



《高大法學論叢》

第 6 卷第 1 期(09/2010)，頁 59-82

德國刑事訴訟程序辯護人的 功能及地位—至今仍具話題 性的一個爭論

Werner Beulke* 著

吳俊毅** 譯

摘 要

在德國，在程序當中被告得隨時獲辯護人的協助。然而，關於辯護人的地位卻是有爭論的。法院認為，辯護人不但要對被告提供協助，而且必須當作是一個非政府的司法機關來行為。許多人反對這個將辯護人描述為非政府的司法機關的理論，不過，這些反對的看法是不具有說服力的，一旦將來自於作為司法機關法律地位的責任，限縮在不受被告意思所拘束的責任，並且將刑事司法的有效性維持在至少是核心的要求。這個理論最重要的結論是—可以稱為是辯護的司法機關理論，儘管只是有限的責任(限制的機關理論)—辯護人要保持誠實並且因此禁止說謊。

* 德國帕荷大學法學院教授。本文是作者 2009 年 09 月 16 日在司法院之學術演講中譯文。

** 國立高雄大學法律學系專任副教授兼系主任、德國特里爾大學法學博士

投稿日期：10/13/2009；接受刊登日期：07/22/2010

責任校對：莊琬婷、廖紫喬

Funktionen und Stellung des Verteidigers im deutschen Strafverfahren - eine bis heute aktuelle Kontroverse

Werner Beulke*

Jiuan-Yih Wu**

Abstract

In Germany the accused may at any time during the proceedings obtain the assistance of a defence counsel. There is, however, some controversy about the legal position of the defence counsel. The courts insist that the defence counsel is not only required to assist the accused but must also act as a non-governmental organ to administer justice. There are many objections to this theory which characterizes the defence as a non-governmental organ to administer justice, but these objections are not convincing if the duties which are supposed to arise out of counsel's legal position as an organ to administer justice are reduced to the obligation to act independently from client's wishes and to maintain the effectiveness of the criminal justice system at least in its core requirements. The most important consequence of this theory – which may be called “theory of the defence as an organ to administer justice, albeit with limited duties” (eingeschränkte

* Professor, Colledge of Law, University Passau, Germany. This paper is translation of the academic speech at the Judicial Yuan on September 16, 2009.

** Associate Professor, Chair, Department of Law, National University of Kaohsiung

Organtheorie) – is that defence counsel is required to keep to the truth and is thus prohibited to lie.

德國刑事訴訟程序辯護人的 功能及地位—至今仍具話題 性的一個爭論

Werner Beulke 著

吳俊毅 譯

目次

- 壹、問題的提出
- 貳、相關案例
- 參、辯護人的法律地位
 - 一、辯護人是被告的輔助者
 - 二、機關理論
 - 三、當事人利益代理人理論
 - 四、限制的機關理論
- 肆、案例的解答
- 伍、所謂「上訴的萎縮」
- 陸、結論

關鍵詞：辯護人、機關理論、禁止說謊、真實義務、妨害刑罰

Keywords: defence counsel, theory assigning to the accused the legal position of a non-governmental organ to administer justice, Prohibition to lie, Obligation to keep to the truth, Obstruction of justice

壹、問題的提出

辯護是用來防禦要求實現國家刑罰請求權的攻擊。若是因為委託人是無罪的而涉及到一個缺乏正當性的攻擊，則是在為「好人」辯護。不過，辯護人不是只有照顧到無罪的委託人的辯護。很常是，辯護人完全不曉得，是否委託人有罪或者無罪，並且更常是，雖然知道他有罪，有時甚至具體地知道有罪，而依舊必須有利於被告地投入。許多非法律人對於這種行為在道德上的可代理性有疑問，因為他們不認為犯罪人是值得保護的。我們的程序法正好站在一個完全不同的觀點。基於無罪推定，每個被告必須被當作是無罪的，一旦他沒有被有效地判決有罪。從法治國的要求得出，被告有罪必須是在一個公平的程序被證明。有效防禦的可能也是屬於公平的程序，而且被告對此一個人是無法勝任的，在刑事程序，至少在重大指控的情形，我們需要辯護人。

歐洲人權公約第六條第二項規定：

「任何可罰行為的被告人，直到法律上證明他有罪前，視為是無罪的。」

歐洲人權公約第六條第三項 c 有下的法條文字：

「任何被告的人至少有以下權利：…自行辯護、透過他選任的辯護人為他辯護，或是在他是無資力的情形，無償獲得辯護人的協助，當這些就司法的利益是必須的。」

在德國的刑事訴訟法，是在第一三七條：

「被告可隨時獲得辯護人的協助。選任辯護人的數目不得超過三人。」

根據刑訴法第一三六條：

「在開始第一次的訊問時，被告應該被告知，其被控的行為以及所犯的刑罰規定。他必須被通知，根據法律自行決定，要對指控作表示或者不對事實陳述，並且也可以隨時在他的訊問之前詢問由他所選任的辯護人。」

辯護人在德國和歐洲的程序法，在機制上相對來說是被比較好的保障。但是，很多非法律人的不舒服當然不是偶然的，因為，辯護並不全是辯護。人們一如同在運動場上比賽的情形—防禦性或者攻擊性地防守，而且，當辯護人特別地攻擊性地工作時，則會有是否這還符合比賽規則的質疑。

貳、相關案例

爲了說明，我想列出一些都有涉及到一個且相同的可罰行為的例子，亦即，A 被指控，晚上在公園對 B 恐嚇並對他拿走一百歐元。在 A 被偵查時，他求助於一個律師，且對律師以信任談話的方式透露他是行爲人。律師現在作了以下的事情：

1. 他建議 A 要強調，在行爲那天和 Z 在電影院。A 按計畫地這麼做了。
2. 他建議 A 留長頭髮，因此被害人在指認的時候無法再度認出他。A 也聽從這個建議。
3. 辯護人對法院提出不在場的證人 Z；A 對辯護人談過 Z，Z 已經準備好作不實的陳述。
4. 辯護人閱卷並在當中發現一個註記，目前自由的 A，明天應該被羈押，辯護人立刻通知 A 這件事，A 因此得以藏匿。這後來也如此發生。
5. 辯護人找被害人 B 且對他作以下的提議：當 B 在審判當中說到 A 的時候，他完全不了解，行爲人 A 說了什麼，而且他認爲有可能，A 或許並不是要錢，而只是用打人來恐嚇；他將付給他一萬歐元作

為遭受身體傷害的補償。法院可能因此只對身體傷害作處罰，強盜指控卻可以被法院放過。這也發生了。

6. 被告付錢給辯護人，錢可能源自於因為被控常業販賣毒品的委託人的贓物。儘管辯護人認為這有可能，不過卻不確定。

就所提到的五種行為事實，辯護人是否正確地行為？

對主題不熟悉的人，為了解答將會在實體刑法找答案。辯護人不得實行可罰行為是沒有爭議的。普通刑法典對他也是有適用的。當他要求證人不說實話時，他實行了教唆不實陳述或偽證。挾帶手槍進看守所，委託人可開槍殺死管理員，是幫助謀殺或殺人。這是毫無爭議的且通常不會引起法律上的問題。

有問題的只是，是否在這些特別的可罰行為構成要件那邊，妨害刑罰(*Strafvereitelung*)(§258 刑法)的可罰性會有適用。根據德國刑法第二五八條的條文，實行妨害刑罰罪者，「意圖故意地(*absichtlich*)或明知地(*wissentlich*)完全或部分地妨害，他人根據刑法而因為違法行為的處罰」。要怎麼理解妨害？妨害，是改善行為人的待遇(*Besserstellung*)。因為，對任何人來說，顯然可見地，這正是辯護人的天職，幫助被告，因此改善他的待遇；一旦律師成功地且刻意地為一個有罪的行為人辯護，辯護人的行為，根本上，總是會落到刑法第二五八條的構成要件。一個全然職業標準的這樣的犯罪化，根據我們對於公平的刑事訴訟以及辯護人必要性的理解，並不能被強調成是正當的。所以，出路只有在，我們只是把「不允許的」辯護行為視為是可罰的，相對地，不會把「允許的」辯護強調成刑法第二五八條意義下的改善待遇。¹因此，我們卻還是一直無法解決我們的問題，因為，什麼是「不允許的」以及什麼是

¹ BGH NJW 2000, 2434; *Fischer*, StGB, 55. Aufl., 2008, § 258 Rn. 7; 詳細地, *Beulke*, Strafbarkeit des Verteidigers, 1989, Rn. 1ff.

「允許的」，現在必須被決定。可惜，我們在刑事訴訟法中徒勞無功地找答案，而且，就這一點，歐洲人權公約也是沈默的。

通說藉此提供協助，其自辯護人的任務和權限的整體觀察得出他的權利的界線。這個討論，在德國，是在「辯護人的法律地位」的標題底下被實行。自辯護人功能的綜觀得出的辯護人的法律地位，是我們自己所形成的大前提，然後，藉此我們在判斷辯護人的權限時填補被刑事訴訟法所開啓的漏洞。

參、辯護人的法律地位

現在，辯護人的法律地位是如何？我們已經聽到，任何被告可隨時獲得辯護人的協助，刑訴法第一三七條第一項。我們因此將辯護人稱為被告的「輔助者」(Beistand)。²被告在法治國當中不但是程序的客體，而且也是程序的主體，亦即，必須賦予他有決定性地影響程序的可能。真實不許不計任何代價地被調查。³

在國家的刑事訴追機關和被告之間的武器平等，儘管在我們的刑事訴訟程序(並不是根據當事人訴訟的規則被設計)並不總是能完全地被實現，卻保有一個基本上應該努力的程序目標。⁴被告無法獨自以足夠的程度自助。爲了可以無偏頗地反應，他是缺乏法律知識的，或是，他陷入行爲的指控過深。辯護人因此有平衡委託人落差的任務。⁵

² OLG Celle, NStZ 1988, 426; *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, Rn. 149.

³ BGHSt 38, 215, 219.

⁴ BVerfGE 63, 45, 61; EGMR [Nicolova] NJW 2000, 2883; [Aquilina] 2001, 52.

⁵ *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, Rn. 149.

一、辯護人是被告的輔助者

在細部上，作為被告的「輔助者」的辯護人有，特別是，以下的任務：⁶

- 對被告有關實體和形式法的諮詢
- 為被告表示
- 實行訴訟上的權利(比方，提出證據的申請)
- 代表被告，倘若是可能的，或者倘若是規定的
- 實行特別的辯護人權利
- 透過自行調查來釐清事件
- 以停止的方式爭取刑事訴訟程序的和解

目前的說法是有爭議的。不過，不一致的地方現在在於，是否辯護人除了「提供輔助」之外，也必須顧慮到超越雙方的(公的)利益。

二、機關理論

- 機關理論(Die Organtheorie)

德國聯邦最高法院和聯邦憲法法院的判決以及全面性的通說，在辯護人所看到的，不但是「輔助者」，而且同時是一個「司法機關」。⁷

因此，可以這麼說，辯護人不但是在被告的私人利益工作，而且他也必須實行公的任務。最優先的、公的任務是刑事司法法治國性的保障。據此，辯護人所扮演的只是在表面上專注對抗國家的訴追利益。實際上，單方面的支持以及因此所形成的武器平等也是有利於大家的。作

⁶ 詳細地，在 *Beulke*, *Strafbarkeit des Verteidigers*, 同前註 1, Rn. 17ff.

⁷ 自 *RG JW* 1926, 2767 以後; *BVerfG* 34, 293, 300; *BVerfG NJW* 2006, 3197; *BGHSt* 9, 20, 22; 46, 36, 43; *Fahl*, *JA* 2004, 708; *Gössel*, *ZStW* 94 (1982), 5, 29ff; *Egon Müller*, *NSZ-RR* 1998, 65.

為民主的共同體，國民全體將會發現地認識到程序的司法性。辯護人根據這個組織上的連結卻也有了義務。最重要的是真實的義務。

三、當事人利益代理人理論

- 一方利益代理人理論(Parteiinteressenvertretertheorie)

在德國文獻上，有一些作者完全地否定辯護人的機關性格，而想強調他是一個純粹的「一方利益的代理人」。⁸根據這個看法，辯護的利益只有在被告這邊。他必須主動地定義他的利益。辯護人只是必須對他提供協助而已。超過這個而朝向公益方向只是混淆了，一方面，告訴人，與，另一方面辯護之間，天生的相對性。

這個理論，比方，Lüderssen 和 Jahn 以溫和的方式所支持，並且將他們的解決稱為所謂的契約理論。⁹

這個理論的第一個觀點在於，辯護人絕對不是獨立於他的委託人。當委託人從他自己要求一個特定的行為(比方，提出證據的申請)，則辯護人必須照辦。¹⁰

還有，根據這個理論，辯護人允許作任何委託人也允許作的事。因為在德國的刑事程序法，被告是可以說謊的，這對他來說沒有責任，據說辯護人應該也允許說謊。

我認為這個看法並不正確。在欠缺專家的認知下，被告沒有能力自己去界定所有的利益。另外，我的看法是，從一個世紀以來被接受的真

⁸ Bernsmann, StraFo 1999, 226; Ostendorf, NJW 1978, 1349.

⁹ LR-Lüderssen/Jahn, Vor § 137 Rn. 33ff; 同作者, StV 1999, 537; 類似的, Jahn, JR 1999, 1; 同作者, StV 2000, 431.

¹⁰ Lüderssen, StV 1999, 537.

實義務是屬於刑事辯護的「重要成分」(essentials)。藉由辯護人的說謊權，利益代理人理論，在極端的情形使得律師變成委託人的同夥。¹¹

- 憲法-訴訟的理論

一個前段時間較強烈被偏好的思考方式，使得基本法第二條第一項的憲法保障與自治國原則所導出的公平程序結合，成為焦點。據說應該是由這裡所得出的：合乎法律的刑事辯護必須如何形成。任何的訴訟行為應該是允許的，一旦可以期待有程序的目的且沒有違反明確的法律禁止。¹²

我也認為這個看法是不具說服力的，因為直接從刑法第二五八條的核心刑法規範這同樣是不清楚的：什麼是被禁止的以及什麼是被允許的，並且，刑法規範在刑法第二五八條那邊，無論如何，屬於對辯護人也是有適用的誡命和禁止。¹³

四、限制的機關理論

- 限制的機關理論(Eingeschränkte Organtheorie)

我在更多年前所發展的限制的機關理論，¹⁴直到今天，我相信，其描述了正確的解答。其應該對辯護人的功能和權利作了清楚的說明。據此，一方面辯護人必須理解成被告的輔助者，且另一方面是刑事司法的「有限制的」機關。

在辯護人的輔助功能，辯護人必須

¹¹ *Beulke*, Strafprozessrecht, 同前註 5, Rn. 151.

¹² 並非所有人, *Bernsmann*, StraFo 1999, 226; 同作者, StV 2006, 342; *Paulus*, NSStZ 1992, 305, 310.

¹³ *Beulke*, Strafprozessrecht, 同前註 5, Rn. 151b.

¹⁴ 詳細地, 在 *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktion und Rechtsstellung, 1980, S. 50ff., 143ff., 258ff; 同作者, Strafprozessrecht, Rn. 150ff.

- 小心地實行委託人的利益
- 對於他所知悉的內情保持沈默，否則根據刑法第二〇二條，他會有可罰性
- 以及，最後，他負有忠實的義務，對被告保證，透過利益實行所知道的，身為他的幫助者絕不會作不利於他的使用。

辯護人也絕不允許公開會對他的委託人造成傷害的事，且這個沈默的義務在程序結束之後也是依然有適用。

對於這個有爭議的義務，現在，據我的看法，在限制的機關理論的意義下，卻也是在公的機能，也就是從兩個方面：

1. 辯護人沒有義務事事按照委託人的希望。¹⁵當他認為，滿足委託人的希望是不利甚於改善的，則他允許獨立於委託人的意思堅持辯護的策略。所以，比方，在極端的情形，他允許違反委託人的意思提出證據申請。¹⁶在德國的刑事程序法中，委託人的權利帶來了一個平衡 - 隨時解除他的辯護人的委任並且選任其他的辯護人。這個監督已經獨自地如此影響，在最後，任何辯護人在每個程序之前必須要找到委託人的反對授權。實務上，每個辯護人總是只去作那些他的委託人想要的，倘若這看起來是能夠代理的，而且並不會被禁止。¹⁷

這個辯護人的獨立性也是由此得出，根據德國法，被告會得到一個義務的辯護人，當涉及到重大的指控(§ 140 刑訴法)以及縱使是，在他不想要被辯護時。¹⁸這個強迫的的義務辯護，也是在國際上被認

¹⁵ Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer (STRAUDA), Thesen zur Strafverteidigung, 1992, These 9; *Gössel*, ZStW 94 (1982), S. 1, 33; *Vehling*, StV 1992, 86, 87.

¹⁶ BVerfG NJW 1995, 1952; OLG Celle NStZ 1988, 426.

¹⁷ *Beulke*, Strafprozessrecht, 同前註 5, Rn. 152.

¹⁸ BVerfG NJW 1998, 2205.

同的，比方，在對於米洛賽維奇的程序，在海牙的南斯拉夫法庭；呈現出，被告和他的辯護人並不是被等同視之。只有在刑事訴訟法當中明確地規定-比方，提出上訴(§ 297 刑訴法)，辯護人是受到委託人的意志所拘束的。這個辯護人的第一個功能可被稱爲是辯護有效性的保障。

2. 因此，辯護人的公的任務卻還是一直沒有被廣泛地描述。加上辯護人儘管被刑事訴訟法配置了特殊的優待，另一方面，他卻承諾不濫用這些優待。辯護人允許，比方，閱覽程序的卷宗(§ 147 刑訴法)以及他允許在沒有監察之下在看守所對他的委託人說話(§ 148 刑訴法)。辯護人甚至完全普遍地擁有和被告公平且不受監控的接觸權。因此，刑事訴追機關不許監聽，比方，辯護人的電話，並且不許扣押辯護人和委託人之間所交換的信件，亦即，無論這些信件是在辯護人這邊，或者是在被告這邊。¹⁹

不過，按照我的看法，這些優待並不是免費的，也就是說，辯護人必須爲此提供某些對價，亦即，這個承諾：在程序進行中不濫用他的特殊權限以及他的特殊影響可能性。²⁰另一方面，他現在不允許受到國家太強烈的牽制，而不去作任何的防禦。我們已經強調過，對於國家刑罰請求權的防禦，直接地描述了他的典型任務。我因此認爲，他只是不允許對司法的核心領域提出質疑。²¹附帶一提的，相對地，他必須獨立於所有的國家強制力來扮演他的角色。

什麼是屬於這個核心的領域？對此一直還沒有共識。不過下列的點是相對沒有爭議的：²²

- 辯護人不許毀損證據的來源，²³比方，特別是，不可模糊線索

¹⁹ *Beulke*, Strafprozessrecht, 同前註 5, Rn. 153f.

²⁰ *Roxin*, FS für Hanack, 1999, 13ff.

²¹ *Beulke*, Strafprozessrecht, 同前註 5, Rn. 150.

²² 相反地, *Beulke*, *Zwickmühle des Verteidigers*, in: FS für Roxin, 2001, 1173, 1181f.

- 辯護人不許說謊²⁴
- 爲了促使證人主張證人的拒絕作證權，使用詐術和恐嚇的手段²⁵
- 使卷宗和證據消失，比方，將武器藏起來
- 變造案件事實的證據，比方，變造線索
- 提出偽造的書證或偽造的證據
- 夾帶破壞工具進入看守所
- 爲逃亡取得護照和機票
- 從活期帳戶匯款給逃亡中的委託人
- 藏匿行爲人

反之，是被允許的：²⁶

- 通知實質上和形式上的法律基礎
- 提醒不實的陳述是不罰的
- 提醒有緘默權
- 告知卷宗的內容
- 請求證人不要提出上訴
- 請求證人使用證人的拒絕作證權²⁷
- 當無法證明有罪時，站在有罪的被告這邊提出無罪的聲請。
- 當法院要求辯護人作有關被告的說明時，保持沈默。適用這個原則：「所有辯護人所說的，必須是真的，不過，他沒有義務說出全部的真實。」

在這個區分，根據我的看法，最重要的是，辯護人絕不許說謊。當他曉得，被告那邊在說謊，他儘管可以不對此反駁，但是，他必須「平

²³ RGSt 50, 364, 366; BGHSt 9, 20, 22; BGH NStZ 1999, 188.

²⁴ BGH NJW 1972, 2140, 2141.

²⁵ *Leipold*, StraFo 1998, 80.

²⁶ 詳細地，在 *Beulke*, Strafbarkeit des Verteidigers, 同前註 1, Rn. 17ff.

²⁷ BGH 10, 393; OLG Düsseldorf StV 1998, 552; *Leipold* StraFo 1998, 79.

心靜氣」地行爲。²⁸說謊被告的諮詢不會被禁止。雖然，諮詢的目的卻是在創造或者修飾不實的陳述。

但是，這個第二的禁止，文獻上近來經常是有爭議的。已經提過的，一方利益代理人理論的支持者在這裡直接看到一個辯護人與國家目的太過於強烈的連結，並且爲辯護人要求一個完整的說謊權。²⁹

我認爲這個反對的立場是全然錯誤的。機關的地位，爲了使用一個受到歡迎的印象—是一個分枝，辯護人坐在上面。他應該不會想把它鋸掉。

負有真實義務的律師目前已經證實是被告的有效協助者。很清楚地，廣泛地涉及到一個主觀的真實，因爲辯護人所想的，是從委託人的通知以及其他的程序參與人的報告而被形成。辯護人對於他所知的主觀性和可修正性必須總是有意識的。

肆、案例的解答

現在我們就在這個基礎上來解答我們的案例：

案例一：

在這裡，辯護人告訴委託人，他不應該說實話且強調他在電影院裡。這樣的諮詢，在說謊的情形是不允許的。

案例二：

剪頭髮的談話是允許的。被害人也是可以再次認出不同髮型的行爲人。

²⁸ *Bottke* ZStW 96 (1984), 755.

²⁹ *Bernsmann*, *StraFo* 1999, 226; *Ostendorf*, *NJW* 1978, 1349.

案例三：

在這裡，辯護人提出一個決定作偽證的證人。根據正確的解釋，這是不允許的辯護行爲，並且，這是在所不問的：被告因爲這樣子提出有意作偽證的證人不會讓自己受罰。³⁰按照我的看法，辯護人不許喪失他真實的立場。在提出證據申請的範圍，他也不許使用刻意引起不實的方法。當然，法院還是必須審查證人陳述的真實性，不過，辯護人的意見也同樣算得上一些，且他因此不得刻意地(在直接故意的意義下)去造成一個不實的陳述。

案例四：

透過辯護人努力去通知被告一個迫在眉睫的羈押，辯護人藉由保障給他的閱卷權得到他對此的認知。在這裡，我所持的觀點是，辯護人只有得到閱卷權，因爲他享有特殊的信任。不過，這也意味著，他不許對被告作有關羈押的通知。³¹這當然在德國刑法有極高的爭議，³²因爲辯護人是以此方式居於被告和國家之間的居間人角色。雖然我認爲，當辯護人保有完整的閱卷權時，是比我們採取反對看法要好的，反對的看法要求檢察官在危及調查目的的指示下(§ 147 第 3 項 刑訴法)將卷宗對辯護人完全保留。假如檢察官要保障閱卷時，會有此風險，是否辯護人會將任何一個訊息轉給委託人。這個論點只是造就了，檢察官對於卷宗普遍地保密。辯護人在這裡得到完整的閱卷權，且之後在他那一邊作篩選，我認爲這是比較有意義的。

³⁰ BGHSt 29, 99, 107.

³¹ *Beulke*, Strafprozessrecht, 同前註 5, Rn. 160.

³² 詳細地, *Beulke*, Strafbarkeit des Verteidigers, 同前註 1, Rn. 42ff; 同作者, StV 1994, 575; *Fezer*, Strafprozessrecht, Juristischer Studienkurs, 2. Aufl., 1995, 4 Rn. 29; *Roxin*, Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 25. Aufl., 1998, § 19 Rn 64; 對此, 相反地, *Meyer*, A., Das Akteninformationsrecht des Beschuldigten, 2002.

案例五：

當辯護人付錢給證人是為了，證人以特定的方式陳述，³³根據我的看法，必須被區分。當證人應該會說假話時，這種付錢無論如何是不允許的。當按照辯護人的意見，證人應該說實話，且當在付錢與被可罰行為所引起的損害之間，存在著內部的關連性時，付錢顯得肯定是允許的。³⁴根本上，付錢只是一個反正要被負責的損害賠償。在我們的例子，行為人打了被害人。傷害罪是肯定的，相反地，強盜罪有爭議。當為了平衡被賦予的傷害而付錢時，這是可以的。

案例六：

在這裡，不同於在案例一至五的情形，並不是在處理妨害刑罰的可罰性，而是根據刑法第二六一條因為洗錢的可罰性。

立法者在刑法第二六一條沒有建立辯護人的優待。根本上是支持辯護人的可罰性。實際上，通說的看法還是反對可罰性的。³⁵在這裡，我所偏好的(限制的)機關理論再度證明是經得起考驗的。事實上，聯邦憲法法院在辯護人公的功能的說明之下，將洗錢罪的構成要件解釋為對辯護人是不適用的，一旦他只是以間接故意(*dolus eventualis*)而行為。³⁶當辯護人以直接故意知道，涉及到源自贓物的錢，他才會因為洗錢而被處罰。在案例六，辯護人不會因為洗錢罪而被處罰，因為他不確定錢是來自可罰行為。

³³ BGHSt 46, 53, 54.

³⁴ *Beulke*, *Zwickmühle des Verteidigers*, in: FS für Roxin, 2001, 1173, 1192.

³⁵ Mit jeweils unterschiedlichen Begründungsansätzen: BGHSt 47, 68; OLG Hamburg StV 2000, 205 *Lüderssen* 的評釋; *Beulke*, *Rudolphi-FS*, S. 392; *Bernsmann*, StV 2000, 40.

³⁶ BVerfGE 110, 226 *Ranft* 的評釋, Jura 2004, 759; *Müssig*, *wistra* 2005, 201; *Wohlens*, JZ 2004, 678.

總之，可以因此確定的是，機關地位也是使辯護人獲得很多的好處。因此我認為機關地位是具有優先性的。另一方面，刑事辯護存有一個危險的擺盪(Gratwanderung)。在許多領域(場合)，難以確定，辯護人還允許的是什麼以及什麼是對他禁止的，且因為妨害刑罰的處罰可能一直威脅著。可罰性的風險如同一把達摩里斯劍(Damoklesschwert)*，懸在一個受雇的辯護律師頭上。需要他的完全專業，以求在為權利而奮鬥當中不會摔倒。

伍、所謂「上訴的萎縮」

這促使我在我的口頭報告的最後部分還要對您們報告一個在德國現在發生的熱烈討論。我們的最高法院，亦即，聯邦最高法院作出譴責：辯護人愈來愈多不再堅持我所提出的誠命。辯護人尋找一個「衝突的辯護」(Konfliktverteidigung)，並且，比方，在上訴的範圍也作不實的表示。³⁷像是，當審判筆錄是有錯誤的，辯護人卻直接據此提起上訴。當辯護人知道，筆錄是有誤的，則對於在筆錄當中被不正確地列出的程序瑕疵，根本上完全不能用上訴的方式作指摘，因為他後來是說謊的。所以，像是，當筆錄沒有說明，起訴書已在審判被朗讀。一個不成文的法律：辯護人曉得(因為他當時在場)，事實上，起訴書已經被朗讀，辯護人就不能對這個瑕疵提起上訴。³⁸遺憾的是，辯護人最近不再遵守不成文的誠命。此外，辯護人也愈來愈多是具有攻擊性的，現在，必須也針對辯護人加強地採取一般濫用的監督。³⁹

* (譯註)源自於希臘神話，有岌岌可危的寓意。

³⁷ GSSSt 1/06 vom 23.4.2007 =BGHSt 51, 298, Rz. 52.

³⁸ 對於這個繼續廢除程序規定的確定性和形式嚴格性，加以批評的，Fezer, in FS Otto, 2007, S 901ff; Schumann, JZ 2007, 927, 935.

³⁹ BGHSt 51, 298, Rz 54.

聯邦最高法院的大審判庭因此允許，法院在收到上訴狀之後也還是可以拿錯誤的筆錄來考慮，當作是立即的措施。因此，儘管上訴失去了他的基礎，而且在判決時維持不變(所謂的，上訴的萎縮；*Rügeverkümmung*)，不過，這應該是正義的，因為在實際上，程序的違反完全無法開始。

我個人認為，聯邦最高法院的新策略是錯的。⁴⁰辯護人相對於過去，絲毫不是較具有攻擊性的。⁴¹特別是，他們與沒有更強烈地準備要說謊。事實上，比方，根據有錯誤的筆錄的上訴理由完全沒有說謊，因為筆錄在這裡是符合事實(§ 274 刑訴法)。⁴²我們最高級的法院所說的，辯護人愈來愈多如此為難刑事訴訟，他在實際上(*de facto*)不會是這樣的，欠缺任何經驗上的基礎。⁴³相反地：過去較多年的、經驗的研究發現，「衝突辯護」實際上只有在極少的例外情況開始。所以，聯邦最高法院弄錯了，當其認為，辯護現今是增加地被濫用的。百分之九十九點九的辯護人實際上是遵守我所描述的(不成文的)界線。特別是，禁止說謊是一個至少被所有可敬的辯護人接受的權限禁區(*Schranke*)。對極少數不遵守所提出的界線的辯護人，我們的整體法秩序不可以被改變。這樣的辯護人在個案當中會從辯護被排除(§ 138a 刑訴法)。

陸、結論

機關的地位因此有優點和缺點。我所看到的主要缺點是在於，辯護人和委託人之間平行的區分，以及在雙方之間與此有關的影響信賴關係的危險。分開卻也是有許多的優點，根據我的看法，總之是可以彌補缺

⁴⁰ *Beulke*, StV 2009, 554ff.

⁴¹ *Wagner*, GA 2008, 442, 460; *Hamm*, NJW 2007, 3166; 不同的, *Fahl*, JR 2007, 345.

⁴² 深入的 *Beulke*, FS Böttcher, 2007, S 17. 與這個繼續廢除程序規定的確定性和形式嚴格性有關，加以批評的: *Fezer*, in FS Otto, 2007, S 901ff; *Schumann*, JZ 2007, 927, 935.

⁴³ *Wagner*, GA 2008, 442, 460; *Hamm*, NJW 2007, 3166.

點的。首先，這裡要提到信賴的預支(Vertrauensvorschuss)，其被賦予辯護人且允許律師的權利繼續擴張。辯護人也可享有，比方，在洗錢罪構成要件的優待。總之，我們的刑事程序保留一個神聖的、支持法和平的活動，且因此實現將我們聯繫在一起的大目標，亦即，真實的發現和作成正義的判決。所有都可以且所有都作、毫無顧忌的辯護人，對我來說並不是誘人的觀點。這個觀點經證實不會強過具機關特徵的辯護人。刑事訴追機關不會把一個有說謊權的辯護人接受成為等價的一方，並且給他很多的參與可能性和資訊。無禁區地扮演辯護人的要求，只挑起還是比較少的辯護人權利的要求。在全世界，這是非常受歡迎的，要求加重的刑法和一個「迅速的」刑事訴訟。您只會想到恐怖的危險、性犯罪或經濟刑法。不過，加重的反應並不總是較聰明的反應。顯然我們必須在核心刑法中關注，刑事司法的有效性繼續被保障，然而，在法治國必須總是再度被提醒：沒有不計代價的判決。儘管我們在尋找正義的判決，不過，也必須能透過法治國的刑事程序而被找到。強大的辯護人屬於這個法治國的刑事程序，他在另一方面不會反過來採取說謊的手段。

西賽羅(Cicero)已經擔心到這一點，因為他提醒，「無論曾經可能是如何一辯護人不許虛構，他必須攻擊。」當在兩千年之後我們想不到比較優先的選擇時，因此很多人支持，繼續的研究將只是得出，西賽羅是多麼正確的。

我相信，(限制的)機關理論，使辯護人既不是成為國家的僕人，也不是被告的僕人；在未來，也會對辯護的有效性作最好的保障。

參考文獻

德文部分

- Bernsmann, Klaus(1999), Zur Stellung des Strafverteidigers im deutschen Strafverfahren, StraFo., S. 226.
- (2000), Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche, StV., S. 40.
- (2006), Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche –Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund, StV., S. 40.
- Beulke, Werner(1980), Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktion und Rechtsstellung, Frankfurt.
- (1989), Strafbarkeit des Verteidigers, Heidelberg.
- (2001), Zwickmühle des Verteidigers, in: FS für Roxin, S. 1173, Berlin.
- (2007), Berücksichtigungsfähigkeit von Protokollberichtigungen nach Eingang der Revisionsbegründung, in: FS für Böttcher, Berlin.
- (2009), Rechtsmissbrauch im Strafprozess - Eine Erwiderung auf Pfister, StV, S. 554.
- (2010), Strafprozessrecht, 11. Aufl., Heidelberg.
- Beulke, Werner/ Ruhmannseder, Felix(2010), Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl., Heidelberg.
- Bottke, Wilfried(1984), Wahrheitspflicht des Verteidigers, ZStW., S. 726.
- Fahl, Christian(2004), Geldwäsche durch Verteidiger (BVerfG, Urteil vom 30.3.2004– 2 BvR 1520/01), JA., S. 704.

- (2007), Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 23.4.2007 – GSSt
1/06, JR, S. 345.
- Fezer, Gerhard(1995), Strafprozessrecht, Juristischer Studienkurs, 2. Aufl.,
München.
- (2007), Zur Fortschreitenden Relativierung der
Verfahrensvorschriften durch den Bundesgerichtshof - § 274 StPO als
Beispiel, in: FS für Otto., Stuttgart.
- Fischer, Thomas(2009), Strafgesetzbuch und Nebengesetzen, 56. Aufl.,
München.
- Gössel, Karl-Heinz(1982), Die Stellung des Verteidigers im
rechtsstaatlichen Strafverfahren, ZStW., S. 5.
- Hamm, Reiner(2007), Gleicher Schutz vor guten und bösen Trojanern,
NJW., Heft 42, Editorial.
- Jahn, Matthias(1998), zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.6. (24 U 161/97) -
Schadensersatzpflicht eines Pflichtverteidigers, StV., 2000, S. 431.
- (1999), Das Zivilrecht der Pflichtverteidigung, JR., S.1.
- Leipold, Klaus(1998), Zulässige Einwirkung und Belehrung von Zeugen
durch den Verteidiger, StrafFo., S. 79.
- Löwe-Rosenberg(1998), Die Strafprozeßordnung und das
Gerichtsverfassungsgesetz, Band 3., §§ 137-212b, 25. Aufl., Berlin.
- Lüderssen, Klaus(1999), Die Mandanten und der Täter – Opfer Ausgleich,
StV., S. 65.
- Meyer, Alexander(2002), Das Akteninformationsrecht des Beschuldigten,
Hamburg.
- Müller, Egon(1998), NStZ-RR., S. 65.
- Paulus(1992), Dogmatik der Verteidigung, NStZ., S. 305.
- Rieß, Peter(Hrsg.)(2004), Großkommentar/ Band 3: §§ 137-212b, 25. Aufl.,
Berlin.

- Roxin, Klaus(1998), Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 25. Aufl., Berlin.
- (1999), Gegenwart und Zukunft der Verteidigung im rechtsstaatlichen Strafverfahren, in: FS für Hanack, S. 1, Berlin.
- Schumann, Kay H.(2007), Protokollberichterung, freie Beweiswürdigung und formelle Wahrheits im Strafverfahren, JZ., S. 927.
- Vehling, Karl - Heinz(1992), Die Funktion des Verteidigers im Strafverfahren, StV., S.86.
- Wagner, Heinz(2008), Die Beachtlichkeit von Protokollberichtigungen für das Revisionsverfahren Zugleich Besprechung von BGH (Grosser Senat), Beschluss vom 23.4.2007, GA., S.442.
- Wohlers, Wolfgang(2004), Entscheidungen - BVerfG, 30.3.2004 - 2 BvR 1520/01 - Geldwäsche durch Annehmen des Strafverteidigerhonorars?, JZ., S. 670.

