命令時，其違法性並無疑義；在射殺行為符合東德法律或職務命令時，能否肯認其阻卻違法之效力，成為德國聯邦最高法院、德國聯邦憲法法院與歐洲人權法院先後處理的難題。以

21 此為1993年3月26日（BGBl. I 392）通過之第1次追訴時效法所增訂。

22 *Otto* (Fn. 20), S. 611.

23 這三部追訴時效法分別在1993年3月26日（BGBl. I 392）、1993年9月27日（BGBl. I 1657）及1997年12月22日（BGBl. I 3223）通過。

下根據BGHSt 39, 1的三個論證步驟，整合說明邊境守衛射殺案相關的裁判。

### (一) 射殺行為符合東德之阻卻違法事由

在判斷射殺行為之違法性時，第一步就是檢驗射殺行為是否符合東德之阻卻違法事由。此時主要涉及1982年起生效的東德邊境法第27條第2項：「為了阻止直接即將實施或續行之犯行，該犯行依其情節為重罪（Verbrechen）者，射擊武器之使用得被阻卻違法。」同條亦明訂，使用射擊武器是對人的最後手段（第1項），原則上應先行喊話或進行警告性射擊（第3項），使用時應該盡量不傷及人的生命（第5項）。德國聯邦最高法院認為，邊境守衛的射殺行為符合東德邊境法第27條第2項之阻卻違法事由，主要理由有二：

第一、違法越境屬於重罪。依據東德刑法第1條第3項第2句，重罪係指「侵害社會的權利與利益」而有「社會危險性」的犯罪，「其嚴重違反社會主義法治，……並且在法定刑範圍內，個案中被宣告二年以上自由刑」。東德刑法第213條第3項規定，非法越境罪之情節重大者，得處1年以上、8年以下自由刑；依照當時的東德實務，「叛逃共和國」（Republikflucht）而直接接觸邊界者，大多數被評價為重罪，並且被科以2年以上自由刑<sup>24</sup>。

第二、在東德的國家實踐（Staatspraxis）裡，連續射擊逃亡者致死被解釋為符合邊境法第27條第2項。該條之文義並不排除，為了阻止非法越境，必要時得出於殺人故意開槍射擊；如此的解釋，也符合阻止非法越境優先於保全逃亡者生命的實務作法。在當時的邊境管制系統裡，守衛在受訓時被教導「寧可逃亡者死亡，也不要讓他逃亡成功」，每天反覆接收的值勤指令是「絕對不容許穿越邊境。非法越境者，必須予以制止或擊斃」。如果守衛在圍牆邊射殺

---

24 BGHSt 39, 1 (9).

逃亡者，也不會承擔任何負面後果，更不曾有守衛因此被追訴，阻止逃亡的崗哨反而會被表揚與獎勵。由此可知，行為時的國家實踐是阻止逃亡優越於生命保護，負責法律監督的東德法院或其他官署也不曾反駁此一實踐。因此，被告基於殺人故意而連續射擊逃亡者，得依上開規定阻卻違法性<sup>25</sup>。

## （二）東德之阻卻違法事由無效

儘管射殺行為符合東德實踐意義下的法定阻卻違法事由，然而此一阻卻違法事由是否因為違反更高位階、東德也應該遵守的一般法律原則，因為極端違反比例原則而無效？德國聯邦最高法院強調，行為時所肯認之阻卻違法事由，其效力僅在極端例外時始能被否定<sup>26</sup>，在邊境守衛射殺的案件裡，對於作為射殺行為阻卻違法事由之東德邊境法及其他職務命令，則是透過賴特布魯赫公式以及友善人權之解釋（*menschenrechtsfreundliche Auslegung*），否定其阻卻違法之效力。

### 1. 賴特布魯赫公式

德國聯邦最高法院認為，行為時所肯認之阻卻違法事由，只在其表現出明顯重大違反正義與人性的基本思想時，才會因為違反較高位階的法而無效；違反的程度必須達到抵觸全人類共通的、涉及人類價值與尊嚴的法確信<sup>27</sup>；實證法與正義之間的矛盾，必須令人無法忍受到實證法作為不正確之法（*unrichtiges Recht*）必須向正義退讓<sup>28</sup>。德國聯邦最高法院承認，賴特布魯赫公式原來是用在標示

---

25 BGHSt 39, 1 (10 ff.).

26 BGHSt 39, 1 (15).

27 BGHSt 2, 234 (239).

28 一般認為，賴特布魯赫公式包含不可容忍公式（*Unerträglichkeitsformel*）與否認公式（*Verleugnungsformel*），本判決引用的是前者。德國聯邦憲法法院曾引用不可容忍公式，認定1941年11月25日帝國公民法第11號命令自始無效，該規則剝奪流亡海外的猶太人德國國籍，財產被沒收歸帝國法院所有（BVerfGE 23,

納粹的重大惡行，邊境守衛的射殺行為與納粹罪行並無法劃上等號，故在本案直接援引這個公式，並不是輕而易舉的事。儘管如此，從這個公式所擷取的觀點，亦即在判斷受國家委託所實施之行為時，必須注意國家是否逾越依據一般確信為其所劃定的界限，在本案仍有其效力<sup>29</sup>。

然而，德國聯邦最高法院並未直接討論實證法違背正義何時達到不可容忍的程度，而是認為如今可以將國際人權公約當作比較具體的審查標準（konkretere Prüfungsmaßstäbe），因為它對於國家何時依據全世界法共同體之確信已經侵害人權，提供了一些根據。

#### （1）公政公約

對BGHSt 39, 1及BGHSt 39, 168二案而言，1966年12月19日公布之公民與政治權利國際公約（Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, IPbürgR；以下簡稱：公政公約）尤其重要，因為東德於1974年加入公政公約，並於同年11月8日遞交簽署文件。雖然東德未依該國憲法第51條由國民議會（Volkskammer）批准公約，使其轉化為內國法，但是法院認為這不影響公約的國際法效力，東德有義務在內國立法的領域裡，依據公政公約而行動並負有履行公約之義務<sup>30</sup>。

以此為基礎，法院認為東德有關邊境法第27條的國家實踐，因為抵觸公約而無效。首先，公政公約第12條第2項保障出境自由

---

98)。否認公式係指在制訂實證法時完全不以追求正義為目標，有意識地否認構成正義核心的平等，該法律不僅是「不正確之法」，而是完全喪失法的性質。否認公式並未被德國實務所採用，原因應該是通常難以證明立法者有此種否認故意。參考Ralf Dreier, Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafrecht: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 57 (57 f.).

29 BGHSt 39, 1 (15 f.); 39, 168 (183); 40, 241 (244); 41, 101 (107).

30 BGHSt 39, 1 (16 f.); 41, 101 (109 f.).

(Ausreisefreiheit)，儘管此一自由依同條第3項得以「法律」限制之，但是此一法律限制不僅是指限制出境自由應有法律根據，更是指只能在例外情形下限制出境自由，這項限制不得摧毀自由遷徙與出境權的實質。然而，依據東德之護照法 (Passgesetz) 及其他出入境及護照規定，東德居民的出境自由不只是在例外情形，而是原則性被剝奪，因此抵觸公政公約對出境自由之保障。其次，公政公約第6條保障生命權，任何人都不得被「恣意」(willkürlich) 剝奪生命。儘管此處的「恣意」概念並不完全清楚，但是基於比例原則，如果國家機關使用射擊武器會產生致命後果，只能適用在防止他人生命身體受到危害的情形。由於東德邊境之射殺只是為了嚇阻第三人非法越境，而不是在保護他人生命或身體，已經逾越了「恣意」的界限<sup>31</sup>。法院因此認為，東德根據兩德邊境的特殊狀況對於邊境法第27條所作的解釋，係侵害公政公約第6條及第12條所保障的人權，自始不具實效性<sup>32</sup>。

## (2) 聯合國人權宣言

在BGHSt 40, 241及BGHSt 41, 101兩案中，被告之射殺行為係發生在東德1974年簽署公政公約之前，公政公約不適合作為認定許可射殺行為之職務規定是否重大違反正義的審查標準。因此，聯邦最高法院引用於1948年12月10日公布之聯合國人權宣言 (die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte) 作為替代的審查標準<sup>33</sup>。

法院認為，東德雖然是在1973年才加入聯合國，但這主要是兩德分裂所造成的問題。事實上，東德一直表明其認同聯合國的目標，東德的國家委員會 (Staatsrat) 在1966年2月28日申請加入聯合國，同年9月20日宣示東德願意加入聯合國的人權公約，保證將在

---

31 BGHSt 39, 1 (17 ff.).

32 BGHSt 39, 1 (22 f.); 40, 241 (244).

33 BGHSt 40, 241 (245 ff.); 41, 101 (105).

東德法秩序裡全面實現人權公約<sup>34</sup>。儘管聯合國人權宣言並不是國際條約，對於成員國沒有法律拘束力，其真正的效力亦尚未被完全釐清，但是它表達了國際法共同體實現人權的意志，以及這些人權的大概內涵，在此範圍內具有高度的法律重要性。因此，聯合國人權宣言就和公政公約一樣，可以被理解為將所有國家共通的、對於人類價值與尊嚴的法確信予以具體化的規定<sup>35</sup>。

依據聯合國人權宣言，任何人都享有生命權（第3條），有離開任何（包含自己）國家的權利（第13條第2項），對於行使權利與自由之限制，應以法律明訂，但以為確保他人之權利與自由獲得承認與尊重、滿足民主國家中道德、公共秩序與公眾福祉之正當要求者為限（第29條第2項）。由此可知，聯合國人權宣言與公政公約一樣保障生命權與出境自由，但是對於權利與自由之限制規定比公政公約不精確<sup>36</sup>。因此，聯邦最高法院認為，其於BGHSt 39, 1認定邊境法第27條第2項阻卻違法事由因為不符合公政公約而無效的觀點，亦可適用於東德加入公政公約前的射殺行為上，許可射殺的職務命令因為不符合聯合國人權宣言而無效。

## 2. 友善人權之解釋

接著的問題是，如果以東德法固有的解釋方法，能否對邊境法第27條限縮解釋，以避免上述人權侵害的後果？聯邦最高法院認為，「友善人權的解釋」並不是以德國基本法或人權公約的價值秩序為基礎，而是只考量東德法對於友善人權之法律解釋所設的規定。依據東德憲法第89條第2項，法令規定不得牴觸憲法；同法第30條第1項規定，任何東德公民之人格權與自由不可侵犯，僅在和犯罪行為或治療行為有關、法律明文規定時始得限制之；同條第2

---

34 BGHSt 40, 241 (248).

35 BGHSt 40, 241 (246 ff.).

36 BGHSt 40, 241 (245 f.).



項規定，權利之限制「應以法律容許而且必要者為限」。東德憲法雖未明白提及生命權，但是對人格權之保障包括生命權在內，故對生命權之干預應以法律明訂、符合比例原則為前提<sup>37</sup>。

以東德憲法及邊境法本身所包含的比例原則為基礎，即可對於邊境法第27條作成合於公政公約第6條及第12條的解釋。依據比例原則，單純使用梯子爬上圍牆的逃亡者，不應該被理解為東德刑法第213條第2項之重罪行為人，自始不得對其使用射擊武器。即使將逃亡者理解為重罪行為人，邊境法第27條第2項第1句亦應被理解為：邊境守衛雖然有權使用射擊武器阻止逃亡，但是出於殺人故意射擊未配置武器、亦未對他人之生命或身體造成危險的逃亡者，已經超出阻卻違法事由的界限。簡言之，依據友善人權的解釋，被告行為不符合邊境法第27條第2項之阻卻違法事由，被告依東德法已實施違法行為<sup>38</sup>。

### (三) 否定東德之阻卻違法事由效力符合溯及既往禁止原則

#### 1. 聯邦最高法院

聯邦最高法院雖然認知到，依據東德國家實踐中對於邊境法或職務命令的解釋，邊境守衛的射殺行為合法，但是基於賴特布魯赫公式和友善人權的解釋，否定其阻卻違法的效力，邊境守衛的射殺行為自始可罰；至於行為人是否認識行為違法，只是涉及寬恕罪責事由的問題。然而，聯邦最高法院事後否定行為時的法定阻卻違法事由的效力，符合德國基本法第103條第2項之罪刑法定原則嗎？依據此一原則，行為之處罰，以行為實施之前法律有明訂者為限。如果對於行為時的法律，是以東德國家實踐意義下的法律為標準，射殺行為被評價為合法，那麼溯及既往禁止原則就會禁止處罰該行

---

37 BGHSt 39, 1 (23 f.); 41, 101 (110 f.).

38 BGHSt 39, 1 (24 ff.); 39, 168 (184 f.); 40, 241 (249 f.); 41, 101 (105 f.).

為。相對地，如果對於行為時的法律，是以德國法院所作的友善人權解釋為基礎，射殺行為被評價為違法，溯及既往禁止原則便不禁止處罰該行為。因此，問題在於，是否以及在什麼情況下，應該從有利行為人的國家法令，推論出行為的可罰性在行為時並無法律明文規定<sup>39</sup>。

聯邦最高法院首先釐清，禁止處罰行為時不可罰之行為，除了德國基本法第103條第2項之外，公政公約第15條及歐洲人權公約第7條也有明文規定，但是後兩者都附加了一項限制：溯及既往禁止原則並不排除，行為人的行為在行為時根據國際共同體所公認之一般法原則可罰者（*deren Tat zur Zeit ihrer Begehung nach den von der Völkergemeinschaft anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war*），得對行為人判決有罪（公政公約第15條第2項、歐洲人權公約第7條第2項）。依照這兩個人權公約，溯及既往禁止原則並沒有絕對效力，即使是行為時依據內國法律不可罰的行為，只要該行為的可罰性被國際共同體所公認的一般法原則所肯認，行為人就不能主張不罰。儘管如此，德國對於歐洲人權公約第7條第2項附加保留<sup>40</sup>，此一規定僅在德國基本法第103條第2項的界限內始能適用；德國對於公政公約第15條第2項雖未附加保留，但是效力低於具有憲法位階的德國基本法第103條第2項<sup>41</sup>。因此，在德國的法秩序底下，溯及既往禁止原則具有絕對效力，不容許任何例外。

法院認為，德國基本法第103條第2項所包含之溯及既往禁止原則也適用於阻卻違法事由。雖然有學說認為，此一原則的保護領域應該限縮在構成要件階層，不包括違法性階層，但是法院明確反對此種主張。理由在於，構成要件與阻卻違法事由的區分，並不永遠

39 BGHSt 39, 1 (26).

40 補充說明的是，德國已於2000年撤銷此一保留。參考Helmut Satzger著，王士帆譯，國際刑法與歐洲刑法，頁340（2014年）。

41 BGHSt 39, 1 (27).

能反應出對於一個阻卻違法的侵害法益事實，仍然可以作成社會非價的判斷（ein soziales Unwerturteil）；而且立法者在決定係限縮構成要件，或是不限縮構成要件而規定一個阻卻違法事由時，經常（而非一直）是技術性的決定。因此，一個構成要件該當的行為在行為時欠缺違法性，即使該阻卻違法事由事後不復存在，該行為基本上不得被處罰<sup>42</sup>。

不少文獻據此認為，在行為時被實踐的阻卻違法事由，即使違反更上位的規範，也不得予以忽略，否則就是在創設行為時不存在的可罰性，牴觸德國基本法第103條第2項。然而，聯邦最高法院反對如此的立場。首先，法院認為關鍵在於，可罰性在行為之前是否「由法律明訂」，行為時在國家實踐中所表現出來的法律詮釋，不因其事實性（Faktizität）而有拘束法官的效力。如果行為時的法律，得在法律文義界限內，根據憲法被解釋成符合東德對人權之國際法義務，此一友善人權解釋下的行為時法，就應該被理解為德國基本法第103條第2項意義下行為時明訂可罰性的「法律」。除此之外，溯及既往禁止原則的功能，在於保護被告免於恣意、將國家權力限制於執行一般法律，保護被告對於行為時有效法律存續的信賴。然而，行為人期待法律未來將如同行為時的國家實踐般被適用，繼續承認一個違反人權的阻卻違法事由，此種期待不值得被保護<sup>43</sup>。依據正確解釋東德法時原本應有的處置方式判斷被告行為的違法性，這並不是恣意<sup>44</sup>。因此，依據友善人權的方式理解行為時之東德法律，認定邊境守衛之射殺行為違法，並不牴觸溯及既往禁止原則。

## 2. 聯邦憲法法院

對於禁止適用東德法之阻卻違法事由，聯邦憲法法院也認為不

---

42 BGHSt 39, 1 (27 f.).

43 BGHSt 39, 1 (29 f.); 41, 101 (111 f.).

44 BGHSt 39, 1 (29 f.).

違反德國基本法第103條第2項所包含的溯及既往禁止原則。法院認為，此規定通常適用在德國刑法適用範圍內所實施與審理的犯罪，這部刑法是在民主、權力分立、負有實現基本權義務的條件下所制定而成，原則上符合實體正義的要求，這是德國基本法第103條第2項之絕對、嚴格信賴保護在法治國上的連結<sup>45</sup>。然而，若是根據德國刑法施行法第315條、德國刑法第2條，為了評價於前東德境內所實施之犯罪而必須適用東德刑法時，就不再無條件地適用絕對的信賴保護。因為，若是德國行使其刑罰權，係根據一個沒有民主、權力分立、實現基本權的國家的刑法，將會造成基本法的絕對法治國誠命與絕對溯及既往禁止之間的衝突。法院認為，支撐嚴格溯及既往禁止的特別信賴基礎，在於刑法典是由受基本權拘束的民主立法者所通過。如果其他國家在最嚴重的刑事不法領域裡，雖然制定了犯罪構成要件，卻以阻卻違法事由局部地排除其可罰性，在法律明訂的範圍之外，要求或促成重大不法，並因此重大侵害國際法共同體所公認的人權，此種特殊的信賴基礎就不復存在。在如此特殊的情況下，基於實質正義的誠命（內涵包括尊重國際法公認之人權在內），不得適用此種阻卻違法事由，德國基本法第103條第2項之嚴格信賴保護應該對之讓步。若非如此，德國的刑事司法將會陷入與其法治國前提自相矛盾的狀態<sup>46</sup>。

### 3. 歐洲人權法院

在德國法院對於射殺的東德守衛、東德共產黨中央委員會政治局（Politbüro der Zentralkomitee der SED）成員、以及國家軍事委員會（Nationaler Verteidigungsrat）成員判決有罪之後，部分被告向歐洲人權法院提起訴願，主張其行為依行為時之東德法及國際法不構成犯罪，對於其行為事後被德國法院判決有罪欠缺預見可能性，

---

45 BVerfGE 95, 96 (132).

46 BVerfGE 95, 96 (132 f.).

故德國法院所作成之有罪判決牴觸歐洲人權公約第7條第1項規定：「作為或不作為，依其行為時之內國法或外國法不構成犯罪者，任何人不得因此被判決有罪。亦不得宣告重於行為時所定之刑罰。<sup>47</sup>」在結論上，歐洲人權法院認為若是對東德法進行符合法治國之解釋，其行為在行為時就已經成立犯罪，故不違反歐洲人權公約第7條第1項之罪刑法定原則<sup>48</sup>。

在Streletz, Keßler u. Krenz v. Deutschland與K.-H. W. v. Deutschland兩案，歐洲人權法院皆認為，不論是邊境守衛或政治領導階級成員的行為，依據行為時之內國法與國際法已成立犯罪。首先，依據東德成文法（geschriebenes Recht），非武裝而且未造成他人危險的逃亡行為，並不構成得使用射擊武器的重罪；而且綜觀東德相關法律與憲法等規定，已經內含比例原則與保障生命權的誡命，故德國法院對於東德成文法的解釋與適用，並無恣意或違反公約第7條第1項可言<sup>49</sup>。其次，儘管依據東德不成文法（ungeschriebenes Recht），也就是凌駕法令規定的國家實踐，無人因為射擊而被追訴。但是法院強調，對於邊境之不可侵害性優越於生命保護的國家實踐，不得逾越東德憲法與法律所明訂的基本原則，東德使用具有自動化、無差別效果的地雷與自動射擊武器，以及給予邊境守衛的絕對命令「擊斃逃亡者、不計代價地保護邊境」，都重大違反東德憲法的人格權（生命權）保障與比例原則；依東德刑法第95條規

---

47 Art. 7 Abs.1 EMRK: „Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwere als die zur Zeit ihrer Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.“

48 EGMR, Urteil vom 22. März 2001 – Beschwerden Nr. 34044/96, 35532/97 u. 44801/98 (Streletz, Keßler u. Krenz v. Deutschland), NJ 2001, S. 261 (261 ff.); EGMR, Urteil vom 22. März 2001 – Beschwerde Nr. 37201/97 (K.-H. W. v. Deutschland), NJ 2001, S. 268 (268 ff).

49 Streletz, Keßler u. Krenz v. Deutschland, Rn. 61 ff., NJ 2001, S. 261 (261 f.); K.-H. W. v. Deutschland, Rn. 59 ff., NJ 2001, S. 268 (269).

定，行為侵害基本權與人權者，亦不得訴諸法律或命令免除刑事責任，故其行為無疑地成立犯罪<sup>50</sup>。最後，從行為時之國際法來看，依據聯合國人權宣言、公政公約與歐洲人權公約，生命權與遷徙自由均受到保障，而東德的國家實踐重大牴觸人權保障，個人仍應為侵害人權的行為負刑事責任<sup>51</sup>。

對於訴願人抗辯基於東德的實際狀況，無法預見其行為會被德國法院判決有罪，歐洲人權法院亦認為沒有說服力。在 *Streletz, Keßler u. Krenz* 案，訴願人皆是東德政治領導階級成員，東德法律規定與國家實踐的巨大落差，絕大部分是訴願人自己的作品。訴願人在東德國家機器裡位高權重，對於東德憲法、法律、國際義務以及國際上對於其邊境管理的批評，顯然不可能不知情。訴願人卻反其道而行，自行透過發佈秘密的命令與職務規定，強化與改善邊境保護設施與使用射擊武器，創造並維持了如此的邊境管理體系，架空東德在法律公報所公布的法律規定<sup>52</sup>。法院進一步認為，德國在統一後所必須克服的難題，亦即如何處置在前政權所實施的犯罪，也是許多其他民主轉型國家的難題，轉型國家有權追訴在前政權所實施的犯罪，轉型國家的法院依據法治國家的基本原則來適用與解釋行為時的法規範，也不應該受到批評<sup>53</sup>。法院考量生命權的重要性，認為德國法院對東德法規範的嚴格解釋符合公約第7條第1項，而東德重大侵害人權（尤其是生命權）的國家實踐，則是和法律毫無關聯，不能被視為公約第7條第1項的「法」。因此，*Streletz* 等人不得主張公約第7條第1項之保障，否則的話，將與公約保障所有人

---

50 *Streletz, Keßler u. Krenz v. Deutschland*, Rn. 67 ff., NJ 2001, S. 261 (262); K.-H. W. v. *Deutschland*, Rn. 66 f., NJ 2001, S. 268 (269).

51 *Streletz, Keßler u. Krenz v. Deutschland*, Rn. 90 ff., 103 ff., NJ 2001, S. 261 (263 f.); K.-H. W. v. *Deutschland*, Rn. 66 f., NJ 2001, S. 268 (269).

52 *Streletz, Keßler u. Krenz v. Deutschland*, Rn. 78, NJ 2001, S. 261 (263).

53 *Streletz, Keßler u. Krenz v. Deutschland*, Rn. 80 f., NJ 2001, S. 261 (263).

不受恣意的追訴、審判與處罰之意旨不符<sup>54</sup>。

不同於此，K.-H. W.案的訴願人是處於命令鍊末端的邊境守衛，對於其無法預見事後被判決有罪的抗辯，不能援用Streletz等人一案的論證。訴願人是年輕的士兵，受到洗腦教育，必須遵守長官「不計代價地」保護邊境的命令，如果逃亡者成功越過邊界，他就有被軍事檢察官調查的風險。然而，法院仍然駁回其欠缺預見可能性的抗辯。首先，東德的憲法與刑法等相關規範，都不是模糊不明的規定，任何人都能知悉其內容，「不知法律不得阻卻刑罰」的原則也適用於訴願人身上。再者，任何東德公民都知道國家緊縮的出境政策、邊境管理的本質、多數人民希望能夠出國，事實上也有一些人（被稱為共和國叛徒）採取各種手段這麼做。因此，當訴願人服役、效忠政權並因此可能駐守邊境時，他就知道或應該知道有可能必須射殺非武裝的逃亡者。最後，即使是一名士兵，若是命令不僅嚴重違反東德自身的法原則，而且侵害國際公認的人權，尤其是享有最高價值位階的生命權的命令，也不能盲目服從<sup>55</sup>。

#### 四、射殺行為之追訴時效

邊境守衛違法之過當射殺行為，自始不符合東德法律及國家實踐中的阻卻違法事由者，其追訴時效應該如何認定，亦是一個轉型國家的法院所面臨的典型難題。對此問題，德國依據兩德統一條約制定德國刑法施行法第315條a加以處理，聯邦最高法院因此處理了幾個適用爭議。

首先，聯邦最高法院在BGHSt 40, 48認為，在東德實施之犯罪的追訴時效是完全依據德國刑法施行法第315條a來判斷，而不依據德國刑法施行法第315條第1項之最有利原則，依據後者認定法律有

---

54 Streletz, Keßler u. Krenz v. Deutschland, Rn. 85 ff., NJ 2001, S. 261 (263).

55 K.-H. W. v. Deutschland, Rn. 73 ff., NJ 2001, S. 268 (269).

利行為人與否時，不應將追訴時效長短納入考量。若是追訴時效之判斷也依據最有利原則，則根本不需要有德國刑法施行法第315條a的規定。德國刑法施行法第315條a之立法意旨，是在藉此追訴在東德因為政治因素而未被追訴的犯罪<sup>56</sup>。基於此一理由，本規定並不以該犯罪在東德已被追訴為前提，也不以東德刑法規定比德國刑法更長的追訴期間為必要<sup>57</sup>；在行為同時適用東德刑法與德國刑法時，即使依德國刑法已完成追訴時效，只要在加入生效前依東德刑法尚未完成追訴時效，仍然得依此規定追訴之<sup>58</sup>。

其次，聯邦最高法院認為，依據德國刑法施行法第315條a，在加入生效之日追訴時效尚未完成之犯罪，其可追訴性並未被排除，而是依其原狀移轉至德意志聯邦共和國，這並不是令「已經喪失的刑罰權復活」，而是由德國承接追訴義務。被告不能以其行為依據德國刑法已無法被追訴為由主張信賴保護，因為其行為依據東德刑法尚可被追訴，他對於不追訴犯罪的東德政權存續的信賴，並不值得被保護。據此，此一規定不違反溯及既往禁止原則<sup>59</sup>。至於其規定尚在進行之追訴時效在加入生效之日中斷，一樣不違反德國基本法第103條第2項之溯及既往禁止原則及法治國原則<sup>60</sup>。此外，因為在兩德統一的前後，前東德的司法體系部分停擺，邊境守衛射殺的案件在東德更是未被追訴，對東德犯罪之追訴時效做特別規定，存在「理性的、出於事物本質的理由」，並不違反平等原則<sup>61</sup>。

---

56 BGHSt 40, 48 (56 f.).

57 BGHSt 39, 353 (356 f.).

58 BGHSt 40, 48 (57 f.).

59 BGHSt 40, 48 (59).

60 BGHSt 39, 353 (357).

61 BGHSt 39, 353 (358).



## 參、阻卻違法事由與溯及既往禁止原則

對於在東德境內射殺逃亡者的邊境守衛，以及命令守衛射殺逃亡者的軍官與政治領導人，應該如何評價其刑事責任，依據兩德統一條約所制定之德國刑法施行法第315條，德國法院應該適用最有利原則而定。此一規定完全落實溯及既往禁止原則的精神。然而，在判斷射殺行為依行為時法律是否可罰時，德國法院與歐洲人權法院卻都認同，即使射殺逃亡者在東德的國家實踐中不會被追訴、甚至是被獎勵的行為，也不得據此認定射殺行為依行為時之法律不罰。相反地，法院以東德的國家實踐重大違反人權為由，否定阻卻違法事由之效力，認定射殺逃亡者在行為時已經構成犯罪，開啟其適用德國刑法處罰的空間，因而處罰邊境守衛之射殺行為自始不構成溯及既往的刑罰，沒有牴觸德國基本法第103條第2項的問題<sup>62</sup>。然而，德國法院及歐洲人權法院對於東德阻卻違法事由的詮釋，符合溯及既往禁止原則的精神嗎？

### 一、阻卻違法事由適用罪刑法定原則

在討論聯邦最高法院對邊境法第27條第2項及其他職務命令的重新詮釋是否違反罪刑法定原則之前，必須先釐清罪刑法定原則是否也適用於「法定阻卻違法事由」。聯邦最高法院認為，犯罪構成要件與阻卻違法事由之間經常只有技術性的區分，故罪刑法定原則一體適用於法定阻卻違法事由，此一結論也獲得許多文獻支持<sup>63</sup>。

62 Zustimmend *Hirsch* (Fn. 4), S. 18; *Eser* (Fn. 16), Vorbem §§ 3-7 Rn. 103; *Werle/Vormbaum* (Fn. 19), S. 102; *Robert Alexy*, Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafrecht, 1993, S. 33; *Knut Amelung*, Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz – Ein Zwischenbericht, GA 1996, S. 51 (58).

63 *Arthur Kaufmann*, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW 1995, S. 81 (83); *Volker Erb*, Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108 (1996), S. 266 (271 ff.); *Thomas Fischer*,

不過，有許多文獻認為，罪刑法定原則僅適用於刑法領域，阻卻違法事由卻可能來自刑法以外的民法或公法領域，而刑法領域之阻卻違法事由的效力會及於民法或公法領域，若是將罪刑法定原則適用於法定阻卻違法事由，等於是迫使其他法領域也適用罪刑法定原則。為了避免此一後果，法定阻卻違法事由之適用不應受法條文義之拘束，法官得依據各個阻卻違法事由之目的限制其適用範圍<sup>64</sup>。

上述反對見解缺乏說服力。一般認為，罪刑法定原則的功能，一方面在保護國民對刑罰的預見可能性，僅在法律有明文規定時才會受到刑罰，法律規定得以成為個人行為的指引；另一方面在實現民主原則及權力分立原則，將干預人民權利最深刻的刑罰權界限，交由具有直接民主正當性、與個案保持一定距離的立法者決定<sup>65</sup>。法定阻卻違法事由和犯罪構成要件一樣，都是立法者決定國家刑罰權界限的形式要件，差別僅在於前者為消極要件，後者為積極要件而已，二者也共同構成了人民預見刑罰的法律根據。因此，從罪刑

---

Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 65. Aufl., 2018, § 1 Rn. 15; *Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Jörg Eisele/Wolfgang Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2016, § 7 Rn. 11, 38; *Armin Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2013, Vor § 32 Rn. 10; *Roland Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2017, § 1 Rn. 13; *Hans-Ullrich Paeffgen/Benno Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NomosKommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, Vor § 32 Rn. 59 ff.; *Klaus Lüderssen*, Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR, 1992, S. 28 f.; *Winfried Hassemer*, Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung. Grundlagen der „Mauerschützen“-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt, 2008, S. 173 (194); 薛智仁，家暴事件的正當防衛難題——以趙岩冰殺夫案為中心，中研院法學期刊，16期，頁44-47（2015年）。

64 *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 5 Rn. 42, § 15 Rn. 56; *Hans-Ludwig Günther*, Warum Art. 103 Abs. 2 GG für Erlaubnissätze nicht gelten kann, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 213 (215 ff.).

65 詳細說明，參考薛智仁，刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定，臺大法學論叢，44卷2期，頁615-626（2015年）。

法定原則的功能來看，此一原則不應該只適用於犯罪構成要件，卻不適用在法定阻卻違法事由上。由於罪刑法定原則原本就只在限制國家刑罰權的範圍，而不是在決定公法上或民法上的法律效果，因此將罪刑法定原則適用於法定阻卻違法事由，也只有在決定犯罪成立與否時，禁止法官為法定阻卻違法事由附加法無明文的限制，但是在決定其他法律效果時，仍然許可法官考量其制度目的，為法定阻卻違法事由附加法無明文的限制。依照此一觀點，同一行為在刑法領域得以阻卻違法，卻可能在其他領域不得阻卻違法，這是考量各個法領域有不同功能的必然結果，與法秩序一體性原則並不相牴觸。據此，聯邦最高法院肯定法定阻卻違法事由適用罪刑法定原則，值得贊同。

## 二、重新詮釋東德阻卻違法事由係「隱藏性之溯及既往」

### （一）法治國視角之東德阻卻違法事由

前面提過，如何詮釋東德邊境法第27條之阻卻違法事由，會直接影響射殺行為依行為時法是否成立犯罪的結論<sup>66</sup>。我們可以發現，德國法院及歐洲人權法院認為射殺行為依行為時法已經成立犯罪，主要是因為二者從自由法治國家的角度分析東德邊境法。依據法治國原則，國家對於人民基本權利之干預，必須遵守法條文義及比例原則的限制，邊境法第27條對於為了阻止重罪之實施而使用射

<sup>66</sup> 抽象來說，這涉及法概念（Rechtsbegriff）的法哲學爭議。對法律實證主義（Gesetzespositivismus）而言，制定法是認定法效力的唯一標準；對法唯實主義（Rechtsrealismus）而言，法實務運作是認定法效力的唯一標準；對法道德主義（Rechtsmoralismus）而言，法效力僅取決於其規範內容。在詮釋東德邊境法的時候，如何均衡考量法的實證性、事實性與道德性，是最根本的問題。參考 *Ulfrid Neumann, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel*, in: Prittwitz/Bauermann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen: Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, 2002, S. 109 (112 ff.); *Hans Vest, Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen? Nationale Strafverfolgung von staatlichen Systemverbrechen mit Hilfe der Radbruchschen Formel*, 2006, S. 84 ff.

擊武器的容許要件，應該從嚴解釋。據此，即使認為在大多數情形底下，為了非法越境所使用的手段強度已經符合重罪的定義，對於非武裝也未危害他人的逃亡者，通常只要單發射擊即可有效阻止逃亡，連續射擊係欠缺必要性的手段；即使連續射擊是最後手段，其所侵害之生命法益價值亦遠高於邊境的不可侵犯性，不符合衡平性的要求。如此一來，射殺行為就自始不符合邊境法第27條第2項之阻卻違法事由<sup>67</sup>。

然而，從法治國觀點詮釋東德邊境法的最大問題在於，東德並不是一個法治國家，而是一個社會主義國家。既然兩德統一條約明文規定，應該依據最有利行為人原則決定適用行為時法或裁判時法，對於行為時適用之東德刑法如何評價射殺行為，就應該是以東德法的基本原則作為解釋法律的基礎<sup>68</sup>。支配東德的整個法律體系及其解釋適用的基本原則，是所謂「社會主義法治」原則（*Prinzip der sozialistischen Gesetzlichkeit*）。此一原則一方面要求嚴格遵守法規範，另一方面法律適用必須達成意識形態所設定之政治目標，以勞動階級及其盟友之利益為導向<sup>69</sup>。社會發展的目標與標準是為了實現勞動階級及其盟友的利益，法規範必須以此作為解釋與適用的標準；依據馬列主義的理論，唯有東德共產黨能夠辨識社會的發展法則，依據社會主義發展的階段，有拘束力地設定其具體的目標與標準。因此，不同於在市民的法治國家中，法官必須臣服於法律，行政權必須受法律拘束，社會主義國家的法官及行政權必須受到上

---

67 這個角度的詮釋，參考LG Berlin, NStZ 1992, S. 494.

68 Vgl. *Bodo Pieroth*, *Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit*, VVDStL 51 (1992), S. 91 (97 f.); *Georg-Friedrich Ebner von Eschenbach*, *Wieviel Unrecht verträgt der deutsche Rechtsstaat? Verfassungsrechtliche Probleme der Verurteilungen von „Mauerschützen“*, 2000, S. 96 ff.

69 Vgl. *Joachim Herrmann*, *Menschenrechtsfeindliche und menschenrechtsfreundliche Auslegung von § 27 des Grenzgesetzes der DDR – Zum Mauerschützenurteil des BGH vom 3.11.1992*, NStZ 1993, S. 118 (119).

述意義下的社會主義法治原則所拘束<sup>70</sup>。在社會主義法治原則底下，除了自始逾越法定要件的過當射殺行為之外，基於殺人故意而射殺單純非法越境的逃亡者，都可以涵蓋在邊境法第27條第2項的阻卻違法事由裡。因為，非法越境實際上幾乎都被界定為重罪<sup>71</sup>，從政治局與國家軍事委員會所發佈之命令「非法越境者必須予以阻止或擊斃」亦可知，保護邊境優先於保護生命。儘管法律明訂盡量不採取傷及生命的手段，支配實務運作的原則卻是選擇使用最能確定阻止越界的手段，而連續射擊就是最能保證防止逃亡的手段。因此，邊境守衛的射殺行為得依東德邊境法第27條第2項阻卻違法性。此一結論亦可適用於邊境法制定之前，依據使用射擊武器之職務命令所實施的射殺行為。

儘管聯邦最高法院也認知到，對於東德邊境法第27條第2項之解釋適用應該以其國家實踐為準，但是認為從東德憲法及其他法律可推論出對生命權之干預應符合比例原則的要求，透過所謂「友善人權之解釋」，在故意射殺非武裝又未危及他人生命身體的逃亡者時，否定阻卻違法的效力，因而得出和直接採取法治國觀點詮釋東德邊境法第27條第2項相同的結果。然而，此種合憲性解釋其實是為聯邦德國的法治國體系量身打造的解釋方法，並無法適用在東德的社會主義法體系裡。如果真要對東德邊境法第27條第2項進行合憲性解釋，那麼不應該只考量東德憲法對於生命權的保障及比例原則的要求，而是也要考量到東德憲法第1條、第19條及第90條明白地採納社會主義法治原則，第7條甚至將國家邊境的不可侵犯性提升為憲法位階的法益。若是全盤考量東德憲法的規定，能否得出生命權保障優先於邊境安全保障，因而射殺逃亡者違反比例原則的結

---

70 Udo Ebert, *Strafrechtliche Bewältigung des SED-Unrechts*, in: Ebert/Rieß/Roxin/Wahle (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, 1999, S. 501 (517); Knut Amelung, *Strafbarkeit von „Mauerschützen“* – BGH, NJW 1993, 141, JuS 1993, S. 637 (638).

71 詳細討論：Herzog (Fn. 16), S. 2 ff.

論，恐怕也不是容易的事<sup>72</sup>。因此，聯邦最高法院所採取的「友善人權之解釋」，不僅不符合東德的國家實踐<sup>73</sup>，而且忽略規範上支配東德法體系的社會主義法治原則，無法迴避其將西方法治國觀念移植於東德的「法律帝國主義」質疑<sup>74</sup>。

若是依東德的實際政治結構決定邊境守衛射殺行為的可罰性，其所連帶產生的問題是：除了符合東德邊境法第27條第2項或其他職務命令的射殺行為在行為時合法之外，其他自始超越上述法令文義的過當射殺行為，是否應該基於其實際上受到表揚或獎勵，而一併認定其為合法行為？對此一問題，聯邦最高法院與許多文獻認為，此種過當行為（Exzesstaten）係依據東德法律自始構成犯罪，只是在東德時期未被追訴而已；如果連這種實際被暗中承認，但行為人不敢公開主張的阻卻違法事由，法院也必須肯定其效力，應該

---

<sup>72</sup> Ebert (Fn. 70), S. 519 f.; Alexy (Fn. 62), S. 15; ähnlich Klaus Günther, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 3. 11. 1992 – 5 StR 370/92 (LG Berlin) (sog. Mauerschützen), StV 1993, S. 18 (22).

<sup>73</sup> Werle (Fn. 15), S. 3007; Ebner von Eschenbach (Fn. 68), S. 98 f.; Günther Jakobs, Untaten des Staates – Unrecht im Staat. Strafe für die Tötung an der Grenze der ehemaligen DDR?, GA 1994, S. 1 (9)認為友善人權的解釋去除了東德的獨裁本質及敵視人權的合法性。

<sup>74</sup> Vgl. Herrmann (Fn. 69), S. 120; Werle/Vormbaum (Fn. 19), S.100; Amelung (Fn. 70), S. 639; Sälter (Fn. 5), S. 122 f.; Walter Gropp, Naturrecht oder Rückwirkungsverbot? – Zur Strafbarkeit der Berliner „Mauerschützen“, in: Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, S. 103 (109 f.); Horst Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, JZ 1997, S. 421 (426 f.) Im Ergebnis Gerhard Dannecker/Kristian F. Stoffers, Rechtsstaatliche Grenzen für die strafrechtliche Aufarbeitung der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze, JZ 1996, S. 490 (492); Jörg Arnold, Die „Bewältigung“ der DDR-Vergangenheit vor den Schranken des rechtsstaatlichen Strafrechts, in: Arnold (Hrsg.), Strafrechtliche Auseinandersetzung mit Systemvergangenheit: am Beispiel der DDR, 2000, S. 100 (123 f.); Kai Ambos, Artikel 7 EMRK, Common Law und die Mauerschützen, KritV 2003, S. 31 (42); Diethart Zielinski, Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 811 (816). 對歐洲人權法院之相同批評：Markus Rau, Detusche Vergangenheitsbewältigung vor dem EGMR – Hat der Rechtsstaat gesiegt?, NJW 2001, S. 3008 (3010).

是已經超出罪刑法定原則的要求<sup>75</sup>。相反地，Michael Pawlik認為，此種觀點預設東德可能對於其法令作成符合法治國原則的解釋，某些行為已經可以在法令的層次上被評價為違法行為，只是未被追訴而已。但是，東德的法令適用是徹底受到其政治結構所扭曲，符合法治國意義的法令適用，僅在不會動搖東德的社會與政治結構時才可能存在。如果東德的存續必須仰賴封閉邊境及其嚴密監控，那麼其不追訴過當的射殺行為，並不是單純未實現國家的刑罰權，而是不能認定其有罪<sup>76</sup>。因此，其認同Günther Jakobs所言，應該以實際存在的憲法（faktisch gelebte Verfassung）為標準，認定此種過當行為並不是「國家裡的不法」（Unrecht im Staat），而是根本的「國家的不法」（Unrecht des Staats）。若是將過當行為評價為不法，反而是對東德不法政權的粉飾<sup>77</sup>。

Jakobs與Pawlik將政治與法劃上等號，承認東德的國家實踐兼具實效性（Wirksamkeit）與法效力（Geltung）。然而，在東德的政治結構裡，國家實踐是否完全等於法秩序？若是仔細觀察，就可發現構成東德規範體系的主要規範，和相同文化圈的其他國家並無差異；我們從東德憲法雖然看不出東德是一個法治國家，但是也無法將其評為絕對的不法政權。東德是依照社會主義國家所給定的規則、以憲法所制定的程序來立法，而不是單純交由國家委員會或政

---

75 Vgl. Friedrich-Christian Schroeder, Zur Strafbarkeit von Tötungen im staatlichen Auftrag, JZ 1992, S. 990 (991); Gerhard Dannecker, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl., 2006, § 1 Rn. 451; Eser (Fn. 16), Vorbem §§ 3-7 Rn. 103; Winfried Hassemer/Walter Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NomosKommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, § 1 Rn. 48 b; Ebert (Fn. 70), S. 518 Fn. 35; Alexy (Fn. 62), S. 21 f.; Vest (Fn. 66), S. 86; Lüderssen (Fn. 63), S. 33 ff.; Arnold (Fn. 74), S. 125; Ebner von Eschenbach (Fn. 68), S. 99 ff.; Hirsch (Fn. 4), S. 14 f. (認為大多數射殺行為自始不符合邊境法第27條之文義)。

76 Michael Pawlik, Strafrecht und Staatsunrecht. Zur Strafbarkeit der „Mauerschützen“, GA 1994, S. 472 (477 f.); zustimmend Rau (Fn. 74), S. 3010 f.

77 Jakobs (Fn. 73), S. 1 ff.; Herrmann (Fn. 69), S. 118; H. Dreier (Fn. 74), S. 431.

治局發佈命令而已。即使是根據東德的社會主義法治原則，規範的文義仍是解釋法律時應該遵守的界限，在刑法領域也一概禁止脫離可能文義的解釋。若是東德法秩序的扭曲程度，已經到達國家機器的恣意決定就等同於制定的法律，那麼東德政權也不必透過秘密的命令來架空國家的法令，而是應該光明正大地以違反人權的法律遂行其惡行<sup>78</sup>。從這個角度來看，究竟東德「實際存在的憲法」是什麼，需要根據具體的社會因素謹慎分析，實際狀況有可能是介在政治絕對支配法律/法律獨立於政治的兩極之間<sup>79</sup>。上述Pawlik和Jakobs將東德的國家實踐完全等同於法秩序本身，抹除政治與法律的分野，顯然是忽視了東德「規範性生活世界」難以被清楚確定的現實，使其主張不再是對東德法律狀態的正確描述，反而淪為個人信念的闡述。因此，肯認在東德刑法下過當射殺行為具有違法性，仍是一個合理的看法。

## (二) 自始無效之東德阻卻違法事由

依據東德法體系的社會主義法治原則，邊境守衛的射殺符合東德邊境法第27條第2項或其他職務命令，只有在對於這些法令的詮釋違反東德法體系裡更高位階的法律時，始能否定其阻卻違法的效力，認定射殺行為依行為時法律已構成犯罪。從聯邦最高法院以友善人權的解釋與賴特布魯赫公式，否定東德將邊境射殺合法化的國家實踐，可知其認為此一國家實踐不僅違反東德憲法，而且重大違反超實證的正義誠命。違反公政公約及聯合國人權宣言對生命權與出境自由之保障，是國家實踐重大違反正義的主要理由。然而如下所述，此一論證尚有商榷的餘地。

---

<sup>78</sup> 參考Hirsch (Fn. 4), S. 11.

<sup>79</sup> Vgl. Neumann (Fn. 66), S. 125 f.; Lüderssen (Fn. 63), S. 36 f. Im Ergebnis Vest (Fn. 66), S. 85 f.; Kaufmann (Fn. 63), S. 84.



### 1. 違反憲法或其他實證法？

首先，對於東德邊境法第27條第2項或其他職務命令的國家實踐，是否如同德國聯邦最高法院所言，係違反東德憲法第30條第2項侵害生命權應以法律明訂、並且符合比例原則的要求？答案應該是否定的。如前所述，東德憲法並不是一部自由法治國的憲法，而是一部遵守社會主義法治原則的憲法，國家邊境的不可侵害性甚至被提升為憲法位階的法益，因此保護生命並非必然優越於保護邊境安全，一個防止非法越境所必要的故意射殺行為得以阻卻違法，並不會違反東德憲法<sup>80</sup>。

較具爭議性的問題是，對於東德邊境法第27條第2項及其他職務命令的國家實踐，是否違反公政公約或聯合國人權宣言而無效？此一推論的前提是：公政公約或聯合國人權宣言已經被轉化或整合為東德的內國法，上述國家實踐不符合公政公約或聯合國人權宣言的人權保障要求，而且被轉化為內國法的公政公約或聯合國人權宣言效力優先於東德邊境法或其他職務命令。若是缺少其中一個前提要件，就無法以該國家實踐違反東德之實證法為由，否定其作為阻卻違法事由的效力。

首先，關於上述國際法規範在東德有無內國法效力，答案相對明確。東德即使加入聯合國，聯合國人權宣言對於成員國自始沒有法律拘束力，亦不曾被轉化為東德的內國法。東德雖然在1974年加入公政公約，但是國民議會並未依據東德憲法第51條批准，故公政公約也不是東德內國法。因此，公政公約及聯合國人權宣言僅課予東德在內國落實人權保障的國際法義務，但是欠缺東德內國法效力，遑論成為否定邊境法及其他職務命令效力的實證法<sup>81</sup>。然而，

---

<sup>80</sup> Herzog (Fn. 16), S. 6 ff.; Ebner von Eschenbach (Fn. 68), S. 76 f.

<sup>81</sup> Herzog (Fn. 16), S. 33 ff.; Ebert (Fn. 70), S. 522; Alexy (Fn. 62), S. 15-17; Gropp (Fn. 74), S. 111; Amelung (Fn. 62), S. 56; Amelung (Fn. 70), S. 641; Dannecker/

Hans-Ludwig Schreiber 質疑此種相當普遍的觀點忽略了東德的憲法實況，亦即東德的國民議會鮮少將國際人權公約全盤轉化為內國法，因為對於東德及其國民而言，相較於其透過社會主義式的基本權規定與實踐所獲致的地位，這反而意味著一種權利地位的倒退。因此，東德通常是透過其所屬機關，使東德的法秩序及社會運作符合國際法的要求，許多國際公約即使未被轉化為內國法，對其國民仍有拘束力；無論如何，東德有義務對其國民遵守公約的規定<sup>82</sup>。此一質疑從東德的實際政治結構出發，但是忽略了，東德加入公政公約或宣示認同聯合國人權宣言，也可能只是為了對外宣傳，而不是真正認同人權保障<sup>83</sup>；即使東德認同人權保障，在社會主義法治原則底下，也只有在符合其社會與國家秩序的前提下，才有落實人權保障的義務，國際公約不能強迫一個主權國家接受外來的人權觀<sup>84</sup>。因此，上述國際法規範在東德沒有內國法效力，應是可以肯定的。

退一步而言，假如公政公約及聯合國人權宣言在東德有內國法效力，則必須進一步審查國家實踐是否違反上述國際法規範，尤其是公政公約第12條出境自由與第6條生命權之保障。儘管聯邦最高法院認定東德的國家實踐違反上述國際法規範，不過我們必須注意，這樣的解釋是以自由的人權觀（ein liberales Menschenrechtsverständnis）為基礎，而不是以實際支配東德的社會主義人權觀

---

*Stoffers* (Fn. 74), S. 492; *H. Dreier* (Fn. 74), S. 425; *R. Dreier* (Fn. 28), S. 64; *Ebner von Eschenbach* (Fn. 68), S. 90 f.

<sup>82</sup> *Hans-Ludwig Schreiber*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Schußwaffengebrauch an der Grenzen zwischen Bundesrepublik und DDR, in: Lampe (Hrsg.), Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung, 1993, S. 53 (60). Ebenso *Hirsch* (Fn. 4), S. 16 f.

<sup>83</sup> *Pawlik* (Fn. 76), S. 475; *Wolfgang Frisch*, Unrecht und Strafbarkeit der Mauerschützen, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 133 (141).

<sup>84</sup> *Herrmann* (Fn. 69), S. 119.

(ein sozialistisches Menschenrechtsverständnis) 為基礎。這兩個彼此競爭的人權觀何者具有效力，在當時的國際法學或實踐上並無共識，儘管以社會主義的人權觀詮釋公政公約並非最佳解釋，但是也並未明確牴觸明文的國際法<sup>85</sup>。基於公政公約第1條明訂之人民自決權，東德人民有權不受外力干涉，決定自己的法律體系與人權體系，不依自由的人權觀來詮釋公政公約<sup>86</sup>。

對於社會主義人權觀而言，個人得不受限制地自由離開自己國家，並不屬於對公民而言具有決定性的要素；反而在政治實踐上，出境自由的背後通常代表著要求有反對共產主義的自由、要求合法引誘出境與人口販賣、或要求背叛社會主義祖國。依據社會主義的人權觀，並不存在體系中立的普世人權，人權對立 (Menschenrechtsgegensatz) 就相應於階級對立，公政公約雖然「有普世性的傾向」，但是本質上仍然是不同社會秩序的國家在國際公共論壇上的妥協約定 (Vereinbarungskompromiß)<sup>87</sup>。在社會主義人權觀的基礎上，東德邊境法第27條第2項的詮釋，仍然符合公政公約第12條所要求的，為了保護國家安全或公共秩序以法律限制出境自由<sup>88</sup>，其容許射殺逃亡者也不會構成公政公約第6條之「恣意」剝奪生命。

綜上所述，在社會主義法治原則與社會主義人權觀的基礎上，東德邊境法第27條第2項及其他職務命令作為阻卻違法事由，不因為牴觸東德憲法、公政公約或聯合國人權宣言而無效。聯邦最高法院認定東德的國家實踐牴觸上述國際法規範，實際上是將自由的人權觀移植在法律與人權體系不同的東德，忽視東德受社會主義人權

---

85 Ebert (Fn. 70), S. 521; Alexy (Fn. 62), S. 19; H. Dreier (Fn. 74), S. 425亦質疑公政公約的保障程度可能無法像聯邦最高法院解釋得那麼大。

86 Hermann Klenner, Menschenrechte und Völkerrecht, 1978, S. 1109 f., 轉引自 Alexy (Fn. 62), S. 18 f.

87 參見 Klenner (Fn. 86), 轉引自 Alexy (Fn. 62), S. 18.

88 R. Dreier (Fn. 28), S. 64.

觀支配的政治與社會現實。

## 2. 違反超實證法？

接著的問題是，東德邊境法第27條第2項及其他職務命令的詮釋，是不是違反超實證法而喪失法律上的效力。如前所述，聯邦最高法院雖然承認邊境守衛射殺行為無法和納粹的大屠殺相提並論，但是違反公政公約或聯合國人權宣言對出境自由與生命權的保障，仍可以被評價為極端不法（*extremes Unrecht*），故實證法必須向正義退讓，邊境法第27條第2項及其他職務命令的詮釋因此喪失阻卻違法的效力<sup>89</sup>。

在探究邊境守衛射殺是否構成賴特布魯赫公式意義下的極端不法之前，必須先指出聯邦最高法院的論證方法有其缺失。聯邦最高法院將國際人權公約視為認定極端不法的「具體判斷標準」，並以東德的國家實踐違反人權公約為由，斷定邊境守衛射殺構成極端不法。此一論證方法的優點是，公約內容是邊境守衛射殺構成抵觸超實證法的「極端不法」的輔助判斷標準，故公約未經東德國民議會批准取得內國法效力一事，並不會改變公約內容獲得普世承認的事實<sup>90</sup>。但是它的關鍵缺失在於，即使人權公約可以成為「極端不法」的具體判斷標準，聯邦最高法院卻過於輕率地從違反公約推論出邊境守衛射殺構成「極端不法」<sup>91</sup>。此一推論不僅忽略，自由的人權觀和社會主義的人權觀都可能是解釋公約的基礎，在社會主義的人權觀底下，邊境守衛射殺並不當然會違反公約；即使是違反公約的行為，也不當然就是抵觸根本的正義誠命而構成「極端不法」。聯邦最高法院的論證策略，表面上是停留在超實證法的層

<sup>89</sup> 贊同見解：*Hassemer* (Fn. 63), S. 196 f.

<sup>90</sup> *Ebenso K. Günther* (Fn. 72), S. 21; *H. Dreier* (Fn. 74), S. 426; *Ebner von Eschenbach* (Fn. 68), S. 89.

<sup>91</sup> 李建良，轉型不正義？——初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判，月旦法學雜誌，148期，頁26（2007年）。

次，實際上是將公政公約當成效力優先於邊境法及其他職務命令的東德實證法，藉此規避了公政公約在東德欠缺內國法效力，以及東德依據社會主義的人權觀理解公政公約的事實<sup>92</sup>。因此，固然不排除國際公約可以成為輔助判斷極端不法的具體標準，但是法院在認定邊境守衛射殺違反公約之外，進一步論證其構成極端不法的義務不能被免除。就此而言，聯邦最高法院的論證並不完整。

然而，如果直接適用賴特布魯赫公式本身，將會面臨如何認定「明顯重大違反正義與人性的基本思想」、不正義程度已「違反全人類共通的、涉及人類價值與尊嚴的法確信」的根本難題。即使我們認同，除了賴特布魯赫公式原本適用的納粹大屠殺之外，世界上仍可能存在其他可以相提並論的極端不法，但邊境守衛射殺是否構成極端不法，可說是人言人殊。支持者認為，邊境守衛的射殺特別重大的侵害其出境自由及人性尊嚴，和逃亡者的行為之間極端失衡，純粹是出於保障東德共產黨政權存續的目的，所以屬於極端不法<sup>93</sup>。Robert Alexy特別指出，在東德的不法結構底下，個人幾乎不可能合法出境東德，也無法自由討論如何解決出境問題，不願接受命運的人就必須被射殺，在這種情況下，一個人如果不是終其一生過著自己不想要的生活，就是為了實現美好人生而付出犧牲自己生命的代價，整體來說無疑已經構成極端不法<sup>94</sup>。反對者則是認為，出境自由的內涵與範圍在國際上本來就有不同的詮釋，西方的民主憲政國家也容許在邊境使用射擊武器，東德將其與西德的邊境管理得密不透風符合其國家理性（*Staatsraison*）。對於社會主義國家而言，冷戰也使其必須在與敵對陣營的邊境上採取特別措施。因此，邊境守衛射殺的不正義並未達到不能忍受的程度，無法被評價為極

---

92 Alexy (Fn. 62), S. 26 f.; Frisch (Fn. 83), S. 140 f.

93 Joachim Hruschka, Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht, JZ 1992, S. 655 (667 f.); Herzog (Fn. 16), S. 42 ff.

94 Alexy (Fn. 62), S. 29 f.

端不法<sup>95</sup>。在這個背景底下，聯邦最高法院儘管已經注意到邊境守衛射殺不等於納粹大屠殺，但是沒有充分考量相關的整體事實就將其評價為極端不法，同樣是論證不足。

即使肯定邊境守衛射殺構成極端不法，我們還面臨一個難題：此種超實證法足以否定實證法的效力嗎？相較於在實證法體系裡，低位階的法令會因為違反高位階的法律或憲法而失效，理論上不容易從違反超實證法或所謂普世的法確信推論出相同的結論。超實證法有無意願以否定實證法效力的方式貫徹其效力，實際上有無如此的效力，恐怕難以被證明。即使理論上可以論證出，超實證法足以否定實證法的效力，也必須進一步解釋，此時是否應該課予立法者制定新法取代不正義之實證法的義務，或是保留一個途徑來確定或廢除不正義之實證法<sup>96</sup>。相較於直接否定不正義之實證法的效力，上述重新立法或宣告違憲等途徑，更能提升法安定性及實證法的可靠性。因此，也有不少超實證法的支持者，認為超實證法只具有此種較為克制的效力，無法逕行產生否定實證法的結果<sup>97</sup>。就此而言，聯邦最高法院以邊境守衛射殺違反根本的正義誠命而否定其阻卻違法的效力，對於牽涉其中的根本問題欠缺意識，也忽略賴特布

---

95 Ebert (Fn. 70), S. 524; Dannecker/Stoffers (Fn. 74), S. 491; Zielinski (Fn. 74), S. 823 ff.; R. Dreier (Fn. 28), S. 66; Ralf Dreier, *Juristische Vergangenheitsbewältigung*, 1995, S. 32 ff.; Jörg Arnold, *Einschränkung des Rückwirkungsverbots sowie sorgfältige Schuldprüfung bei den Tötungsfällen an der DDR-Grenze*, in: Arnold (Hrsg.), *Strafrechtliche Auseinandersetzung mit Systemvergangenheit: am Beispiel der DDR*, 2000, S. 131 (136 f.).

96 舉例來說，黃丞儀，*戒嚴時期法律體系的未解難題與責任追究*，收於：臺灣民間真相與和解促進會編，*記憶與遺忘的鬥爭：臺灣轉型正義階段報告——卷三：面對未竟之業*，頁62-65（2015年）認為，臺灣在動員戡亂臨時條款和戒嚴令所創造的黨國體制之下，無論懲治叛亂條例或軍事審判機制都違反了最低限度的自然法，可以視為極端不正義的情況，從而不屬於有效的法律，但是也注意到我國大法官獨佔解釋憲法的權力，尚未被宣告違憲前，法官是否能拒絕適用，恐怕還有爭論。

97 Frisch (Fn. 83), S. 143 ff.; H. Dreier (Fn. 74), S. 429; Kaufmann (Fn. 63), S. 86; Ebner von Eschenbach (Fn. 68), S. 117.

魯赫公式本身的疑義。

總結來說，將賴特布魯赫公式適用在邊境守衛射殺，不僅面臨其能否被歸類為極端不法的難題，也會面臨超實證法能否直接否定實證法效力的難題，想要在本案對上述難題均得出肯定結論，需要以相當複雜的論證為基礎。然而，聯邦最高法院未提供進一步的解釋，是明顯的論證漏洞。

### （三）小結

回顧上述分析，德國法院及歐洲人權法院認定邊境守衛射殺行為為依行為時法律成立犯罪，是建立在對於東德邊境法第27條第2項及其他職務命令的重新詮釋之上。聯邦最高法院及歐洲人權法院對於東德法的「友善人權解釋」，並不是對於受社會主義法治原則支配之東德法律的現狀描述，而是以當時東德不承認的法治國原則所作的重新詮釋<sup>98</sup>。聯邦最高法院採納「賴特布魯赫公式」，認定東德邊境法因違反國際人權公約構成極端不法而無效，同樣是以實質正義觀點否定該法律在東德法體系裡的效力，忽視上述規定不一定構成極端不法，也不當然因為涵蓋極端不法而自始無效。在這個基礎上，德國法院及歐洲人權法院認定邊境守衛射殺行為為依行為時法律成立犯罪，並不是如同其表面所說，僅止於確認行為時的法律狀態，而是透過重新詮釋行為時法律，事後創設了邊境守衛射殺行為的可罰

---

<sup>98</sup> 本文強調應該從社會主義法治原則的角度詮釋東德法律，是著眼於溯及既往禁止原則的精神，也就是應該真正還原「行為時」的法律狀態，決定行為是否依據「行為時」的法律成立犯罪。如果以行為時根本不適用於東德的法治國原則重新詮釋東德邊境法，就不是在還原行為時的法律狀態，因而和溯及既往禁止原則的精神有所抵觸。因此，從社會主義法治原則來詮釋東德法律，只是在確認邊境守衛射殺行為依據東德法律受到何種評價而已。如果邊境守衛射殺的行為依據東德法律係無罪，統一後的德國認為，貫徹溯及既往禁止原則的無罪結果難以被接受，則可以基於保障人權的正義思想，在憲法上為溯及既往禁止原則創設例外，以實現轉型正義的目標。換言之，如何詮釋行為時法律和實現轉型正義是兩個不同層次的問題。

性，本質上是隱藏性的溯及既往（*verdeckte Rückwirkung*）<sup>99</sup>。

### 三、「隱藏性之溯及既往」之合憲性

在確定聯邦最高法院引用「友善人權解釋」和「賴特布魯赫公式」其實是隱藏性的溯及既往之後，接著的問題就是，法院如此建構行為人的可罰性，是否抵觸德國基本法第103條第2項之罪刑法定原則？

#### （一）「友善人權之解釋」與罪刑法定原則

第一個問題是：聯邦最高法院對於邊境法第27條第2項及其他職務命令作出「友善人權之解釋」，是否抵觸罪刑法定原則？可以確定的是，友善人權之解釋仍然符合犯罪與其法律效果應以「法律」明訂的子原則。此處的「法律」係指國會有效通過的法律，只要行為之可罰性可以在行為時適用的法律中找到根據，就滿足此一子原則的要求。聯邦最高法院對於邊境法第27條第2項之友善人權解釋，係根據落實在東德憲法及邊境法文義的比例原則所作的解釋，而不是為該阻卻違法事由附加法無明文的限制，因此射殺行為之可罰性仍是以「法律」為根據。

比較有疑義的是，聯邦最高法院對於同一法定阻卻違法事由，不依據行為時之社會主義法治原則及國家實踐加以解釋，而是在裁判時依據法治國原則加以解釋，導致法定阻卻違法事由之適用範圍縮小，使射殺行為事後變成違法行為。此一事後不利行為人的解釋變更，與不利行為人之裁判變更（*Rechtsprechungsänderung*）有高度雷同性，是否違反溯及既往禁止原則<sup>100</sup>？通說認為，罪刑法定原則僅涉及法律（*Gesetz*）本身，而不涉及法律的解釋，故此一原則

<sup>99</sup> *Dannecker/Stoffers* (Fn. 74), S. 493; *H. Dreier* (Fn. 74), S. 431; *Giuliano Vassalli*, *Radbruchsche Formel und Strafrecht*, 2010, S. 277.

<sup>100</sup> *Herrmann* (Fn. 69), S. 120.



不禁止法院裁判在事後發生不利行為人的變更，否則法律解釋隨著時代變遷的可能性將不存在<sup>101</sup>。部分學說則是認為，若是裁判變更只是因應事實或規範條件變遷，單純對於特定構成要件要素作成不同的解釋，固然不牴觸溯及既往禁止原則；但是，如果一個犯罪構成要件必須透過裁判的解釋才有完整的輪廓，終審法院的固定裁判具有補充法律的功能（*gesetzesergänzende Funktion*），受規範者對於裁判延續性的信賴就相當於對法律的信賴，若是此種裁判發生不利行為人之變更，則牴觸溯及既往禁止原則<sup>102</sup>。依據上述觀點，聯邦最高法院就邊境法第27條第2項及其他職務命令作成不利行為人的解釋，既非法律本身的變更，亦非補充法律功能之裁判變更，故不牴觸溯及既往禁止原則。

裁判變更是否原則性不適用溯及既往禁止原則，是一個值得省思的問題。畢竟從保障國民之刑罰可預見性來說，法律規定以及裁判對於法律的解釋，一樣是決定國家刑罰權界限的國家高權決定，不論國家刑罰權的擴張是來自法律變更或裁判變更，都會對國民形成突襲。從實現民主原則與權力分立來看，溯及既往禁止原則的任務，是在防止立法者針對已經發生的個案量身訂作刑法，反而使其僭越司法權的個案裁判任務。在法院裁判具有替代立法功能時，正是考量法院實際上居於立法者的角色，學說上才進一步肯定其適用溯及既往禁止原則。一個典型的例子是，法院以特定酒精濃度值作為認定不能安全駕駛的標準，嗣後降低酒精濃度值的標準，此一不利行為人的新標準不應適用於其生效前的行為<sup>103</sup>。不過本文認為，

---

101 BVerfGE 18, 224 (240 f.); *Roxin* (Fn. 64), § 5 Rn. 61; *Albin Eser/Bernd Hecker*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., 2014, § 2 Rn. 7; *Völker Krey/Robert Esser*, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Rn. 72 ff.; *Dannecker* (Fn. 75), § 1 Rn. 444; *Fischer* (Fn. 63), § 1 Rn. 17; *Hassemer/Kargl* (Fn. 75), § 1 Rn. 50.

102 *Schmitz* (Fn. 63), § 1 Rn. 37.

103 Vgl. nur *Schmitz* (Fn. 63), § 1 Rn. 38; *Hassemer/Kargl* (Fn. 75), § 1 Rn. 57.

在具有替代立法功能的裁判變更之外，若是無條件地容許終審法院在法條文義容許的範圍內進行裁判變更，並且賦予其溯及既往的效力，也存在司法權逾越立法權限的危險。因為，法條文義通常具有開放性與不明確性，法官的裁判變更雖然尚在文義可能的界限之內，但是其法律解釋可能已經大幅背離立法者的意思，該法律的意義和內涵已經被法院所完全轉化<sup>104</sup>。此時，實質上等於是由于欠缺直接民主正當性的法院，取代立法者的地位重新設定國家刑罰權的界限，因而牴觸溯及既往禁止所欲確保的民主原則及權力分立原則。換言之，從溯及既往禁止原則的功能來看，不利行為人之裁判變更和法律變更應予等同處理的範圍，可能比起上述學說所承認的範圍更大。尤其隨著現代立法者逐漸傾向對法律內容作彈性規定，交給法院在個案中將規範內容具體化，法院實質替代立法者決定刑罰權界限的範圍越來越廣，裁判變更適用溯及既往禁止原則的需求更為強烈<sup>105</sup>。從這個角度來看，部分學說主張溯及既往禁止原則基本上適用於裁判變更，或是類推適用於裁判變更，有其一定的說服力<sup>106</sup>。

104 刑法第185條之4之肇事逃逸罪，就是典型的事例。本罪從1997年增訂至今，構成要件的內容始終維持不變，但是最高法院對於本罪的解釋適用，已經逐漸脫離保護被害人人身安全的立法意旨，轉而依據保護釐清事故責任之必要性擴大本罪之適用範圍。換言之，本罪原本是保護生命身體法益的條文，如今已被最高法院改造為兼具保護財產或刑事追訴利益的條文。詳細檢討，參考薛智仁，變遷中的肇事逃逸罪——評最高法院104年度臺上字第2570號刑事判決，政大法學評論，149期，頁227-248（2017年）。

105 薛智仁（註65），頁637-642；Ulfrid Neumann, Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsgerichtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot). Überlegungen im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum „Präzisierungsgesetz“ (BVerfGE 126, 170), in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 197 (199).

106 Christoph Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., 2014, Art. 103 Rn. 73 f.; Ulfrid Neumann, Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?, ZStW 103 (1991), S. 336 (336 ff.); Monika Frommel, Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der

基於上述反省，對於德國法院以法治國觀點重新詮釋東德邊境法第27條第2項及其他職務命令，能否比照通常的裁判變更，認為其不牴觸溯及既往禁止原則，容有商榷餘地。通常的裁判變更是發生在同一法律體系及價值觀下，法院單純因為規範或事實條件變遷而調整法律的解釋，對法律所作的重新解釋，仍然是在法律所表現之立法意旨所容許的範圍之內。因此，此時的裁判變更即使不利行為人，尚不至於重大顛覆國民對於刑罰的可預見性，法院也尚未僭越立法者的意志。相對於此，此處的裁判變更是發生在東德的社會主義法治原則徹底被德國的自由法治國原則取代的狀況之下，德國法院對東德法律的重新詮釋，實際上已經超出東德法院可能的法律解釋範圍之外，而且明顯和東德立法者賦予邊境法的立法意義不同<sup>107</sup>。德國法院所為「友善人權的解釋」，不可能在行為時成為東德邊境守衛所遵守的行為準則，更不可能成為東德法院制裁邊境射殺行為的根據。此種裁判變更的實際意義，已經等同於後繼國家對被併吞國家法律的改寫，因而牴觸溯及既往禁止原則<sup>108</sup>。

至於歐洲人權法院在Streletz等人及K.-H. W案對於東德法律進行友善人權的解釋，認定射殺行為為依據東德的成文法已經成立犯罪，訴願人皆可預見行為之可罰性，德國法院之有罪判決不牴觸公約第7條第1項之溯及既往禁止原則，有類似的論證缺陷。人權法院

---

Radbruch'schen Formel, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, S. 81 (90 f.).

<sup>107</sup> 類似觀點，Bernd Schünemann, Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot als Prüfstein des Rechtsbegriffs – von den dogmatischen Untiefen strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung und der Wertlosigkeit der Radbruchschen Formel, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 455 (458 f.).

<sup>108</sup> Im Ergebnis Herrmann (Fn. 69), S. 120; Dannecker (Fn. 75), § 1 Rn. 451; Dannecker/Stoffers (Fn. 74), S. 492; Arnold (Fn. 74), S. 124; Vassalli (Fn. 99), S. 282 f.; Ebner von Eschenbach (Fn. 68), S. 102; Lorenz Schulz, Der nulla-poena-Grundsatz – ein Fundament des Rechtsstaats?, in: Pawlowski/Roellecke (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates, 1996, S. 173 (185).

自行將非武裝的逃亡解釋成輕罪，據此認定射殺行為不符合東德邊境法第27條第2項的適用要件，根本就不是行為時東德實務的解釋。人權法院透過重新詮釋東德法律，將射殺行為解釋為依行為時之成文法已成立犯罪，反而規避了應該討論的根本問題：公約第7條第1項之溯及既往禁止原則，是否以及在多大範圍上，容許基於法治國或人權的理由，將行為時有效的阻卻違法事由事後解釋為無效，並且回溯適用<sup>109</sup>？如果人權法院是出於實現正義之必要，不希望對射殺行為的處罰受到溯及既往禁止原則的拘束，那麼比較誠實的作法，應該是肯定射殺行為符合東德邊境法第27條第2項的適用要件，但是判斷其是否構成公約第7條第2項的例外條款「行為人的行為在行為時根據國際共同體所公認之一般法原則可罰者」，決定是否容許溯及既往。依照這個觀點，人權法院或許還是可以宣告，德國法院事後重新詮釋東德法律並未違反公約的溯及既往禁止原則，但是理由不在於射殺行為依東德成文法自始可罰，而在於其符合溯及既往的例外條款<sup>110</sup>。

## (二)「賴特布魯赫公式」與罪刑法定原則

另一個問題是：聯邦最高法院運用「賴特布魯赫公式」否定東德邊境法第27條第2項及其他職務規則的阻卻違法效力，是否牴觸罪刑法定原則<sup>111</sup>。首先，此一作法是否違反溯及既往禁止原則？部分學說認為，依據賴特布魯赫公式，上述規定係違反行為時已經存在的普世正義思想，自始就欠缺法律效力，聯邦最高法院僅是事後確認行為時的法律狀態，而不是回溯變更行為時的法律狀態，故不

109 Kai Ambos, Internationales Strafrecht, 4. Aufl., 2014, § 10 Rn. 90.

110 Im Ergebnis Rau (Fn. 74), S. 3014.

111 值得注意的是，H. Dreier (Fn. 74), S. 428 f. 觀察自然法的歷史，認為自然法主要是在解決個人良知與犯罪高權的衝突，自然法是在為那些不服從實證法的人提供正當性，可能是抵抗、叛亂或謀殺暴君。就其所知，找不到任何近代的體系，是以自然法來創設遵守實證法之人的可罰性。類似看法，參考 Michael Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 108 f.

牴觸溯及既往禁止原則<sup>112</sup>。然而，此一觀點並無法解釋，為何對於射殺逃亡者行為的評價是兼用兩套法概念與法效力的標準：在判斷是否該當殺人構成要件時是以實證法為標準，在判斷是否阻卻違法性時以超實證法為標準。對於行為時的法律狀態的描述，只可能在實證法（或包含實務運作）或超實證法之間選擇其一，而不可能是兼採二者。因此，賴特布魯赫公式訴諸超實證法，與其說是在重構行為時的法律狀態，倒不如說只是在作出一個規範性或道德性的訴求，呼籲法院實務拒絕適用不正義的實證法<sup>113</sup>。據此，若是以上述法令的實證性與事實性來看，賴特布魯赫公式是在事後否定上述法令原本被賦予的阻卻違法效力，產生不利行為人之法律變更的作用，因而違反溯及既往禁止原則<sup>114</sup>。

即使不考慮此一作法是否符合溯及既往禁止原則，其仍有可能牴觸犯罪與法律效果應以「法律」明訂的法定性原則。因為，此一原則正是要求只有國會通過的法律才能成為可罰性的根據，國民得以信賴法律所劃定的可罰性界限。以賴特布魯赫公式否定法定阻卻違法事由之效力，等於是承認超實證的正義理念作為認定可罰性的根據，不合法定性原則。此一結果不會因為德國基本法第20條第3項明訂「行政與司法應受法律與法（Gesetz und Recht）之拘束」而有所改變。因為，依據此一規定，法院得以賴特布魯赫公式否定上述法令之阻卻違法效力，據此確認邊境守衛射殺是不法行為，但是並不等於得據此認定該行為之可罰性（Strafbarkeit），德國基本法第103條第2項對於行為之可罰性限定以「法律」為根據，在此範圍內屬於德國基本法第20條第3項之特別規定。簡言之，上述作法

---

112 Ebert (Fn. 70), S. 526; Alexy (Fn. 62), S. 32 f.

113 Vgl. Neumann (Fn. 66), S. 117 f.; Ulfrid Neumann, Die Rolle von Recht, Gesellschaft und Politik bei der Verarbeitung von „Unrechtssystemen“, in: Neumann/Prittowitz/Swensson Jr./Torelly (Hrsg.), Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung, 2013, S. 39 (49 ff.).

114 Vgl. H. Dreier (Fn. 74), S. 431; Schulz (Fn. 108), S. 188 f.

也因為牴觸法定性原則，不符合德國基本法第103條第2項之罪刑法定原則<sup>115</sup>。

### (三) 罪刑法定原則效力之相對化

若是貫徹上述溯及既往禁止原則及法定性原則的觀點，德國法院以重新詮釋及否定東德邊境法效力的方式，支撐對於邊境守衛射殺行為之有罪判決，應是違反德國基本法第103條第2項之罪刑法定原則。不過，此一放任侵害人權的射殺行為無罪的結論嚴重牴觸正義的感受，法院和不少學說都在維持德國基本法第103條第2項之絕對效力之下，嘗試透過目的性限縮或附加不成文例外，肯認德國法院判決邊境守衛有罪的結論。因此，最後的問題就是，法院能夠為罪刑法定原則進行目的性限縮或附加不成文例外嗎？

從形式上來看，有別於許多國際人權公約的規定，德國基本法第103條第2項之罪刑法定原則是不容衡量、沒有例外的規則(Regel)，並未針對特定重罪或特定人增設例外條款。此一絕對保障效力並不因為德國加入歐洲人權公約及公政公約而有所改變，因為德國對於歐洲人權公約第7條第2項附加保留，公政公約第15條第2項之效力低於德國基本法第103條第2項。兩德統一條約也透過德國刑法施行法第315條，毫無例外地落實德國基本法第103條第2項的保障。透過此種「嚴格形式化」(strikte Formalisierung)的規定方式，德國基本法表明在實現正義導向的處罰需求與法安定性導向的信賴保護之間，法安定性一概優先於實體正義，法官不得為了實現特殊重大的實體正義，自行重新安排法安定性和實體正義的優先次序。因此，即使對於極端不法有強烈的刑罰需求，在基本法沒有明文規定例外條款之下，也無法推翻信賴保護的優先地位<sup>116</sup>。

---

115 Dannecker (Fn. 75), § 1 Rn. 451; Dannecker/Stoffers (Fn. 74), S. 491 f.; Schulz (Fn. 108), S. 188.

116 結論相同：H. Dreier (Fn. 74), S. 432; Schmitz (Fn. 63), § 1 Rn. 35; Zielinski (Fn.

不過，Robert Alexy認為德國基本法第103條第2項之絕對效力，應該被理解成「附條件」(bedingte)的絕對效力。他主張法定性原則之目的在保障個人免於法官恣意(恣意禁止)、保障行為人在行為時可預見不法(罪責原則)、保障個人可預期其行為的法律後果(可預見性原則)。然而在行為人所為屬於極端不法時，法官對極端不法的認定並非出於恣意；極端不法基本上都是能被輕易辨識的顯著不法；在不法政權中參與極端不法的人，完全能夠考量到在政權垮台後被清算的風險，其信賴不法政權不會垮台，或信賴垮台後仍可主張涵蓋極端不法的阻卻違法事由，並不值得被保護<sup>117</sup>。他指出，正如同在不附保留條款的基本權，法院為了保護第三人權利或其他具有憲法位階的法價值，可以依據比例原則予以限制<sup>118</sup>，對於看似不得附加限制的罪刑法定原則，亦得為了實現屬於法治國原則的實質正義，承認「極端不法」之阻卻違法事由屬於罪刑法定原則的例外<sup>119</sup>。此一觀點的疑義在於，德國基本法制定之時，立法者就已經認知到屬於極端不法的納粹犯行，其仍然未因此在德國基本法第103條第2項增設例外條款，這顯示其係有意識地決定，即使是遭逢極端不法的罪行，法安定性的價值仍然一律優先於實體正義。除此之外，聯邦憲法法院承認不附保留條款之基本權限制，僅適用於為了保護具體明確之第三人權利或法價值的情形，不包括為了保護實質正義這類的抽象訴求。因此，若是要承認實質正義在例外情形下優越於法安定性，應該交給立法者決定其界限。Alexy容許法官在極端情況下自行限制之，過於低估極端不法的判斷困難，

---

74), S. 831; Kai Ambos, Nuremberg revisited – Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot, StV 1997, S. 39 (41 f.); Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Stand: Lfg. 48 November 2006, Art. 103 Abs. 2 Rn. 255 c.

117 Alexy (Fn. 62), S. 34 f.; Hirsch (Fn. 4), S. 19. 似乎認同此一見解，李建良(註91)，頁28。

118 BVerfGE 28, 243 (261).

119 Robert Alexy, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996, 1997, S. 23 f., 25.

開啟法官以個人偏見將罪刑法定原則相對化的風險，這恰好牴觸此一原則節制法官權力的原始目的。上述觀點不符合德國基本法第103條第2項之絕對保護效力，也導致德國對歐洲人權公約第7條第2項的保留喪失意義<sup>120</sup>。

另一種限制罪刑法定原則的路徑，則是聯邦憲法法院所提出的，個人對刑法的特殊信賴基礎，在於刑法典是符合民主、權力分立與實現基本權的原則下所制定而成<sup>121</sup>。這個論證方式的優點是，聯邦憲法法院可以將隱藏式溯及既往的許可範圍限定在適用東德刑法的範圍裡，而不會承擔承認德國刑法也許可溯及既往的可能疑義。然而，這個說法明顯忽視了，罪刑法定原則是在民主國家出現之前就已經存在的傳統，其目的在保障個人不被國家恣意發動刑罰，而在一個越是不民主與缺乏法治的國家，國家就越有可能對個人恣意施加刑罰，個人就越是需要罪刑法定原則的保障<sup>122</sup>。即使是從個人信賴保護層次的角度來說，在非民主國家中的個人，比起民主國家中的個人更缺乏透過教育或媒體批判國家權力的能力，甚至可能被洗腦為只要是國家所指示實施的行為就是合法的，更是難以期待他為自己的行為負責，因此其對於國家所發布的法令信賴更值得受保護<sup>123</sup>。因此，以東德刑法非民主立法者所制定而排除罪刑法定原則之適用，並不具說服力。

最後一種限制罪刑法定原則的路徑，則是強調此一原則是在保護人民不受國家濫權刑罰，而不在保護國家的掌權者。Monika Frommel主張個人固然通常得向國家主張信賴值得保護，但是在確定國家授權規範的界限時，國家不能向人民主張信賴保護。因此，在追訴所謂的政府犯罪（Regierungskriminalität）時，不應盲目地

---

120 Im Ergebnis Arnold (Fn. 74), S. 122 f.; Arnold (Fn. 95), S. 140 f.

121 Zustimmung Werle (Fn. 15), S. 3003; Hassemer/Kargl (Fn. 75), § 1 Rn. 48 b.

122 Ebert (Fn. 70), S. 529; H. Dreier (Fn. 74), S. 432; Zielinski (Fn. 74), S. 828 f.

123 Vgl. Classen (Fn. 15), S. 225; Ebner von Eschenbach (Fn. 68), S. 138 f.



適用溯及既往禁止，而是應該區分處理：在確定政府行為的不法時，得對於干預授權規範重新解釋，以明確指出國家權力的內在界限，在違反法治國的最低要求時，宣示其為「制訂法的不法」。但是，在認定被告的罪責時，則應該考量如此解釋的東德法律和東德的法事實有差距，若是被告的影響力越大，就越難免除其濫用國家權力的政治與刑事責任<sup>124</sup>。本文認為，此種看法將溯及既往禁止的功能不當窄化為信賴保護，忽視其確保權力分立的制度功能。最重要的是，即使只考量信賴保護的功能，此說將為東德實施犯罪的個人視為國家本身，順勢否定其信賴保護的需求，根本上無視於這些個人在東德加入德國之後，他們就成為德國的公民，享有所有公民對於德國這個國家所得主張的權利和自由<sup>125</sup>。這些實施政府犯罪的個人，不論其參與犯罪的程度如何，都有權向德國主張溯及既往禁止的信賴保護，不得重新詮釋東德法律而使其行為承受突襲性的不法評價。將實施政府犯罪的個人自始排除在溯及既往禁止的保護範圍之外，只在個人罪責評價的層次上實現信賴保護的需求，反而和德國的法治國家立場自相矛盾。

#### 四、小結

根據本文觀點，在東德的社會主義法治原則底下，作為法定阻卻違法事由的東德邊境法第27條第2項及職務命令，並不抵觸東德憲法或國際公約，也不當然因為適用賴特布魯赫公式而失其效力。因此，德國法院透過重新詮釋東德法律而宣告邊境守衛之射殺行為有罪，係隱藏式之溯及既往。由於德國基本法第103條第2項之罪刑法定原則具有絕對效力，不得透過承認實現實體正義之例外、將本原則限定適用於民主國家之刑法、排除政府犯罪行為人適用等方式

---

124 Vgl. *Frommel* (Fn. 106), S. 91 f. 類似觀點：Wanja Andreas Welke, Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität, KJ 1995, S. 369 (377 f.).

125 *Lüderssen* (Fn. 63), S. 67.

將其效力相對化，故德國法院自始不得宣告其有罪，而不是單純以其因不可避免之禁止錯誤而阻卻罪責<sup>126</sup>。

必須注意的是，此一觀點僅會排除射殺行為符合東德邊境法和職務命令之邊境守衛的刑責，過當射殺的邊境守衛的刑責不受影響。比較令人矚目的是，若是邊境守衛無罪，是否連帶地得出參與發佈射殺命令之高層官員亦為無罪？在構成要件上，東德國家軍事委員會成員與東德共產黨政治局成員，透過創造了整個邊境管理系統和參與發佈射殺命令，使邊境守衛必須依其命令射殺逃亡者，這些人位居整個組織性權力機器（organisierter Machtapparat）的重要地位，得以濫用其組織結構使邊境守衛實現其射殺命令。聯邦最高法院正確地認定，這些人就射殺行為具有組織性支配（Organisationsherrschaft），應成立殺人罪之間接正犯<sup>127</sup>。上述發佈射殺命令的上級政治人物是否有罪，取決於其能否適用東德邊境法第27條第2項或其他職務命令而阻卻違法？就此，答案應是否定的。不過，理由並非這些人的行為符合東德邊境法第27條第2項，但是欠缺值得保護之信賴或出於衡平考量而不得阻卻違法，而是其行為時並不存在阻卻違法的法令。這些人透過參與決議的行為，不僅在幕後支配邊境守衛射殺行為，同時建構出邊境守衛射殺的命令狀態與法律狀態，並且超越東德邊境法的限制。因此，阻卻違法事由並不是在其行為之前已經存在，而是透過其支配邊境守衛射殺的行為被創造出來，因而依其行為時之法律具備可罰性。這些人純粹是因為東德不法政權的存續而未被追訴，其對於不法政權存續而不被處罰的信賴，不是德國基本法第103條第2項所保護的對象<sup>128</sup>。

---

126 主張邊境守衛之射殺行為因阻卻罪責而無罪者，Alexy (Fn. 62), S. 37 f.

127 BGHSt 40, 218 (232 ff.); 42, 65 (65 ff.).

128 Ebert (Fn. 70), S. 534 f.

## 肆、追訴時效與溯及既往禁止原則

若是邊境守衛之過當射殺依據東德刑法已構成犯罪，應適用東德刑法規定之追訴時效期間。為了排除追訴時效完成的訴訟障礙，德國刑法施行法第315條a設有基礎規定：犯罪在加入生效之日的追訴時效尚未完成者，追訴時效在加入生效之日視為中斷，追訴時效應從新起算，但不得超出法定的絕對上限；犯罪在東德共產黨支配期間，基於政治或違反自由法治原則之理由未被追訴者，追訴時效在這段期間停止進行。依據增訂之追訴時效法，特定犯罪之追訴時效期間則被延長。姑且不論這些規定的細節問題<sup>129</sup>，可以確定的是，德國對於加入生效之日追訴時效已經完成之犯罪，接受無法追訴的事實；但是對於追訴時效尚未完成之犯罪，則是透過追訴時效中斷、停止與延長追訴期間等方式排除追訴障礙。問題是，上述時效規定符合溯及既往禁止原則嗎<sup>130</sup>？

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年就已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

---

129 *Eser* (Fn. 16), Vorbem §§ 3-7 Rn. 115 ff.; *Bernd Schünemann*, Dogmatische Sackgassen bei der Strafverfolgung der vom SED-Regime zu verantwortenden Untaten, in: *Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß* (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 657 (667 ff.); *Klaus Marxen/Gerhard Werle*, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz, 1999, S. 248 ff.

130 此一追訴時效難題，在德國於1960年代中期追訴納粹集中營犯罪時引起廣泛討論。自從建立德意志聯邦共和國之後，西德刑事司法就開始偵查納粹集中營犯罪，但是基於證據蒐集困難（追訴機關的說法）或追訴意願不高（批評者的說法）等理由，進展相當緩慢。依據當時的法律，謀殺罪（Mord）的時效期間僅20年，刑事追訴的拖延造成犯罪之追訴時效即將完成，立法者被迫介入解決。德國立法者先在1965年明訂犯罪實施至1949年底的期間不計入追訴時效，接著在1969年延長謀殺罪之追訴期間為30年，1979年又決定廢除謀殺罪之追訴時效。參考*Hirsch* (Fn. 4), S. 7.

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。若是對於追訴時效尚未完成之犯罪延長或廢除其追訴期間，至少在得終身監禁之重罪並不違反法治國原則所推論出的溯及既往禁止原則<sup>131</sup>。德國刑法施行法第315條a及後續補充的追訴時效法，都不適用於追訴時效已完成之犯罪，而是僅對追訴時效尚未完成之犯罪規定追訴時效中斷、停止與延長追訴期間，正是以德國實務的基本立場為其立法基礎。

然而德國實務在區分可罰性（*Strafbarkeit*）與可追訴性（*Verfolgbarkeit*），並且在將追訴時效歸類為訴訟法性質的規定之後，逕行排除追訴時效適用基本法第103條第2項的可能性，在方法論上有待商榷。即使德國基本法第103條第2項使用「可罰性」的用語，但是「可追訴性」是否影響「可罰性」之有無，取決於如何觀察「可罰性」的概念。若是將「可罰性」視為隨著犯罪實施而創設的靜止法律狀態，「可追訴性」的確是個獨立於「可罰性」的效力範疇；但是如果將「可罰性」視為一個隨著時間而改變的法律狀態，那麼一個行為在追訴期間經過後無法再被追訴，就表示該行為已經喪失「可罰性」。簡言之，若是動態理解「可罰性」概念，「可追訴性」就成為決定「可罰性」的因素。既然基本法第103條第2項之「可罰性」概念容許做廣義理解，追訴時效規定應否被視為決定行為可罰性的法律規定，就應該取決於德國基本法第103條第2項之功能，而不是取決於實體法與訴訟法之概念區分<sup>132</sup>。事實上，通說

131 BVerfGE 25, 269 (269 ff.); zustimmend *Hirsch* (Fn. 4), S. 28; *Hassemer/Kargl* (Fn. 75), § 1 Rn. 63; *Fischer* (Fn. 62), § 1 Rn. 16, Vor § 78 Rn. 3; *Krey/Esser* (Fn. 101), Rn. 64 ff.; *Frank Saliger*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *NomosKommentar Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, Vor §§ 78 ff. Rn. 9.

132 就此詳見：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，12期，頁298-301、310-312（2013年）；*Martin Asholt*, *Verjährung im Strafrecht*, 2016, S. 361 ff.

主張對於追訴時效已完成的犯罪不得事後修法延長時效期間，對於告訴期間已經過的告訴乃論之罪不得事後修法延長告訴期間，其理由正是行為人已經因為訴訟障礙事由存在而處於終局不罰的狀態，修法使可追訴性復活與事後創設可罰性並無差異<sup>133</sup>。據此，追訴時效規定之變更適用於追訴時效尚未完成之犯罪，是否違反德國基本法第103條第2項之絕對溯及既往禁止原則，必須從此一原則對於個人提供信賴保護與確保權力分立原則的角度著眼。

依此觀點，對於追訴時效尚在進行中的犯罪事後延長追訴期間，應是違反溯及既往禁止原則。儘管通說認為，行為人僅有權信賴其行為是否可罰以及適用多重的刑罰，但是無權信賴其行為可被追訴的時間多長，故事後延長追訴期間並不牴觸溯及既往禁止原則<sup>134</sup>。不過，此一看法忽略了溯及既往禁止原則確保權力分立的制度功能，容許立法者考量特殊個案而延長或廢除追訴期間，產生制定措施性法律（*Maßnahmegesetz*）的風險<sup>135</sup>。即使只考量個人之信賴保護，通說也未注意到追訴期間之延長其實代表著立法者事後提升對於系爭犯罪之不法評價，以致於其意義和事後提高犯罪之法定刑並無差異<sup>136</sup>。理由是，追訴時效之理論基礎在於，公眾對法規範效力之信賴固然因為犯罪而被動搖，但是在刑事司法體系持續有效

---

133 Roxin (Fn. 64), § 5 Rn. 60; Dannecker (Fn. 75), § 1 Rn. 425 f.; Eser/Hecker (Fn. 101), § 2 Rn. 6; Hassemer/Kargl (Fn. 75), § 1 Rn. 63; Schmitz (Fn. 63), § 1 Rn. 19; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 15 IV 4.

134 Roxin (Fn. 64), § 5 Rn. 60; Hassemer/Kargl (Fn. 75), § 1 Rn. 62 f.; Wolfgang Wohlers, Die zeitliche Geltung strafprozessualer Normen: Zur (Rück)Wirkung von Reformen auf anhängige Verfahren, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 587 (597).

135 Vgl. Bernd Schünemann, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 25; Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, § 4 Rn. 38; 薛智仁（註132），頁312。

136 Dannecker (Fn. 75), § 1 Rn. 428; Asholt (Fn. 132), S. 369 f.; Christian Jäger, Grund und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips im Strafprozessrecht, GA 2006, S. 615 (627).

運作的前提下，公眾也因為其他犯罪被有效追訴，逐漸累積法規範效力被確認的正面經驗，個別犯罪動搖法規範效力的負面經驗，隨著時間經過而顯得微不足道，即使不再追訴歷時久遠的個別犯罪，也不會影響法和平的維持。因此，追訴期間之經過，意味著處罰系爭犯罪達成積極一般預防功能的需求降低至零<sup>137</sup>。由此可知，追訴期間之長短和系爭犯罪動搖大眾對法規範效力信賴的程度成正比，若是追訴期間被事後延長，意味著立法者認為處罰系爭犯罪的積極一般需求提高，行為人對於自己行為所受不法評價的信賴會遭到突襲。因此，對追訴時效尚未完成之犯罪事後延長追訴期間，應該比照事後提高犯罪之法定刑，不得溯及適用於生效前已實施之犯罪，否則抵觸德國基本法第103條第2項之溯及既往禁止原則。

相對於此，德國刑法施行法第315條a第1項對於追訴時效尚在進行之東德犯罪新增時效中斷事由，以及同條第5項對於東德共產黨支配期間之東德犯罪新增時效停止事由，是否抵觸溯及既往禁止原則？通說認為，時效中斷和停止事由都只涉及犯罪的可追訴性，和追訴期間本身一樣屬於訴訟法規定，故立法新增這些規定而延長追訴時效，自始不在溯及既往禁止的適用範圍裡<sup>138</sup>。即使是主張延長追訴時效屬於事後提升對行為之不法評價的人，也認為事後新增時效中斷和停止事由不涉及事後提升對行為之不法評價，故而不抵觸溯及既往禁止原則<sup>139</sup>。唯獨要考慮的是，德國刑法施行法第315條a第5項之適用結果，有可能導致追訴時效已完成的犯罪在扣除新增之時效停止期間之後，其追訴可能性隨之復活，此時的法律狀態就相當於事後重新恢復行為之可罰性，在此範圍內應係抵觸溯及既往禁止原則<sup>140</sup>。

137 薛智仁（註132），頁285-289。

138 *Saliger* (Fn. 131), Vor §§ 78 ff. Rn. 9.

139 *Dannecker* (Fn. 75), § 1 Rn. 425, 429.

140 Vgl. *Roxin* (Fn. 64), § 5 Rn. 60 Fn. 105; *Schünemann* (Fn. 129), S. 676; *Dannecker* (Fn. 74), § 1 Rn. 425; *Classen* (Fn. 15), S. 220; *Ebner von Eschenbach* (Fn. 68), S.

對於上述觀點，本文持不同意見。如前所述，追訴時效是否適用溯及既往禁止原則，關鍵不在於實體法和訴訟法的區分，而是為了實現之信賴保護及權力分立功能，有無必要將溯及既往禁止原則適用於追訴時效的規定上。姑且不論時效中斷和停止事由的理論基礎為何<sup>141</sup>，我們可以確定的是，新增時效中斷和停止事由結果和延長追訴期間一樣，都是使行為人承受追訴風險的時間延長，二者只是立法技術上的差別而已。詳言之，當立法者認為原本所規定的追訴期限過短，尚不足以使處罰系爭犯罪達成積極一般預防效果的需求降低至零，有必要延長追訴時效的時候，立法者有兩種作法：其一是可以選擇對於特定犯罪一概延長其追訴期間，不問影響追訴需求的個別情狀；其二是維持對於特定犯罪的追訴期間，但是針對影響追訴需求的個別情狀，增訂時效中斷或停止事由。新增時效中斷或停止事由，其實和延長時效期間一樣，都是國家對於特定犯罪的積極一般預防需求作出不同的評估，事後提升對系爭犯罪的不法評價。因此，從信賴保護的角度來看，新增時效中斷和停止事由，不僅是事後提高對犯罪的不法評價，而且透過延長追訴期限而限縮行為人的自由領域，應該比照延長追訴期間的情形，保護行為人不受國家對其犯罪不法評價的事後突襲<sup>142</sup>。從權力分立的角度來看，新增時效中斷和停止事由，一樣存在立法者因為特殊個案而增訂措施性立法事後擴權的危險性，若是如同前述學說所主張，立法者延長追訴期間時禁止溯及既往，在增訂時效中斷和停止事由時卻容許溯及既往，等於是提供立法者輕易規避的空間，無法排除其僭越司法權的風險。因此，新增時效中斷和停止事由，一樣適用溯及既往禁止原則。

---

190 f.; Bodo Pieroth/Thorsten Kingreen, Die verfassungsrechtliche Problematik des Verjährungsgesetzes, NJ 1993, S. 385 (385 ff.)

141 此一理論難題尚待克服，詳見Asholt (Fn. 132), S. 373 ff., 397 ff.

142 類似看法，Asholt (Fn. 132), S. 368 Fn. 465.

總結而言，在德國刑法施行法第315條a及其後續補充的追訴時效法中，不論是延長追訴期間、增訂時效中斷或停止事由的作法，也不論是適用於時效尚在進行中或時效已完成之犯罪，均違反德國基本法第103條第2項之溯及既往禁止原則。

## 伍、結論

在兩德統一後的東德邊境守衛射殺案，充分呈現轉型國家追訴獨裁國家侵害人權犯行的難題。德國法院選擇了處罰射殺逃亡者如此重大的侵害人權犯行，給出反對「無人受罰的文化」的訊號，以動用刑罰的方式最強烈地表達絕不容許侵害人權。對於東德政權下的個人追究其參與射殺逃亡者的刑責，也讓社會看到有可得特定的一群人計畫、組織與執行重大侵害人權的犯行，卻又對於在東德體制中被洗腦、被濫用的邊境守衛減刑，不致於否定或掩飾社會的集體責任。依照前面的分析，除了東德政治領導成員係依據東德法律自始成立犯罪之外，德國法院事後重新詮釋東德法律，使原本被合法化的邊境守衛射殺行為變成違法，係違反溯及既往禁止原則及法定性原則。兩德統一條約為在前東德境內之犯罪增設各種延長追訴期間的規定，一樣係違反溯及既往禁止原則。

上述結論並不是在主張，德國不應該追究邊境守衛的射殺刑責，而是在指出德國統一條約未能對於追訴東德犯行預作充分準備。追究東德邊境守衛射殺刑責的根本難題，在於不同法律與價值體系對同一行為有完全不同的評價，對於統一後的德國而言，若是放任此種被東德實際合法化的行為不予追訴，將背離保障人權的正義觀念與處罰需求。對於此一體系衝突而來的問題，兩德統一條約卻是將其視為同一體系內的法律變更，直接指示德國法院適用德國刑法第2條之最有利原則，而不是針對此一體系轉換增訂特別規



定。其結果就是德國法院被迫面臨的矛盾：一方面，在最有利原則的法律框架下，法院必須尊重行為依據東德法不罰的結果；另一方面，在保障人權的正義觀念與處罰需求下，法院不得任由行為人主張其行為不罰。在上述矛盾之中，德國法院為了追究邊境守衛的射殺刑責，只能透過「賴特布魯赫公式」與「友善人權之解釋」，將射殺行為解釋為行為時已成立犯罪，實質上達成回溯處罰的效果，卻又不會明白抵觸溯及既往禁止原則。

藉由隱藏性的溯及既往處罰東德邊境守衛射殺行為，固然滿足了保障人權的正義需求，但是掩飾了架空溯及既往禁止原則的事實。此種作法的疑義是，德國法院得以透過高度抽象的「極端不法」概念，事後恣意地決定處罰哪些原本無罪的行為。如果德國法院明白宣示，對東德邊境守衛射殺之處罰，是在事後將原本無罪的行為宣告為有罪，抵觸德國基本法第103條第2項之絕對溯及既往禁止原則，反而可以為公眾創造一個討論空間，思考應否比照國際人權公約為德國基本法第103條第2項增訂例外條款<sup>143</sup>。此一例外條款，可以為事後排除侵害人權犯行之合法性與延長追訴時效，提供一個憲法根據。法學家H.L.A. Hart針對追究納粹犯行就已經主張：「國家只能懲罰觸犯法律明令禁止的行為。這是『法無明文不為罪（*nulla poena sine lege*）的原則。如果為了避免更大的惡而犧牲了這原則，那麼我們必須清楚辨明我們所面臨的選擇。我們不應把溯及既往的懲罰裝飾地好像是對一般違法行為的懲罰。至少就單純的法實證主義學說而言，我們可以說惡法亦法，但在極端的情況下必須對不同的惡做出選擇時，我們也不會把其中的道德難題掩蓋起來」<sup>144</sup>。透過公眾討論及修憲途徑，立法者可以決定是否以及在多

143 Vgl. Pieroth (Fn. 68), S. 104; Ebert (Fn. 70), S. 537 f.; K. Günther (Fn. 72), S. 23 f.; Dannecker/Stoffers (Fn. 74), S. 493 f.; H. Dreier (Fn. 74), S. 433; Ambos (Fn. 74), S. 43; Neumann (Fn. 113), S. 51 f.

144 H.L.A. Hart著，李冠宜、許家馨譯，法律的概念，頁266（2000年）。

大範圍內，為了追究不法政權侵害人權的犯行，增設溯及既往禁止原則的例外條款，在運作經過一段時間之後，視法律回應體系不法的成效，重新決定是否予以廢除或修改。如此一來，決策結果不僅更具民主正當性，政治上也更清楚誰應該為決策成敗負責。對於被究責的加害者來說，立法者透過法律明訂刑罰溯及既往的適用標準，比起法院自行認定「極端不法」更為明確<sup>145</sup>。因此，有無必要為邊境守衛射殺行為或其他惡行設定溯及既往禁止原則之例外，本質上是一個政治決定，應該由立法者而不是法院承擔這個任務<sup>146</sup>。

交給立法者為溯及既往禁止原則創設例外，並不會重蹈德國聯邦最高法院「法律帝國主義」的覆轍<sup>147</sup>。因為，立法者並不是取代東德政權重新詮釋東德邊境法的意義，偽裝（擬制）東德政權也追求法治國原則與人權保障，而是在尊重東德政權基於社會主義法治原則對東德邊境法的詮釋之下，認為完全依據此一詮釋放任邊境守衛射殺行為無罪係重大抵觸法治國家的價值，因而事後處罰行為為時無罪的惡行，明白地宣示法治國家告別威權統治的價值。儘管如此，立法者以轉型正義之名恣意地例外處罰威權時期「合法」的惡行，是一個不容忽視的危險，為其劃定適當的界限有其必要，但是界限具體劃在哪裡，則是相當困難。理論上來說，溯及既往禁止所欲追求的權力分立與法安定性價值，僅在處罰惡行的實體正義價值極其重大時，才可能被推翻。公政公約第15條第2項所承認之「根

---

145 *Ebenso Vassalli* (Fn. 99), S. 286 f.

146 值得一提的是，本文在此處主張由立法者而不是法院承擔起重大法律原則轉型的任務，並不是一個普遍有效性的主張。正如同Ruti G. Teitel所言，轉型期的立法機構成員不一定是自由選舉產生，可能缺乏平時立法機關具備的經驗與正當性，立法程序也可能為了與過去妥協或缺乏政治經驗而牛步化，由司法機關承擔這項任務不一定就比較缺乏民主正當性，反而可能比較自主地處理爭議（參考Ruti G. Teitel著，鄭純宜譯，*轉型正義：邁向民主時代的法律典範轉移*，2版，頁49-51（2017年））。不過，上述不適合由立法機關承擔法律原則轉型任務的情況，在統一前後的德國可能不存在。

147 詳見「參、二、(一)」部分之說明。

據國際共同體所公認之一般法原則可罰者」，例如危害人類罪、戰爭罪、種族滅絕罪等，應該可以被視為具有普世共識的重大實質正義標準。如果一個主權國家的立法者，希望制定更廣泛的例外溯及處罰的範圍，雖然不當然被國際公約所禁止，不過一旦顯得恣意處罰，不僅在國際社會上會被懷疑根本沒有轉型為法治國家的決心，在國內政治與社會上也可能造成對立，反而難以達成轉型正義的目標。因此，溯及既往禁止的例外界限何在，正如同是否以刑罰實現轉型正義的問題，似乎難以從抽象的法理演繹出具有拘束力的標準，關鍵在於各國政經社條件是否容許。

本文藉由分析德國在邊境守衛射殺案的處置方式，發現如果一個國家決定追究加害者的刑事責任，面對溯及既往禁止原則之限制，應該考慮交給立法者創設溯及既往的例外規定，而不是由法院訴諸超實證法規避抵觸溯及既往禁止原則的問題。對德國經驗的分析，除了顯示溯及既往禁止原則在追求轉型正義的過程中可能遭遇的挑戰之外，最令人關心的是它對臺灣的轉型政策有什麼啟示？對於這個可以預期、卻又極難回答的問題，本文僅能粗淺地指出必須思考的面向。

第一個面向是，相較於德國對於東德犯行採取全面刑事追訴的政策，臺灣是否應該對加害者進行刑事追訴，在社會上至今並未被嚴肅的討論。儘管許多學者反覆提及，在臺灣的轉型正義工程中，至今較有成績的是對受害者的賠償，對歷史記憶的保存沒有太大的努力和成就，對於處置加害者更是選擇不加以面對，何人應該對228事件和將近40年的白色恐怖承擔何種責任，到現在沒有共識或不曾發問<sup>148</sup>。我們或許都可以接受，如果沒有追究加害者責任，或

---

148 吳乃德（註1），頁20-21；李怡俐（註1），頁168-171；李建良（註91），頁30；吳乃德，導言，收於：臺灣民間真相與和解促進會編，記憶與遺忘的鬥爭：臺灣轉型正義階段報告——卷一：清理威權遺緒，頁19-21（2015年）；蘇俊雄，轉型正義與刑法正義，中研院法學期刊，創刊號，頁66（2007年）；

沒有保留追究加害者責任的可能性，將無法強烈表達尊重人權的訊息，甚至會減損發掘歷史真相、平反被害人、社會和解的可能性。但是，所謂追究加害者責任的真正意思，究竟只是在強調國家應該透過調查真相，讓社會能給予加害者在歷史、政治或道德上的否定評價，追究國家體制、政權本身的責任，還是也要追究個別加害者的法律責任、甚至是刑事責任，似乎尚無明確的主張。立法院在2017年12月27日通過「促進轉型正義條例」，其中第2條並未明確將追究加害者責任列為規劃推動的事項之一，第6條第2項提及「得以識別加害者並追究其責任」的方案，似乎也僅適用於平復司法不法的範疇，不適用於司法審判途徑以外的人權侵害犯行（例如228事件的軍隊屠殺平民<sup>149</sup>）。我們或可推測，倡議者的主張及促轉條例的規定對於追究加害者刑事責任的保留態度，來自其意識到此一手段會在臺灣社會遭遇極大障礙。德國歷史學家Martin Sabrow在來台演講時亦指出，兩國的情況大相逕庭，不同於東德的德國統一社會黨，臺灣的國民黨在民主轉型後仍然活躍在政治舞台上，受到相當多人的支持<sup>150</sup>。學者吳乃德甚至直言，臺灣有不重視加害者的傳統<sup>151</sup>。果真如此，意味著全面追究東德侵害人權犯行的德國經驗，自始難以移植到臺灣，刑事追訴將會遭遇相當大的政治阻力。

第二個面向是，如果決定至少追究參與司法不法的個別加害人刑事責任，那麼就會遭遇類似追究東德邊境守衛及其幕後高官刑責

---

林雍昇，轉型正義過程中法律的功能與作用，台灣國際研究季刊，12卷1期，頁193（2016年）；陳俊宏，檢視臺灣的轉型正義之路，新世紀智庫論壇，71期，頁18（2015年）。

149 但是主張對此事件應進行刑事追訴者：陳志龍，二二八事件的人權與法律，收於：楊振隆編，二二八事件60週年國際學術研討會：人權與轉型正義學術論文集，頁5（2007年）。

150 德國之聲，去納粹化、去共產主義化……德國轉型正義經驗台灣可用？學者：兩國情況大相逕庭，風傳媒，2018年3月17日，<http://www.storm.mg/article/411894>（最後瀏覽日：2018年6月10日）。

151 吳乃德發言，謝世民主持，轉型正義的政治與法律哲學論壇——加害者的過去與現在式，政治與社會哲學評論，59期，頁193-194（2016年）。

的困境。特別是在白色恐怖時期參與刑事審判的人員，其依據違反人權之法律（例如懲治叛亂條例<sup>152</sup>）所為之調查或審判行為，如今應該如何予以評價？依據本文對於德國邊境守衛射殺案的分析，為了貫徹溯及既往禁止原則，法院應該根據當時實際支配法律運作的基本原則認定其效力，而不得逕行根據現代的法治國及人權視角重新詮釋。此時如何平衡溯及既往禁止原則與實體正義的追求，將是不易解決的難題<sup>153</sup>，解決方式應該是交由具有直接民主正當性的國會制訂溯及既往的例外條款，而不是交給法院訴諸不明確的「極端不法」概念決定回溯處罰的範圍。不過，立法者至少面臨以下的難題。第一、已具內國法效力的公政公約第15條第2項規定「任何人之行為或不行為，於發生當時依各國公認之一般法律原則為有罪者，其審判與刑罰不受本條規定之影響。」已經明訂容許回溯處罰重大侵害人權的犯行，立法者可以決定參照之，但也可以思考是否擴大例外的適用範圍。第二、此種例外條款是否合乎憲法第8條第1項之實質正當法律程序的要求<sup>154</sup>，由於目前大法官解釋對於罪刑法定原則的內涵和效力尚不明確，仍然有思考餘地。若是此種例外條款有違憲疑義，則應考慮直接修憲明訂溯及既往禁止的例外條款，創造追究加害者刑責的法治空間。上述難題如何解決已經超出本文的範圍，但是可以確定，事前確定符合憲政秩序的法律框架作為追訴威權時期侵害人權犯行的基礎，是未來推動轉型正義時無可迴避的任務。

---

152 黃丞儀（註96），頁57-67。

153 蘇俊雄（註148），頁70-72。不同見解，林雍昇（註148），頁183：「對舊政權的刑事訴追與法治國原則間的緊張關係，應該被視為已有定論，無須再以此例進行無謂的爭論」。

154 司法院釋字第384號解釋理由書。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- H.L.A. Hart著，李冠宜、許家馨譯（2000），法律的概念，臺北：商周。[Hart, H.L.A. 1994. *The Concept of Law*. 2d ed. New York, NY: Oxford University Press.]
- Helmut Satzger著，王士帆譯（2014），國際刑法與歐洲刑法，臺北：元照。[Satzger, Helmut (2018), *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 8. Aufl., Baden-Baden: Nomos.]
- Ruti G. Teitel著，鄭純宜譯（2017），轉型正義：邁向民主時代的法律典範轉移，2版，臺北：商周。[Teitel, Ruti G. 2002. *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press.]
- 王士帆（2011），談《刑法》意義的「中華民國領域」——以德國經驗為例（上），司法周刊，1535期，3版。
- （2011），談《刑法》意義的「中華民國領域」——以德國經驗為例（下），司法周刊，1536期，2-3版。
- 江宜樺（2007），台灣的轉型正義及其省思，收於：思想編輯委員會編，思想5：轉型正義與記憶政治，頁65-81，臺北：聯經。
- 花亦芬（2016），在歷史的傷口上重生：德國走過的轉型正義之路，臺北：先覺。
- 吳乃德（2006），轉型正義和歷史記憶：台灣民主化的未竟之業，收於：思想編輯委員會編，思想2：歷史與現實，頁1-34，臺北：聯經。
- （2015），導言，收於：臺灣民間真相與和解促進會編，記憶與遺忘的鬥爭：臺灣轉型正義階段報告——卷一：清理威權遺緒，頁17-24，臺北：衛城。
- 吳乃德發言，謝世民主持（2016），轉型正義的政治與法律哲學論

- 壇——加害者的過去與現在式，政治與社會哲學評論，59期，頁153-205。
- 李怡俐（2012），轉型正義的機制及脈絡因素——以台灣為例，台灣人權學刊，1卷2期，頁145-176。
- 李建良（2007），轉型不正義？——初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判，月旦法學雜誌，148期，頁5-32。
- 邵允鍾（2016），【德國轉型正義（上）】法律中的不正義與超越法律的正義——德國的納粹轉型正義，報導者，2016年11月2日，<https://www.twreporter.org/a/transitionaljustice-series-nazi-germany>。
- （2016），【德國轉型正義（下）】用法治實現正義——德國的東德轉型正義，報導者，2016年11月2日，<https://www.twreporter.org/a/transitionaljustice-series-east-germany>。
- 林雍昇（2016），轉型正義過程中法律的功能與作用，台灣國際研究季刊，12卷1期，頁177-200。
- 陳志龍（2007），二二八事件的人權與法律，收於：楊振隆編，二二八事件60週年國際學術研討會：人權與轉型正義學術論文集，頁1-32，臺北：二二八事件紀念基金會。
- 陳俊宏（2015），檢視臺灣的轉型正義之路，新世紀智庫論壇，71期，頁18-28。
- 陳新民（2008），「不法」法律及命令服從的困境——由譯、讀賴特布魯赫的經典之作《法律上的不法與超法律的法》檢視「賴特布魯赫定律」的適用問題，軍法專刊，54卷6期，頁1-27。
- 黃丞儀（2015），戒嚴時期法律體系的未解難題與責任追究，收於：臺灣民間真相與和解促進會編，記憶與遺忘的鬥爭：臺灣轉型正義階段報告——卷三：面對未竟之業，頁15-70，臺北：衛城。
- 黃忠正（2013），論Radbruch公式，政大法學評論，132期，頁115-162。

- 劉臺強(2014), Alexy對Radbruch之惡法判斷公式的辯護, 華岡法粹, 57期, 頁127-176。
- 薛智仁(2013), 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, 12期, 頁263-324。
- (2015), 刑法明確性原則之新定位: 評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定, 臺大法學論叢, 44卷2期, 頁599-664。
- (2015), 家暴事件的正當防衛難題——以趙岩冰殺夫案為中心, 中研院法學期刊, 16期, 頁1-70。
- (2017), 變遷中的肇事逃逸罪——評最高法院104年度臺上字第2570號刑事判決, 政大法學評論, 149期, 頁221-281。
- 蘇俊雄(2007), 轉型正義與刑法正義, 中研院法學期刊, 創刊號, 頁63-74。

## 2. 外文部分

- Alexy, Robert (1993), Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafrecht, Hamburg: Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften.
- (1997), Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996, Hamburg: Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften.
- Ambos, Kai (1997), Nuremberg revisited – Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot, StV, S. 39-43.
- (2003), Artikel 7 EMRK, Common Law und die Mauerschützen, KritV, S. 31-43.
- (2014), Internationales Strafrecht, 4. Aufl., München: C. H. Beck.



- Amelung, Knut (1993), Strafbarkeit von „Mauerschützen“ – BGH, NJW 1993, 141, JuS, S. 637-643.
- (1996), Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz – Ein Zwischenbericht, GA, S. 51-71.
- Arnold, Jörg (2000), Die „Bewältigung“ der DDR-Vergangenheit vor den Schranken des rechtsstaatlichen Strafrechts, in: Arnold (Hrsg.), Strafrechtliche Auseinandersetzung mit Systemvergangenheit: am Beispiel der DDR, Baden-Baden: Nomos, S. 100-130.
- (2000), Einschränkung des Rückwirkungsverbots sowie sorgfältige Schuldprüfung bei den Tötungsfällen an der DDR-Grenze, in: Arnold (Hrsg.), Strafrechtliche Auseinandersetzung mit Systemvergangenheit: am Beispiel der DDR, Baden-Baden: Nomos, S. 131-146.
- Asholt, Martin (2016), Verjährung im Strafrecht, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Eisele, Jörg/Mitsch, Wolfgang (2016), Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Bielefeld: Gieseking.
- Classen, Claus Dieter (1998), Artikel 103 Abs. 2 GG – Ein Grundrecht unter Vorbehalt?, GA, S. 215-225.
- Dannecker, Gerhard (2006), in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl., Berlin: de Gruyter, § 1.
- Dannecker, Gerhard/Stoffers, Kristian F. (1996), Rechtsstaatliche Grenzen für die strafrechtliche Aufarbeitung der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze, JZ, S. 490-494.
- Degenhart, Christoph (2014), in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 103.
- Dreier, Horst (1997), Gustav Radbruch und die Mauerschützen, JZ, S. 421-434.

- Dreier, Ralf (1993), Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), *Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, S. 57-70.
- (1995), *Juristische Vergangenheitsbewältigung*, Baden-Baden: Nomos.
- Ebert, Udo (1999), Strafrechtliche Bewältigung des SED-Unrechts, in: Ebert/Rieß/Roxin/Wahle (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin: de Gruyter, S. 501-538.
- Ebner von Eschenbach, Georg-Friedrich (2000), *Wieviel Unrecht verträgt der deutsche Rechtsstaat? Verfassungsrechtliche Probleme der Verurteilungen von „Mauerschützen“*, München: Herbert Utz Verlag.
- Engländer, Armin (2013), in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: Vahlen, Vor §32.
- Erb, Volker (1996), Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen, *ZStW* 108, S. 266-299.
- Eser, Albin (2012), Rechtspolitische Reflexionen zur Aufarbeitung und Verhinderung von Systemunrecht, in: Eser/Sieber/Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Bd. 14: *Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 392-470.
- (2014), in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., München: C. H. Beck, vorbem §§ 3-7.
- Eser, Albin/Hecker, Bernd (2014), in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., München: C. H. Beck, § 2.
- Fischer, Thomas (2018), *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 65. Aufl., München: C. H. Beck, § 1.

- Frisch, Wolfgang (1999), Unrecht und Strafbarkeit der Mauerschützen, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, Baden-Baden: Nomos, S. 133-169.
- Frister, Helmut (2015), Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München: C. H. Beck.
- Frommel, Monika (1993), Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C. F. Müller, S. 81-92.
- Gropp, Walter (1996), Naturrecht oder Rückwirkungsverbot? – Zur Strafbarkeit der Berliner „Mauerschützen“, in: Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, Wien: Springer, S. 103-121.
- Günther, Hans-Ludwig (1999), Warum Art. 103 Abs. 2 GG für Erlaubnissätze nicht gelten kann, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, Baden-Baden: Nomos, S. 213-221.
- Günther, Klaus (1993), Anmerkung zum Urteil des BGH v. 3. 11. 1992 – 5 StR 370/92 (LG Berlin) (sog. Mauerschützen), StV, S. 18-24.
- Hassemer, Winfried (2008), Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung. Grundlagen der „Mauerschützen“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 173-197.
- Hassemer, Winfried/Kargl, Walter (2017), in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NomosKommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos, § 1.

- Herrmann, Joachim (1993), Menschenrechtsfeindliche und menschenrechtsfreundliche Auslegung von § 27 des Grenzgesetzes der DDR – Zum Mauerschützenurteil des BGH vom 3.11.1992, NStZ, S. 118-121.
- Herzog, Felix (Hrsg.) (1993), Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Todesschützen an der innerdeutschen Grenze, Heidelberg: C. F. Müller.
- Hirsch, Hans Joachim (1996), Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Hruschka, Joachim (1992), Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht, JZ, S. 665-670.
- Jäger, Christian (2006), Grund und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips im Strafprozessrecht, GA, S. 615-628.
- Jakobs, Günther (1994), Untaten des Staates – Unrecht im Staat. Strafe für die Tötung an der Grenze der ehemaligen DDR?, GA, S. 1-19.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas (1996), Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Kaufmann, Arthur (1995), Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW, S. 81-86.
- Köhler, Michael (1997), Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin u.a.: Springer.
- Krey, Volker/Esser, Robert (2016), Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer.
- Lüderssen, Klaus (1992), Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- Marxen, Klaus/Werle, Gerhard (1999), Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz, Berlin: de Gruyter.

- Marxen, Klaus/Werle, Gerhard/Schäfter, Petra (Hrsg.) (2007), Die Strafverfolgung von DDR-Unrecht. Fakten und Zahlen, Berlin: de Gruyter.
- Neumann, Ulfrid (1991), Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?, ZStW 103, S. 336-356.
- (2002), Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel, in: Prittwitz/Bauermann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen: Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden: Nomos, S. 109-126.
- (2013), Die Rolle von Recht, Gesellschaft und Politik bei der Verarbeitung von „Unrechtssystemen“, in: Neumann/Prittwitz/Svensson Jr./Torelly (Hrsg.), Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung, Frankfurt am Main: Peter Lang, S. 39-52.
- (2015), Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsgerichtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot). Überlegungen im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum „Präzisionsgebot“ (BVerfGE 126, 170), in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C. F. Müller, S. 197-211.
- Otto, Harro (1994), Grundsätze der Strafverfolgungsverjährung von Straftaten auf dem Gebiet der ehemaligen DDR, Jura, S. 611-614.
- Paeffgen, Hans-Ullrich/Zabel, Benno (2017), in: Kindhäuser/Neumann/

- Paeffgen (Hrsg.), NomosKommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos, Vor §§ 32 ff.
- Pawlik, Michael (1994), Strafrecht und Staatsunrecht. Zur Strafbarkeit der „Mauerschützen“, GA, S. 472-483.
- Pieroth, Bodo (1992), Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vorrechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStL 51, S. 91-112.
- Pieroth, Bodo/Kingreen, Thorsten (1993), Die verfassungsrechtliche Problematik des Verjährungsgesetzes, NJ, S. 385-392.
- Polakiewicz, Jörg (1992), Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte der strafrechtlichen Ahndung des Schußwaffeneinsatzes an der innerdeutschen Grenze, EuGRZ, S. 177-190.
- Radbruch, Gustav (1946), Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ, S. 105-108.
- Rau, Markus (2001), Deutsche Vergangenheitsbewältigung vor dem EGMR – Hat der Rechtsstaat gesiegt?, NJW, S. 3008-3014.
- Roxin, Claus (2006), Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., München: C. H. Beck.
- Saliger, Frank (2017), in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NomosKommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos, Vor §§ 78 ff.
- Sälter, Gerhard (2017), Der Rechtsstaat und das Grenzregime der DDR. Die strafrechtliche Verfolgung der Grenzdelikte in der Bundesrepublik, in: Ganzenmüller (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit. Die strafrechtliche Aufarbeitung von Diktaturen in Europa, Köln u.a.: Böhlau, S. 115-130.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (2006), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Stand: Lfg. 48 November 2006, München: C. H. Beck, Art. 103.
- Schmitz, Roland (2017), in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener

- Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., München: C. H. Beck, §§ 1-2.
- Schreiber, Hans-Ludwig (1993), Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Schußwaffengebrauch an der Grenzen zwischen Bundesrepublik und DDR, in: Lampe (Hrsg.), Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung, Köln u.a.: Carl Heymanns, S. 53-66.
- Schroeder, Friedrich-Christian (1992), Zur Strafbarkeit von Tötungen im staatlichen Auftrag, JZ, S. 990-993.
- Schulz, Lorenz (1996), Der nulla-poena-Grundsatz – ein Fundament des Rechtsstaats?, in: Pawlowski/Roellecke (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, S. 173-197.
- Schünemann, Bernd (1978), Nulla poena sine lege?, Berlin: de Gruyter.
- (1999), Dogmatische Sackgassen bei der Strafverfolgung der vom SED-Regime zu verantwortenden Untaten, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, Baden-Baden: Nomos, S. 657-684.
- (2014), Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot als Prüfstein des Rechtsbegriffs – von den dogmatischen Untiefen strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung und der Wertlosigkeit der Radbruchschen Formel, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, München: C. H. Beck, S. 455-470.
- Vassalli, Giuliano (2010), Radbruchsche Formel und Strafrecht, Berlin: de Gruyter.
- Vest, Hans (2006), Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen? Nationale Strafverfolgung von staatlichen Systemverbrechen mit Hilfe der Radbruchschen Formel, Tübingen: Mohr Siebeck.

- Welke, Wanja Andreas (1995), Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität, KJ, S. 369-382.
- Werle, Gerhard (2001), Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, NJW, S. 3001-3008.
- (2010), Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?, in: Muñoz Conde/Vormbaum (Hrsg.), Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit, Berlin: de Gruyter, S. 15-25.
- Werle, Gerhard/Vormbaum, Moritz (2017), Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Ein Überblick, in: Ganzenmüller (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit. Die strafrechtliche Aufarbeitung von Diktaturen in Europa, Köln u.a.: Böhlau, S. 93-114.
- Wohlers, Wolfgang (2015), Die zeitliche Geltung strafprozessualer Normen: Zur (Rück)Wirkung von Reformen auf anhängige Verfahren, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 587-598.
- Zielinski, Diethart (1999), Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, Baden-Baden: Nomos, S. 811-834.



## The Principle of Non-retroactivity and Transitional Justice:

Taking the Case of Marksmen on the  
Berlin Wall as an Example

*Chih-Jen Hsueh\**

### **Abstract**

How a newly democratic government deals with the infringement of human rights under dictatorship before the transition is an important issue for transitional justice. If the democratic government decides to prosecute criminal acts not subject to penalty according to the law at the time of their commission or the statute of limitations for prosecution has expired, the punishment might violate the principle of non-retroactivity. The German government took the policy of prosecuting criminal acts comprehensively. After the German reunification, courts in the case of marksmen on the Berlin Wall, adopting the Radbruch formula and the interpretation in favor of human rights, denied the affirmative defense provided in the German Democratic Republic. While this upheld the absolute validity of non-retroactivity formally, it actually punished the soldiers retroactively. This article will analyze those judgments and indicate that this kind of hidden retroactivity violates the principle of non-retroactivity, and that legislating an exceptional clause permitting retroactive punishment in the constitution is a better method. Moreover, Germany takes the measures of prolonging the statute of limitations of for prosecution in specific types of crimes, adding provisions stopping or interrupting the statute of limitations to prosecute the shooting acts, which were illegal in accordance with the law at the time of their

---

\* Associate Professor, College of Law, National Taiwan University.

commission. However, those methods all violate non-retroactivity because they promote illegal evaluation afterward. It can be seen that there is a severe challenge to non-retroactivity when it comes to transitional justice.

**KEYWORDS:** marksman on Berlin Wall, principle of non-retroactivity, transitional justice, affirmative defense, limitation of prosecution, Radbruch formula.