

高大刑事法學講座系列(三) 暨

德國特里爾大學法學院 Prof. Dr. Hans-Heiner Kühne 訪台系列演講

## 既有效率且又對人民友善的刑事訴訟法的理論 與實務

*(Theorie und Praxis eines effizienten und bürgerfreundlichen strafverfahrensrechts)*

### 高大刑事法學講座系列

成立於 2006 年，講題涵蓋刑法、刑事訴訟法、刑事政策、犯罪學、法律社會學及法哲學等領域，旨在擴展刑事法學之整合層面，用以嘉惠南部學子之法學根基與素養，同時結合法學院之師資，並提供一系列的知識饗宴。

主講人介紹：

#### **Prof. Dr. Hans-Heiner Kühne**

德國薩爾大學法學博士

德國特里爾大學法學院「德國、歐洲及國際刑法暨刑事訴訟法、犯罪學」講座教授

Prof. Dr. Hans-Heiner Kühne (曲納)，1943 年 8 月 21 日出生在 Nikolaiken<sup>1</sup>。1962 到 1965 年間，先後就讀於德國國立漢諾威音樂專科學院以及柏林音樂學院，以小提琴作為主修。在一邊念音樂的同時，也開始接觸並且學習法律（首先是在當時位於西柏林的自由大學，後來又轉到 Saarbrücken 大學）。完成了音樂以及法律的基礎學習階段之後，曲納教授選擇繼續往法律的方向嘗試更深入地學習，1969 年，他以「刑事訴訟上的證據禁止與基本法第一條第一項：同時探討對於人性尊嚴概念的解釋」(Strafprozessuale

---

<sup>1</sup> 曲納教授在他的刑事訴訟法教科書中的簡歷裡面，另外在這個地名之後用括號標示「東普魯士」，有次閒聊時，請問他這個作麼用意是什麼，他說，這個地方在二戰之後已經不再屬於德國，目前是位於波蘭境內。

Beweisverbote und Art. 1 Abs. 1 GG.: zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Rechtsbegriffs Menschenwürde)為題在 Saarbrücken 大學取得博士學位。1972 年起，在 Saarbrücken 大學擔任助理教授，其間，1972/73 年的冬季學期，他還以訪問教授的身份到位於日本東京的慶應義塾大學進行研究<sup>2</sup>，1978 年，曲納教授以「作為聯繫問題的刑事程序法：一個刑事程序法上聯繫理論的緒論」(Strafverfahrensrecht als Kommunikationsproblem : Prolegomena einer strafverfahrensrechtlichen Kommunikationstheorie)(由位於海德堡的 Kriminalistik 出版社出版<sup>3</sup>)為題在 Saarbrücken 大學完成他的教授資格論文，並在同年獲得 Saarbrückenen 大學的提名為教授。曲納教授也曾經從事過司法實務的工作，1981 年 4 月到 9 月，他在 Saarbrücken 的邦高等法院 (Landgericht Saarbrücken) 擔任過法官。1981 年開始，在特里爾大學擔任專任教授至今，主要是講授刑法和刑事訴訟法的理論以及實例演習、少年法院法 (Jugendgerichtsgesetz, 縮寫為 JGG)與犯罪學，近年來，還開設「歐洲刑法以及刑事訴訟法的專題研究」。在特里爾大學工作的階段，曲納教授也累積一些學校行政工作的經驗，先後出任過該校法學院院長 (1987-1989)以及副校長 (1991-1995)。曲納教授對於比較法的研究向來具有濃厚的興趣，並且和國外保持密切的聯繫，1993 年，他成為英國倫敦西敏寺大學的訪問教授，2002 年，他也以訪問教授身分造訪了土耳其伊斯坦堡的文化大學。此外，曲納教授也受邀擔任國內外政府單位以及國際組織的專家，比方，德國聯邦刑事局 (BKA)(自 1988 年起)及聯合國(UNO)犯罪預防部門(自 1988 年起)的常任鑑定人、美國司法部(1996-2001)的鑑定人、土耳其政府人權問題諮詢委員(2001 年起)。

曲納教授的研究重點，關於刑事訴訟法一般性的基礎理論，他的興趣是擺在「刑事程序法的理論與經驗的關係」，若談到刑事訴訟程序的程序參與

---

<sup>2</sup> 據曲納教授本人透露，他也順道偕同夫人兩度到台灣旅遊。

<sup>3</sup> 本出版社也出版，創立於 1926 年、德國著名的同名老牌犯罪學學術與實務專業雜誌—Kriminalistik。

人，他則是集中在「警察的研究和犯罪的對抗」以及「刑事訴訟程序當中被害人與行為人的保護」，有鑑於歐洲全面整合的大勢所趨，曲納教授早已把研究的觸角伸向「歐洲刑法與刑事訴訟法」這塊比較刑事法學研究的處女地，所以，從他刑事訴訟法教科書的第五版開始，他把書名從原先的「刑事訴訟法論：為了考試以及實務所作的體系性介紹」(Strafprozeßlehre: eine systematische Darstellung für Prüfung und Praxis) 更名為「刑事訴訟法：一本專為德國以及歐洲刑事程序法所寫的教科書」(Strafprozeßrecht: ein Lehrbuch zum deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht)<sup>4</sup>，要特別介紹的是，本書應該算是目前德國刑事訴訟法學界唯一一本把歐洲整合的脈絡納入的刑事訴訟法教科書，並且與上次跟大家介紹過、任教於 Passau 大學的布意克教授的「刑事訴訟法」(Strafprozeßrecht) 並列為還有持續更新版本的教科書<sup>5</sup>，2003 年已經出版到了第六版，更值得一提的是，就像和曲納教授接觸之後所帶給人的感覺：輕鬆又不失堅持。在他的這本教科書裡，讀者可以看到他歷經「教學研究-司法實務-教學研究」的生涯所形成的個人研究風格：在作完理想性地理論體系論述之餘，還運用詼諧的口氣對於德國的實務加以的犀利批判；每每讓人有這種發人深省的讚嘆：對於外國法理論和制度的學習，別忘了也要深入去看看制度運作所造成的問題。對於想要一窺德國實務，以及亟思如何為讓台灣刑事訴訟法制脫離困境的人，千萬不要因為這本書 583 頁的厚度而打退堂鼓。在犯罪學方面，曲納教授則是對於「施用毒品者與其治療」，還有「治療工作的法制」感到有興趣。

---

<sup>4</sup> 這本書在第五版之前，主標題都是用「刑事訴訟法論」(Strafprozeßlehre)，副標題卻是作過兩次的異動，在初版以及第二版時是用「導論」(Einführung)，第三、四版時則是改為，「為了考試以及實務所作的體系性介紹」(eine systematische Darstellung für Prüfung und Praxis)。

<sup>5</sup> 詳細的介紹，請參見，吳俊毅，法學講座，第 30 期，155-167 頁。

### 第一場

講題：歐洲法體系當中的簡易程序及其對於人權保障的效果

(Vereinfachte Verfahren in europäischen Rechtssystemen und ihre Folgen  
für den Individualrechtsschutz)

口譯人：吳俊毅 (國立高雄大學法律學系專任助理教授、德國特里爾大學法學博士)

時間：民國 95 年 12 月 11 日(星期一) PM 15:00-17:00

地點：國立高雄大學 (法學大樓 516 多媒體教室)

### 第二場

講題：刑事訴訟法的架構以及個人權利的保護。一個法比較的觀察<sup>6</sup>

(Strukturen des Strafverfahrensrechts und der Schutz von  
Individualrechten. Eine rechtsvergleichende Betrachtung)

口譯人：王效文(國立成功大學法律學系暨科技法律研究所專任助理教授、德國法蘭克福大學法學博士)

時間：民國 95 年 12 月 12 日(星期二) PM 15:00-17:00

地點：國立成功大學 (光復校區「雲平大樓」東棟 1 樓視聽教室)

### 第三場

講題：對抗貪污以及洗錢的國際規範。轉換成國內法的可能性與批評

(Die internationalen Regelungen über die Bekämpfung von Korruption und  
Geldwäsche. Kritik und Möglichkeiten der Umsetzung)

口譯人：吳俊毅 (國立高雄大學法律學系專任助理教授、德國特里爾大學法學博士)

時間：民國 95 年 12 月 13 日(星期三) PM 14:30-16:30

地點：凱薩飯店北京廳 (台北市忠孝西路一段 38 號 4 樓)

---

<sup>6</sup> 本次演講內容在經過修改以及加入文獻出處之後，全文以及中文翻譯將由國立成功大學法律學系暨科技法律研究所專任助理教授王效文先生發表在「成大法學」。

對抗貪污以及洗錢的國際規範。轉換成國內法的可能性與批評

主辦單位：國立高雄大學法學院、國立成功大學法律學系暨科技法律研究所、  
法務部調查局洗錢防制中心

協辦單位：國立高雄大學法律學系、國際刑法學會中華民國分會、行政院國  
家科學委員會

Prof. Dr. H.-H. Kühne

Taiwan 3

## **Vereinfachte Verfahren in europäischen Rechtssystemen und ihre Folgen für den Individualrechtsschutz**

### **I Einführung**

Die Bedeutung des Strafverfahrensrechts wird seit spätestens den Zeiten der Aufklärung als wichtigstes Instrument zur Begrenzung staatlicher Gewalt gegenüber dem Individuum betont. Eberhard Schmidts Feststellung, Strafprozessrecht sei angewandtes Verfassungsrecht, hat nach wie vor Gültigkeit. Die Rechtsprechung des EGMR unterstreicht diese Bedeutung, indem sie auf der Basis der EMRK beständig neue Grundsätze und Details herausarbeitet, die den Bürger trotz des unstreitigen starken gesellschaftlichen Interesses an erfolgreicher Strafverfolgung gleichwohl vor dieser schützt und den Staat in seine Schranken weist. Auf der rechtliche Grundlage der Konvention schafft der EGMR hierbei gleichsam ein supranationales, selbst nationale Verfassungen überlagerndes Strafverfahrensrecht<sup>7</sup> und beschreibt damit einen Rechtsraum, der mit seinen 44 Signatarstaaten die Grenzen der EU weit überschreitet.

Gerade mit Blick auf diese Rechtsprechung entsteht der Eindruck, dass spätestens durch den EGMR die Position des Beschuldigten auf der Basis der Unschuldsvermutung und dem Gebot mannigfaltiger Schutzvorgaben zur Garantie der Verfahrensfairness und der Gewährung einer hinreichenden Verteidigung aufs Beste gesichert ist. Dieser Eindruck ist falsch und richtig zugleich. Richtig ist er,

---

<sup>7</sup> Dazu ausführlich Esser Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht – Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des EGMR, 2002 und Kühne GA 2005, 195.

weil all diese Garantien in der Tat weit reichen und dem Bürger einen starken Schutz vor der strafenden Staatsgewalt gewähren. Je nach Position mag der Betrachter sogar die staatlichen Verfolgungsinteressen allzu stark eingeschränkt sehen<sup>8</sup>.

Falsch ist diese Feststellung hingegen, wenn man sie statistisch auf die große Zahl aller Verfahren bezieht – von den vielfältigen sonstigen Implementierungsdefiziten soll hier einmal ganz abgesehen werden<sup>9</sup>. Vollständige Verfahren, also solche, die insbesondere die als Regelfall vom Gesetz gedachte ungekürzte Hauptverhandlung durchlaufen, sind, wie im Detail noch zu zeigen sein wird, zu einer kleinen Minderheit von Verfahren degeneriert. Und dies keineswegs allein oder auch nur überwiegend im Bereich der Bagatell- und mittleren Delinquenz. Gesetzlich vorgesehene verkürzte Verfahren, Opportunität sowie allerlei formelle und informelle sowie offene und verdeckte Absprachen führen zu einer aus Staatssicht zumindest ökonomischen<sup>10</sup> Form der Rechtsgewährung.

In Folge dieses Phänomens ist unsere strafverfahrensrechtliche Diskussion in gewisser Weise unehrlich geworden. Wann immer wir von den hehren Zielen und Garantien dieses Rechts sprechen, erwecken wir den Eindruck, wir sprächen ganz allgemein vom Strafverfahren, aber unterdrücken dabei die Tatsache, dass wir uns in Wirklichkeit nur auf eine ganz kleine Anzahl von ausgesuchten Fällen beziehen. Der Stellenwert strafverfahrensrechtlicher Garantien wird auf diese Weise durchaus dramatisch verfälscht.

---

<sup>8</sup> Vgl. allgemein zum Zielkonflikt Schutz der Grundrechte einerseits und der Begründung einer „Staatsaufgabe Sicherheit“ andererseits: Gusy Polizeirecht, 5. Auflage 2003, Rn. 74 ff.

<sup>9</sup> Vgl. zu den strukturellen Besonderheiten der „Strafverfahren“ in Europa: Kühne Strafprozessrecht. Ein Lehrbuch zum deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 48.

<sup>10</sup> Den Siegeszug ökonomischer Erwägungen im Recht, vor allem im Strafverfahrensrecht dokumentiert auch das sog. Eckpunktepapier der Bundesregierung zur Reform des Strafverfahrens vom 6.4.2001, StV 2001, 314 ff.; kritisch zu ökonomischen Einflüssen auf das Strafverfahren auch: Albrecht StV 2001, 416 ff.

Die folgende Darstellung soll einige wesentlichen Varianten dieser Verkürzungen aufführen, so, wie sie in den Strafverfahrensrechten der EU Staaten vorzufinden sind, um dann zu versuchen, die rechtsstaatlichen Grenzen derartiger Verkürzungsstrategien zu bestimmen.

## **II Grundsätzliche Vorüberlegungen**

### **1. Kategorisches**

Um die vielfältigen Varianten zur Verkürzung und Vereinfachung des Strafverfahrens systematisch einzufangen, sollen vier Kategorien gebildet werden, die sich zwar nicht völlig trennscharf voneinander abgrenzen lassen und zum Teil ineinander übergehen, die aber gleichwohl in ihrer ordnenden Funktion die Problematik zu verdeutlichen in der Lage sind:

- Vom Gesetz vorgesehene vereinfachte Verfahren
- Formelle Diversionsstrategien zur Vermeidung der Hauptverhandlung
- Formelle Strategien der Vereinfachung des Verfahrens, insbesondere der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung
- Informelle Strategien zur Vereinfachung des Verfahrens, insbesondere der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung

### **2. Die Bedingung der Freiwilligkeit**

Allen diesen Varianten ist ein identischer Rechtfertigungsgrund gemeinsam: Ohne Zustimmung des Beschuldigten können sie nicht durchgeführt werden. Dem gemäß hat der Beschuldigte immer das Recht auf ein vollständiges Verfahren, sei dies auch erst in einer weiteren Instanz.

Man könnte nun meinen, dass hierdurch die gesamte Problematik entfalle, gilt doch auch im Strafrecht der Satz des *volenti non fit iniuria*. Diese Betrachtung greift jedoch deutlich zu kurz. Zunächst einmal geht es im Strafverfahrensrecht um Regelungen, die, auch wenn sie vordergründig den Beschuldigten schützen, in

erster Linie den Staat in seiner Machtausübung disziplinieren und funktional begrenzen. So sind Folter und das alleinige Verlassen auf ein Geständnis des Beschuldigten<sup>11</sup> auch deshalb verboten, weil die Verlässlichkeit solcher Beweise höchst zweifelhaft ist. Die komplexen Regeln der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung haben den Zweck, bei der Aufarbeitung des historischen Sachverhalts des (vermeintlichen) Verbrechens die Kommunikation zwischen den Beteiligten zu optimieren<sup>12</sup>, um die Möglichkeit eines gerichtlichen Irrtums zu minimieren – und dabei natürlich den Beschuldigten zu schützen. Anders als im Zivilverfahren haben die Beteiligten, auch nicht der Beschuldigte, keine irgendwie geartete Befugnis, über den Sachverhalt zu verfügen. Aus alledem ergibt sich bereits, dass die Zustimmung des Beschuldigten im Strafverfahren nur eine überaus begrenzte Rolle spielen darf.

Zusätzliche Schwierigkeiten entstehen im Bereich der zulässigen Zustimmung aber durch die Bedingung der Freiwilligkeit. Es ist unstrittig anerkannt, dass die wirksame Einwilligung nur eine solche sein kann, die u.a. freiwillig<sup>13</sup> erfolgt. Freiwilligkeit wird allgemein verstanden als ein Zustand, der eine Willensäußerung ohne äußeren Zwang oder Druck ermöglicht. Dies ist jedoch in vielen Fällen sogenannter konsensualer Verfahrensvereinfachungen gerade nicht der Fall. Häufig lassen der Druck von Staatsanwaltschaft und/oder Gericht unter Hinweis auf das Prozessrisiko, also die Möglichkeit einer Bedrohung, dem Beschuldigten vernünftigerweise keine echte Wahl. Die Alternative einer vollständigen

---

<sup>11</sup> Beneke Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverfahren unter kriminologischen, speziell kriminal-psychologischen Aspekten, 1990; zur richterlichen Ermittlungspflicht trotz Abgabe eines Geständnisses durch den Angeklagten: BVerfG, NStZ 1987, 419; NStZ 1999, 92.

<sup>12</sup> Umfassend zu den strafprozessualen Grundsätzen der Beweisaufnahme: Eisenberg Beweisrecht der StPO, 5. Auflage, 2006.

<sup>13</sup> Zu den Anforderungen der EMRK an die „Freiwilligkeit“ eines Verzehs des Beschuldigten auf eine Verhandlung über die „strafrechtliche Anklage“ (Art. 6 Abs. 1 EMRK): EGMR, Deweer vs. Belgien, Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofs, Serie A Nr. 35.

Verhandlung/Beweisaufnahme erscheint dem Beschuldigten in solchen Situationen oft als sicherstes Mittel, das Gericht zu verärgern, und der Verlust des favor iudicis, also des gerichtlichen Wohlwollens, ist niemals erstrebenswert; insbesondere kann sich dieser Verlust als Grund für besonders hohe Strafen des Gerichts auswirken<sup>14</sup>. Das Argument der Freiwilligkeit ist also ein höchst fragliches und ist auf keinen Fall in der Lage, die Problematik verkürzter Verfahren zu bereinigen.

### **III Die Techniken der Vereinfachung**

#### **1. Vom Gesetz vorgesehene vereinfachte Verfahren**

In Deutschland ist dies in erster Linie das Strafbefehlsverfahren gemäß §§ 407 ff StPO. Die Hauptverhandlung, also der Kern der Beweisaufnahme oder auch das Herzstück des Verfahrens, wird durch das Ermittlungsergebnis der Staatsanwaltschaft ersetzt. Voraussetzungen sind, dass es sich um einfache Verfahren handelt, bei denen die Freiheitsstrafe zwölf auf Bewährung ausgesetzte Monate nicht überschreitet (§ 407 II 2 StPO) und sowohl der Beschuldigte – indem er keinen Einspruch einlegt (§ 410 StPO) – wie auch der Richter dem Antrag der Staatsanwaltschaft zustimmen. Vor allem in Fällen, die sich wie beispielsweise Verkehrsdelikte häufig in solcher oder ähnlicher Form abspielen, bietet die StPO die Flucht aus der Hauptverhandlung und überlässt sogar der Staatsanwaltschaft die Strafzumessung, die der Richter lediglich zu übernehmen und damit als Richterspruch zu formalisieren hat.

Das sog. beschleunigte Verfahren nach §§ 417 ff StPO, welches sich durch den Wegfall des Zwischenverfahrens auszeichnet, ist – noch – kaum akzeptiert<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> BGH StV 2005,372 hat sich veranlasst gesehen, ein Urteil der Tatsacheninstanz aufzuheben, weil für den Fall der Weigerung zur „Kooperation“ das Gericht eine deutlich überhöhte Strafe angedroht hatte. Solche Drohungen werden selten so konkret ausgesprochen, stehen aber für alle professionellen Beteiligten immer klar erkennbar im Raum.

<sup>15</sup> Nachweise bei Kühne 2007, Rn. 630

Im Vereinigten Königreich werden gut 90 % aller Strafverfahren von den Magistrate Courts erledigt<sup>16</sup>, die zwar grundsätzlich den gleichen Beweisregeln unterliegen wie der Crown Court im ordentlichen Verfahren, die aber wegen ihrer Besetzung mit Laienrichtern (nur ausnahmsweise ist ein Jurist als stipendary judge auf dieser Ebene tätig) bei der Umsetzung dieser Regeln ein sehr viel schmaleres Profil eher summarischer Natur anbieten.

In Frankreich gibt es grundsätzlich keine gesetzlich beschriebenen Sonderverfahren zur Abkürzung oder Erleichterung der Verhandlungen; diese finden sich nur bei Übertretungen, vgl. Art.521 ff CPP.

.Dagegen ist Italien reich an solchen. Das sog. ordentliche Verfahren beschreibt auch nach dem Willen des Gesetzgebers nur ein komplettes Verfahren, welches wegen seines Umfangs Ausnahmecharakter hat und nur in besonderen Fällen schwerer Delinquenz angewendet werden soll. Die sog. besonderen Verfahrensarten, prozedimenti speciali, sind hingegen die, welche das Gros aller Verfahren, also zumindest 80 % von ihnen abdecken sollen. Diese Verfahren sollen insbesondere der Verfahrensbeschleunigung dienen. Offenbar allerdings ist diese Hoffnung des Gesetzgebers nicht ganz erfüllt worden, da von Seiten der Beschuldigten eine Tendenz besteht, die Verfahren möglichst lange hinauszuzögern und deshalb die Sonderverfahren zu meiden.

Österreich kennt vor den Bezirksgerichten ähnlich dem beschleunigten Verfahren in Deutschland den Wegfall des förmlichen Vorverfahrens und der Versetzung in den Anklagestand, § 451 öStPO. Bei Geständnissen sieht § 451 III öStPO in Verfahren vor den Bezirksgerichten des Weiteren die Möglichkeit eines Verzichts auf Fristen und Ladungen vor. Verfahrensgarantien bei der Beweisaufnahme werden dadurch nicht affiziert.

---

<sup>16</sup> Kühne 2007, Rn. 1161

In Spanien wird die große Masse der Fälle, in denen bis zu sechs Jahren Freiheitsstrafen ausgesprochen werden kann, in einem vorrechtsstaatlichen reinen Inquisitionsverfahren verhandelt. Hier besteht personelle und funktionale Identität zwischen dem ermittelnden und urteilenden Richter. Der Friedensrichter (juez de paz) ist für faltas (Übertretungen), d.h. Delikte, für welche leichte Freiheitsstrafen bis zu 30 Tagen vorgesehen sind, als ermittelnder und entscheidender Richter zuständig. Er führt Vorermittlungen, diligencias preparatorias, deren Ergebnis von ihm oder dem Staatsanwalt vorgetragen werden. Es folgen die Hauptverhandlung und Urteilsverkündung. Der Friedensrichter muss innerhalb von drei Tagen, mit besonderer Begründung innerhalb von vier Tagen seit Kenntnisnahme von der Tat, die Hauptverhandlung durchführen. Ähnliches gilt für die Fälle, für die eine konkrete Straferwartung bis zu sechs Jahren besteht. Hier ist der Untersuchungsrichter zugleich Richter der Hauptverhandlung. Es erscheint überaus fraglich, ob der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bei diesem System noch einen unparteiischen, unabhängigen Richter iSv Art. 6 I EMRK wird annehmen können.

## 2. Formelle Diversionsstrategien zur Vermeidung der Hauptverhandlung

In Deutschland regiert die eigentlich nur für Ausnahmefälle vorgesehene Opportunität der Staatsanwaltschaft in der justiziellen Praxis in einer Weise, dass rund 50 % aller prospektiv anklagefähigen Straftaten auf diesem Wege erledigt werden<sup>17</sup>. Dabei haben Rechtsprechung und Gesetzgeber in trauter Kooperation die Grenzen der eigentlich im Bereich der Bagatelldelinquenz liegenden einstellungsfähigen Kriminalität immer weiter hinausgeschoben.

Im Vereinigten Königreich hat bereits die Polizei die Möglichkeit, Verfahren

---

<sup>17</sup> Vgl. Nachweise bei *Kühne* 2007, Rn. 583 ff.

mit einer Ver-warnung (caution) zu beenden und unterliegt im Übrigen auch nicht dem Legalitätsprinzip. Die Staatsanwaltschaft, also der Crown Prosecution Service, hat hingegen keine derartige Kompetenz.

In Frankreich hatte die Staatsanwaltschaft bis vor kurzem keine Opportunität. Durch Gesetze vom 4.1.1993 und 23.6.1999 in der Fassung vom 9.9. 2002 kann die Staatsanwaltschaft Mediationsmaßnahmen vornehmen und Einstellungen gegen Auflagen erlassen ( composition pénale). Im Übrigen wird aus Art. 40 CPP geschlossen, dass die Staatsanwaltschaft eine Wahlfreiheit bei der Frage hat, ob oder ob nicht ermittelt wird.

In Italien gilt nur grundsätzlich das Legalitätsprinzip. Eine echte Ausnahme, die in das Opportunitätsprinzip führt und in etwa dem deutschen § 153a StPO entspricht, besteht jedoch in der Möglichkeit der oblazione. Die Staatsanwaltschaft darf hier bei Bagatelldelikten, die nur mit Geldstrafe bzw. Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bedroht sind (arresto o ammenda), nach Regeln des Strafgesetzbuchs, also Art. 162, 162 bis CP, dem Beschuldigten anheim stellen, ein Ordnungsgeld zu zahlen, um die Strafverfolgung abzuwenden. Zahlt der Beschuldigte, ergeht eine richterliche Entscheidung zur Verfahrensbeendigung.

In Österreich war die Staatsanwaltschaft bis vor kurzem an das Legalitätsprinzip ohne Ausnahmen gebunden. Es bestand lediglich Konsens, dass bei übermäßigem Ermittlungsaufwand bezüglich unbedeutender Taten die Staatsanwaltschaft untätig bleiben dürfe. Auch Abtrennungen unwesentlicher Teile waren und sind möglich, § 34 II StPO. Die sog. Diversionsnovelle vom 9.4.1999 hat in den §§ 90 a-m StPO der Staatsanwaltschaft eine breite neue Opportunität eingeräumt. Bußgeld, Schadenswiedergutmachung, gemeinnützige Leistungen, Täter-Opfer-Ausgleich, all dies sind Ansätze für Verfahrenseinstellungen, die von der Staatsanwaltschaft und – nach richterlicher Voruntersuchung oder Anklage – dem Gericht genutzt werden können. Es liegt eine eigentümliche Mischung von

Entscheidungsfreiheit und Pflicht zur Diversion vor.

In Spanien kennt das Legalitätsprinzip keine Ausnahme der Opportunität; die Staatsanwaltschaft kann bei hinreichender Verdachtslage nicht wählen zwischen Verfolgung und Einstellung, Art. 105 LECrim. Die *conformidad negociada*, Art. 655 ff LECrim, ist jedoch ein Instrument, welches – aus deutscher Sicht zwischen Opportunität und Strafbefehlsverfahren angesiedelt – eine Abrede zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung ermöglicht, die dann dem Gericht in der Hauptverhandlung vorgelegt wird.

### 3. Formelle Strategien der Vereinfachung des Verfahrens, insbesondere der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung

In Deutschland ist es die Technik der Absprache, welche – seit etwa siebzehn Jahren offiziell in die wissenschaftliche Diskussion eingeführt<sup>18</sup> – mit Billigung von BGH und BVerfG<sup>19</sup> das probate Mittel für die Reduktion von Komplexität<sup>20</sup> in fast allen Verfahren von einiger Bedeutung geworden ist. Von den vielen dagegen erhobenen Bedenken<sup>21</sup> sollen hier nur die wiederholt werden, welche in unserem thematischen Kontext von Bedeutung sind. Das gesamte filigrane Gerüst der Regeln über die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung wird aus der StPO katapultiert und durch das Ergebnis der Strafabsprache in der

---

<sup>18</sup> Schumann Absprachen im Strafprozeß – ein Handel mit der Gerechtigkeit?, 1987; Rönnau Die Absprachen im Strafprozeß, 1990; Schünemann Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag, 1990; Siolek Verständigung in der Hauptverhandlung, 1993; Braun Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998; Sinner Der Vertragsgedanke im Strafprozessrecht, 1999

<sup>19</sup> BVerfG, StV 2000, 3; NSTZ 1987, 419; BGHSt 38, 102; 43, 195; zur Entwicklung der Rechtsprechung: Meyer-Goßner Strafprozessordnung 43. Auflage 2003, Einl. Rn. 119 ff. Weigend in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, 2002, S. 1011, 1017 ff.

<sup>20</sup> Dieser von Luhmann geprägte Begriff impliziert durchaus auch die Nutzung von Techniken der Reduktion, die nicht sachangemessen sind.

<sup>21</sup> Vgl. die Zusammenstellung bei Beulke Strafprozeßrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 395.

Form eines vor- verhandelten Geständnisses ersetzt. Der Verlust an Gerechtigkeit wäre wohl noch hinzunehmen, weil aus der Sicht des Staates eine möglicherweise zu geringe Strafe aufgrund eines kurzen Verfahrens immer noch besser ist als die Alternative eines Freispruchs in Ermangelung hinreichender Beweise nach langem Verfahren.

Unterlässt man aber die hiermit implizierte Unterstellung der fraglosen Schuld des Angeklagten und hält sich an das Gebot der Unschuldsvermutung, so wird das ganze Ausmaß der Rechtsstaatswidrigkeit, welches an Zeiten des frühen Inquisitionsprozesses gemahnt, erkennbar. Die Absprachen sind offenbar nur für die Fälle gedacht, in denen die Schuld von vornherein fraglos ist. Ein deutlicherer Verstoß gegen die Unschuldsvermutung ist kaum denkbar. Das, was man in den USA den „Alford – plea“ nennt, also ein Geständnis unter gleichzeitiger Betonung der Unschuld, macht die Absurdität solcher Abreden deutlich.

Im englischen Rechtskreis sind solche Techniken unter dem Begriff des pleading guilty lange bekannt und finden in Italien<sup>22</sup> im gesetzlich geregelten patteggiamento ihr Gegenstück. In Frankreich hat sich eine Technik etabliert, die zwar nicht der Vermeidung der Hauptverhandlung, sondern vielmehr der Vermeidung des komplizierten Verfahrens der Etablierung eines Geschworenengerichts (cour d’assises) dient. Die sog. correctionalisation judiciaire<sup>23</sup> ist ein Verfahren, in welchem in Absprache mit der Verteidigung die Staatsanwaltschaft den Tatvorwurf reduziert, um die wegen der Vielfalt der Einspruchsmöglichkeiten schwierige Besetzung der Geschworenenbank zu vermeiden.

---

<sup>22</sup> Bogner Absprachen im Deutschen und Italienischen Strafprozessrecht, 2000.

<sup>23</sup> Vgl. Kühne 2007, Rn. 1227.

#### 4. Informelle Strategien der Vereinfachung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung

Die unter (3) beschriebenen gesetzlich oder von der Rechtsprechung gebilligten Instrumente des Aushandelns von Ergebnissen unter Umgehung der komplexen Vorschriften zur Wahrheitsfindung finden ihre Ergänzung in informellen Strategien, welche ohne solche Absicherung gleichwohl in allen europäischen Ländern üblich sind. Die „Kooperation“ des Angeklagten wurde von jeher von Gericht und Staatsanwaltschaft belohnt, ohne dass diesbezüglich von Absprachen oder plea bargaining die Rede sein musste. So wird das Geständnis generell als Ausdruck der Reue gewertet und mit zum Teil enormen Strafrabatten honoriert. Dabei wird wegen der Natur solcher Vorgänge nie ganz deutlich, ob die dadurch bewirkte Erleichterung der gerichtlichen Arbeit oder die des Gewissens des Angeklagten ausschlaggebend ist. Auch Teilgeständnisse, insbesondere solche, die verletzlichen Zeugen den Gerichtsauftritt ersparen, wie das vor allem in sexuellen Missbrauchsfällen die Regel ist, schlagen sich in deutlichen Strafreduktionen nieder. Der Grund für das ebenso stillschweigende wie reibungslose Funktionieren solcher Techniken liegt in der Breite und Unbestimmtheit der Strafzumessungsregeln. Solange das materielle Recht es für das Gericht leicht macht, mit geringfügigen Begründungsvarianten erhebliche, in Monaten und Jahren zählende Strafvarianten zu verhängen, ist das Gericht in der Lage, unter diskretem Hinweis hierauf wesentliche Verfahrensgarantien auszuhebeln.

#### **IV Das Dilemma: Wie viel Prozessrecht kann/muss die Praxis gewähren?**

Die obigen Ausführungen haben nachdrücklich gezeigt, dass in den meisten

europäischen Staaten wesentliche Verfahrensgarantien der jeweiligen Strafprozessordnungen und der EMRK durch reale Verfahrensstrukturen unterlaufen und neutralisiert werden. Ohne Vorliegen entsprechender statistischer Daten gibt es Grund zur Annahme, dass mindestens 90 % aller Strafverfahren in vorrechtsstaatlicher Art und Weise erledigt werden. Das freut die Justizverwaltungen, weil Kosten gespart werden und die Strafjustiz einem sonst unvermeidlichen Kollaps entgeht. Weder der Strafprozessualist noch der auf den Rechtsstaat vertrauende Bürger können sich jedoch mit diesem Befund zufrieden geben, weil das geltende Recht in seiner vollen Form nicht angewendet und folglich der beschuldigte Bürger nicht hinreichend geschützt wird. Bei aller Praktikabilität muss deshalb nach den Grenzen dieser Verkürzungen gefragt werden.

Die entscheidende Frage ist also: Wann muss das Strafverfahrensrecht in seiner Gänze angewendet werden und wann darf es – partiell – außer Kraft gesetzt werden? Es geht um die Voraussetzungen der partiellen Anwendbarkeit des Strafverfahrensrechts. Wissenschaft, Gesetzgebung und Praxis haben es weithin versäumt, Kriterien zur Rechtfertigung partieller Rechtsgewährung zu entwickeln.

Der Gesetzgeber hat in vielen Fällen immerhin versucht, verkürzte Verfahren nur bei Einwilligung des Beschuldigten zu gestatten und das vollständige Verfahren sozusagen als Reserve vorzuhalten. Gleiches hat die deutsche Rechtsprechung bezüglich der prozessualen Abreden getan. Das ist gewiss eine notwendige Vorbedingung für alle verkürzten Verfahren.

Allerdings sollte dabei berücksichtigt werden, dass das Konzept der Freiwilligkeit in Anbetracht der Definitionsgewalt des Gerichts und des damit verbunden allgemeinen Prozessrisikos recht schwach ist. Das Prozessrisiko konstituiert sich insbesondere durch die Unschärferelationen bei der Beweiswürdigung sowie bei der Strafzumessung. Hier verbleibt also ein Bereich

endgültig nicht objektiv zu erfassender richterlicher Würdigungsfreiheit und damit nicht nur eine Quelle für Irrtum, sondern auch für den Missbrauch zur Erzwingung einer Einwilligung des Beschuldigten in die verkürzenden Verfahren; vgl. auch oben bei II 2.

Aus Praktikabilitätsgründen kann trotz allem sicher nicht gefordert werden, zur Verringerung dieser Risiken und zur Erhaltung eines für alle Fälle gleichen Risikostandes in jedem Verfahren das vollständige Recht anzuwenden. Die Strafjustiz in jedem Lande würde unter einer solchen Last zusammenbrechen. Als „vernünftige“ Alternative bliebe also nur die Suche nach möglichst konkreten Kriterien für die Legitimation eines schrittweisen Abbaus von prozessualen Garantien. Wenn ich recht sehe, bieten sich hierfür drei Kategorien an, die jeweils für sich aber auch in Kombination miteinander für die Bildung eines solchen Kriterienkatalogs in Frage kommen könnten:

- 1) Die Garantie von unabdingbaren und durch keine Verkürzungsstrategie neutralisierbare Mindeststandards (dazu gehören sicherlich eine Mitwirkung des Beschuldigten bei der Beweisaufnahme auch im Ermittlungsstadium zumindest im Rahmen der Gewährung von rechtlichem Gehör, welches auch Antragsbefugnisse umfassen muss; eine eigenständige Beweiswürdigung der verfahrensbeendenden Instanz, die auch die Überprüfung von Geständnissen umfassen muss und die in der Regel eine richterliche Instanz sein wird, aber auch auf der Ebene von Polizei und Staatsanwaltschaft denkbar ist; weitere Mindestgarantien sind möglich und müssten entwickelt werden),
- 2) die Verknüpfung von Kriterien der Schwere und der Komplexität des Falles mit dem Ausmaß von zu gewährenden und unverzichtbaren Prozessgarantien,

- 3) die Überprüfung der Freiwilligkeit des Beschuldigten bei seiner Zustimmung zur Verfahrensvereinfachung, die in der Regel in einer inkongruenten Kommunikationssituation gegeben wird, in welcher der Beschuldigte strukturell unfrei ist, etwa durch den Vorbehalt der Beteiligung eines (Pflicht-)Verteidigers, sobald Verminderungen von Verfahrensrechten anstehen.

Diese Vorschläge sind nur ein erster Schritt auf dem Weg zur Lösung des Problems der verkürzten Verfahren. Auf der Basis dieser Vorüberlegungen müsste eine Dogmatik der Zulässigkeitsvoraussetzungen für unvollständige Verfahren entwickelt werden. Dieser Beitrag sollte dazu ermutigen.

# 歐洲法體系當中的簡易程序及其對於人權保障的效果\*

(Vereinfachte Verfahren in europäischen Rechtssystemen  
und  
ihre Folgen für den Individualrechtsschutz)

Prof. Dr. Hans-Heiner Kühne\*\*

吳俊毅(Prof. Dr. Juan-Yih Wu) 譯\*\*\*

## 壹、導論

刑事程序法的重要性，最晚從啟蒙運動以來，當成是限制國家針對個人的權力的重要機制而被加以強調。Eberhard Schmidt 認為，刑法是實際在被適用的憲法，一直以來都是適用的。歐洲人權法院(EGMR)的判決，基於歐洲人權公約，以持續發現新的基本原則以及內涵的方式，來強調這個重要性；即使成功的刑事訴追是無異議的、強烈的社會利益，判決仍然保護人民，並且對國家指出實行權力的底線(Schranken)。在條約的法律基礎上，歐洲人權法院在這裡似乎創造了一個跨國界的、加蓋在各別國家自家憲法上的刑事程序法<sup>24</sup>，並且因此勾勒出一個法的領域，這個領域以其 44 個簽署國，而遠遠地超

---

\* 高大刑事法學講座系列(三) – 第一場。

\*\* 德國特里爾大學法學院專任教授

\*\*\* 國立高雄大學法律學系專任助理教授、德國特里爾大學法學博士

<sup>24</sup> 對此，詳細地，Esser Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht – Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des EGMR, 2002 以及 Kühne GA 2005, 195.

越了歐盟的疆界。

直接看一下這個判決，會有這個印象：基於無罪推定，以及各式各樣要求對於程序公平保障的保護規定，和充分辯護的保障；被告的地位，最慢是透過歐洲人權法院被最佳地確保。這個印象是不正確的，而且同時也是正確的。正確在於，因為這些保障，事實上是廣泛地及於全部，並且保障人民，面對國家處以刑罰權力的強大保護。按照情勢，觀察者甚至可能看到國家的訴追利益被強烈地限制<sup>25</sup>。

相反地，這個看法是不正確的，假如大家把這個看法在統計學上和全部程序的多數作聯繫—多樣的、其他有待補充的地方應該暫時在這裡先完全不要去看<sup>26</sup>。(像是這樣)完整的程序，特別是跑完，被法律視為標準情況的、沒有被縮短的審判程序；(詳細的地方將會再被指出來)，完整的程序衰退到成為程序的不能再小的少數。這絕對不是獨自的，也或者是廣泛地在輕罪以及中度的犯罪。法定的簡易程序犯罪，機會性(Opportunität)以及各式各樣制式以及非制式的，與公開和秘密的審判，造就了從國家的觀點看來，至少是法律所保護的經濟性<sup>27</sup>的型態。

按照這個現象，我們刑事程序法的討論，以某種方式已經變成是不真實的了。不管何時，我們談到這個法的崇高目標以及保障，我們意會到說，我們是在完全一般性地談在刑事程序法的印象，可是，卻是把這個事實給壓了下去：實際上，我們只是聯繫到所挑選過的情況的極小部分。刑事程序法保障的成立價值以這種方式而被完全地扭曲。

接下來的敘述應該要提到這些簡化的基本形式，正如同其在歐盟會員國

---

<sup>25</sup> 參見，一方面一般對於目的衝突的基本權保護，以及另外一方面，「國家任務 安全」的理由: Gusy Polizeirecht, 5. Auflage 2003, Rn. 74 ff.

<sup>26</sup> 參見，對於在歐洲的「刑事程序」的架構上特性: Kühne Strafprozessrecht. Ein Lehrbuch zum deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht, 7. Aufl. 2006, Rn. 48.

<sup>27</sup> 法律經濟衡量的勝利行列，特別是在刑事程序法當中也記載了，2001年4月6日的所謂的聯邦政府刑事程序改角落觀點書(Eckpunktepapier)，StV 2001, 314 ff.; 就對於刑事程序的經濟性影響的批評，也在: Albrecht StV 2001, 416 ff.

的刑事程序法當中可以被發現的，以求以後嘗試確定相同簡化策略的法治國界線。

## 貳、基本的特別思考

### 1. 沒有爭議的(Kategorisches)

為了有系統地掌握被縮短以及簡化刑事程序的多樣型態，有 4 種類型應該被建立，儘管無法被完全乾淨俐落地相互區分，而且部分還相互地重疊，不過，問題仍舊可以用他們的分類功能而被說明：

- 法定的簡易程序
- 為了避免審判的制式移轉策略(formelle Diversionsstrategien)
- 簡化程序的制式策略(formelle Strategien der Vereinfachung des Verfahrens)，特別是審判程序的證據調查
- 簡化程序的非制式策略(informelle Strategien der Vereinfachung des Verfahrens)，特別是審判程序的證據調查

### 2. 自願的條件

所有的這些類型是共用一個相同的正當化理由：沒有被告的同意，這些類型是不能被實行的。據此，被告對於完整的程序總是有權利的，這也一是直到接下來的審級。

大家現在會認為，整個難題於是乎消失，不過，在刑法當中，自願者沒有不法(volenti non fit iniuria)原則是適用的。可是，這些顯然想得太膚淺。首先，會涉及到刑事程序法當中的規定(假如也是優先保護被告)，這些規定一開始使得在國家實行他的權力時去遵守規矩，並且作功能上的限制。所以，刑求以及只憑被告的自白<sup>28</sup>，因此也是被禁止的，因為，這些證據的可靠性是

---

<sup>28</sup> Beneke Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverfahren unter kriminologischen, speziell kriminal-psychologischen Aspekten, 1990；儘管有被告的自白，對於法官的調查義務：BVerfG, NStZ 1987, 419; NStZ 1999, 92.

被高度質疑的。在審判程序當中，證據調查的複雜規定有這個目的：在整理(可能是)犯罪的歷史事實的時候，使得被告之間的聯繫變得盡善盡美<sup>29</sup>，以求將法院的錯誤可能減到最低 – 而且，自然就可以保護被告。不同於在民事訴訟法，參與人(也不是被告)並沒有以任何方式被形成的權限而去對事實加以處理。從這一切已經得出，被告的同意，在刑事程序當中只許扮演極其有限的角色。

不過，透過自願(Freiwilligkeit)的條件，事實上的困難是存在於准許的許同意的範圍。毫無爭議地被認為，有效的同意只可能是這樣，按照事實，同意是自願<sup>30</sup>產生的。自願通常被認為是一個情況，能夠在沒有外在壓迫或壓力之下作出一個意思表示。這在許多所謂一致性的簡化程序的情形，正好是不可能的。檢察官和(或者是)法院的壓力，在告知訴訟風險之下(因此，判刑的可能)，常常無法讓被告理性地去作真正的選擇。對被告來說，完整的審判程序/證據調查的決定，在這樣的情況，經常是最明確惹火法院的方法，而且喪失司法的偏愛(favor iudicis)(失去法院的好感)，不曾是值得追求的；特別是，這個喪失會成為法院特別重的刑罰的原因來加以影響<sup>31</sup>。自願的論點因此是極有問題的，而且絕不可能解決被縮短的程序的問題。

## 參、簡化的技術

### 1. 法定的簡易程序

在德國，這首先是依據刑事訴訟法第 407 條以下，不得提起上訴的處刑程序(Strafbefehlsverfahren)。審判程序(證據調查的核心，或者也是程序的核心部分)被檢察官的偵查結果所取代。前提是，涉及到簡化的程序，在這個程序，

---

<sup>29</sup> 廣泛地對於證據調查的刑事訴訟上基本原則: Eisenberg Beweisrecht der StPO, 5. Auflage, 2006.

<sup>30</sup> 對於歐洲人權公約要求，被告放棄對於「刑法上訴訟」的審理的「自願性」(Art. 6 Abs. 1 EMRK): EGMR, Deweer vs. Belgien, Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofs, Serie A Nr. 35.

<sup>31</sup> BGH StV 2005,372 自認對於放棄事實審的審判是有責任的，因為法院對於拒絕「配合」的情形，會用明顯過重的刑罰進行恐嚇。這樣的恐嚇鮮少這麼具體地被講出來，不過，對所有專業的參與者來說，顯然總是有待解決的。

自由刑的緩刑不能超過 12 個月(§ 407, 第 2 項, 第 2 句, 刑訴法), 而且, 不只是被告 -以他沒有異議的方式(§ 410 刑訴法)-而且法官都同意檢察官的聲請。特別是在一些情形, 像是比方交通犯罪, 經常用這樣的, 或者是類似的方式來操作, 刑事訴訟法要求從審判程序跑掉, 而且甚至是讓檢察官去量刑; 而法官只是接手去作量刑, 並且因此讓法官的判決流於形式。

依據刑事訴訟法第 417 條以下的所謂被加快的程序(藉由拿掉中間程序而被突顯的), 還是-完全無法被接受的<sup>32</sup>。

在英國, 大約所有刑事訴訟程序的 90%是由地方法院(Magistrate Courts)所解決<sup>33</sup>, 儘管這些程序, 基本上是如同在刑事法庭(Crown Court)的正規程序, 要遵守相同的證據規定, 但是由於是由陪審員(Laienrichtern)所組成(只有例外地會有一個法律人在這個層級上擔任地方法院法官-*stipendary judge*), 在轉換這些規定的時候, 這些程序提供了較為膚淺特質的極為狹隘的剖面。

在法國, 基本上沒有縮短或簡化審判程序的法定特別程序; 這些只有在濫用的時候發生, 參見第 521 條以下 CPP。

義大利反倒這樣的程序有很多。所謂的正規程序, 根據立法這的意思, 也只是在講一個完整的程序, 因為他們的範圍而有例外的特徵, 而且只應該在更重大犯罪的特別情形而被適用。所謂特別的程序類型(*prozedimenti speciali*), 相反地是所有程序的大多數, 因此至少應該涵蓋所有程序的 80%。這些程序應該是特別用來讓程序加快。當然, 立法者的這個希望顯然並沒有完全地被實現, 因為從被告的方面有一個傾向, 要盡可能長時間地去拖延程序, 並且因此避免特別的程序。

在地方法院, 近似於德國的被加快的程序, 奧地利認為可省略形式上先行程序(*Vorverfahren*), 以及放棄進入到起訴的情況, 第 451 條 奧地利刑訴法。在接下來的地方法院之前的程序, 奧地利刑訴法第 451 條第 3 項規定了放棄

---

<sup>32</sup> 有介紹, 在 Kühne 2007, Rn. 630.

<sup>33</sup> Kühne 2007, Rn. 1161.

期限及傳喚的可能。在調查程序時，因此無法感染到程序的保障。

在西班牙，數量龐大的案件(可以宣告 6 個月以下的有期徒刑)在一個超越法治國的、純粹是糾問的程序裡被審判。在這裡，從事偵查及審判的法官之間，具有身份及功能上的一致性。和解的法官(Friedensrichter)(juez de paz)對於違法(faltas)，也就是說，規定 30 天以下的輕微自由刑的犯罪，是以擔任偵查以及審判的法官來負責。他實行先行的偵查(diligencias preparatorias)，其結果由他自己或者是檢察官來作報告。接著是審判以及宣告判決。和解法官必須從知悉行為起 3 天之內(有特殊的理由 4 天之內)實行審判程序。具體的刑罰預期在 6 年以下的案件，類似情形也有適用。在這邊，調查的法官同時也是審判程序的法官。這似乎是有問題的，是否歐洲人權法院，在這種系統的情形，而在歐洲人權公約第 6 條第 1 項的意義之下還會承認有一個中立的、獨立的法官。

## 2. 為了避免審判程序的制式轉移策略

在德國，根本只是為了例外的情況而被規定的檢察官的機會，在司法實務上，是用一種方式來加以反應，所有可望能夠起訴的可罰行為，是用這種方式被解決<sup>34</sup>。因此判決和立法者用密切的合作，把根本是輕罪領域的、可以停止的犯罪的界線一直不斷地拉長。在英國，警察已經可以用訓誡(Caution)來結束程序，而且附帶一提，也與法定原則(Legalitätsprinzip)不符的。檢察官(也就是，起訴 Crown Prosecution Service)，相反地卻沒有相同的權限。

在法國，檢察官直到最近都沒有機會。透過 1993 年 4 月 1 日和 1999 年 6 月 23 日的法律，在 2002 年 9 月 9 日的版本裡，檢察官可以進行調整的措施(Meditationsmaßnahmen)並且對命令宣佈停止(composition pénale)。另外，從 CPP 第 40 條得出，在是否要，或者是否不要被偵查的問題，檢察官有選擇權。

在義大利，基本上只有適用法定原則。真正的例外是指向機會原則以及，比方與德國刑事訴訟法第 153 條 a 相當，不過卻是存在於 *oblazione* 的可能性。

---

<sup>34</sup> 參考，有介紹，在 Kühne (註. 2), Rn. 583 ff.

在這邊，檢察官在輕罪的情況(只被規定處以罰金，或者是罰金抑或自由刑) (*arresto o ammenda*)，得根據刑法的規定(第 162 條、162 到 CP)，私下對被告提出繳納罰鍰以求避開刑事的訴追。倘若被告付錢，則法官作出結束程序的判決。

在奧地利，毫無例外地，直到最近，檢察官都是受到法定原則的拘束。惟獨有一個共識：在過度的偵查投入的情形，對於輕微的行為，檢察官不得有所動作。也是把不重要的部分作了切割，過去和現在都是可能的，奧地利刑事訴訟法第 34 條第 2 項。1999 年 4 月 9 日所謂的「轉向的增訂」(*Diversionsnovelle*)，在刑事訴訟法第 90 條 a 到 m 當中，賦予檢察官一個廣泛的、新的機會。罰鍰、回復原狀、公益服務、行為人-被害人的衡平，這些都是(被檢察官以及-根據法官的先行調查或者起訴 - 而被法官使用的)中止程序的開始。有一個決定自由和轉向義務的特有混合。

在西班牙，法定原則並沒有機會的例外；檢察官在足夠嫌疑的情形可以在訴追與終止之間去作選擇，第 105 條 LECrim。可是，*conformidad negociada* (第 655 條以下 LECrim)是一種機制，(根據德國的觀點，在機會及處刑程序之間選邊)讓檢察署和辯護之間的協議成為可能，然後在審判程序被提出到法院之前。

### 3. 簡化程序的刑事策略，特別是審判程序當中的證據調查

在德國，協商的技術，從 10 年前開始正式地被引進到學術上的討論<sup>35</sup>，有聯邦最高法院與聯邦憲法法院的贊同<sup>36</sup>，完整性簡化<sup>37</sup>的有效方法，幾乎是

<sup>35</sup> Schumann *Absprachen im Strafprozeß – ein Handel mit der Gerechtigkeit?*, 1987; Rönnau *Die Absprachen im Strafprozeß*, 1990; Schünemann *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*, Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag, 1990; Siolak *Verständigung in der Hauptverhandlung*, 1993; Braun *Die Absprache im deutschen Strafverfahren*, 1998; Sinner *Der Vertragsgedanke im Strafprozessrecht*, 1999

<sup>36</sup> BVerfG, StV 2000, 3; NStZ 1987, 419; BGHSt 38, 102; 43, 195; 對於判決的發展: Meyer-Goßner *Strafprozessordnung* 43. Auflage 2003, Einl. Rn. 119 ff. Weigend in: *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*, Band IV, 2002, S. 1011, 1017 ff.

<sup>37</sup> 這個被 Luhmann 所建立的概念無論如何也補充了(不合事理的)簡化技術的使用。

在所有的程序已變得是有一些重要性了。從許多為了反對而提出的質疑<sup>38</sup>，在這裡應該只是一再地重複，協商技巧在我們主題的前後關係裡是具有重要性的。審判當中的證據調查規定，其全部網狀交織的架構是由刑事訴訟法所射出的，而且透過刑罰協商的結果，而用所談好的自白而被取代。儘管失去了公平性，還是可以被忍受，因為，從國家的觀點來看，根據一個短的程序，可能是太過輕微的刑罰，總是比在長時間的程序之後，用缺乏足夠證據的無罪判決方式要來得好。

不過，若大家不去看這邊有待補充的、對於被告沒有疑問的責任假設，並且堅持無罪的要求，則違法性(讓人回想到以前糾問訴訟的時代)的整個範圍變得是明顯的。顯然地，協商只是在講一些情況，在此當中，責任打從一開始即是沒有爭議的。無法想像會有明顯違反無罪推定。(在美國稱作是„Alford – plea“)，在同時強調無罪之下，讓這樣協商的荒謬之處變得明顯。

在英國法領域，這樣的技巧在有罪答辯(*pleading guilty*)的概念下，長期是眾所周知的，而且在義大利<sup>39</sup>，在法律上被規定的 *patteggiamento* 當中找到了這樣技巧的相對應規定。在法國，創設了一種技術，其雖然不是用來避免審判，而是更確切地說，是用來避免組成參審法院(*cour d'assises*)的複雜程序。所謂的 *correctionnalisation judiciaire*<sup>40</sup>，是一種程序，用協商好辯護的方式，檢察官減輕行為的指控，為求避免，因為各式各樣異議可能性而難以組成參審席。

#### 4. 簡化審判程序當中證據調查的非制式策略

在段落(3)所提到的，法律上或者被判決所同意的結果協商機制，在迴避為了事實確定的完整規定之下，以非制式的策略，產生了他的補強：儘管，沒有這樣的保障，在所有歐洲各國仍舊是普遍流行的。被告的「合作」，會從法院以及檢察官得到好處，對此，從協商或認罪減刑協商 *plea bargaining* 都

<sup>38</sup> 參考，分類一覽表，在 Beulke Strafprozessrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 395.

<sup>39</sup> Bogner Absprachen im Deutschen und Italienischen Strafprozessrecht, 2000.

<sup>40</sup> 參見 Kühne 前揭書 Rn. 1227.

是不言而喻的。所以自白，一般被評價成是悔過的表示(Ausdruck der Reue)，並且用局部大幅度的刑罰折扣來作為回報。因此，由於這個過程的特性，不曾是完全明確的：是否，藉此被引起的法院工作的減輕，或者被告良知的減輕是具有決定性。部分的自白(特別是像這樣，省略了被害證人的出庭，特別是，在性犯罪情形，規定是反映在顯著的刑罰減輕)。對於這個技術的、同樣是沒有明文的、多麼順暢的運作理由，是在於量刑規定的範圍及不確定性上。一旦實體法要法院輕易地，用不重要的理由類型，來宣告重大的、以年和月計算的刑罰種類，則法院能夠在對此暗示的指示之下，把重要的程序保障給卸下來。

## 肆、困境：有多少的訴訟法可以/必須滿足 實務？

上面的說明，已經有力地指出，在大部分的歐洲國家，各國刑事訴訟法和歐洲人權公約的重要程序保障，被現實的程序架構所破壞和抵銷。在缺乏相關的統計資料之下，有理由認為，所有刑事程序至少有 90%是以法治國以外的種類及方式被解決。司法行政權是對此感到高興的，因為花費被節省下來，而且刑事司法逃過了一個通常不是被假設的虛耗。刑事訴訟法專家和相信法治國的國民，卻不能對這種情形感到滿意，因為現行法不是以完整的形式而被適用，而且在結論上，被控告的人民無法被足夠地保護。在全部實現時，因此必須對於簡化的界線提出問題。

所以，決定性的問題是：什麼時候，刑事訴訟法是必須全部適用的，以及何時允許被認為是(部分)無效的？涉及到刑事訴訟法局部可適用性的前提。學界、立法及實務在很大的程度上忽略了要去發展，為了合理化局部法律保護的標準。

立法者在許多的情況總是嘗試，在被告同意時，允許簡化的程序，並且，

可以這樣說，把完整的程序保留成是備用的。關於訴訟上的協商，德國的判決有相同的作法。這無疑是對於所有簡化程序的一個必要的前提。當然，因此應該考慮的是，有鑑於法院的定義權限，以及相關的、通常的訴訟風險，自願的觀點是相當薄弱的。訴訟的風險，特別是透過在證據評價以及量刑時的測不準關係(Unschärferelation)而被形成。在這裡，所以留下了一個最終不是客觀上可以被掌握的、法官評價自由的區域，而且因此不但是一個錯誤的來源，並且是強迫被告同意進到簡易程序的濫用源頭。

基於實用性的理由，儘管如此，確定不能被要求，為了減輕這些風險以及維持對所有情況而言是相同的風險程度，在任何程序當中，要適用完整的法律。任何國家的刑事司法將會在這樣的負擔之下崩潰。找尋合理化逐步拆除程序保障的、最可能具體的標準，停留在當作是「理想」的類型。我正看到，對此提出了 3 個類型，為了自己，不過，卻也是用相互推論的方式，而對建立這樣標準的目錄提出質疑：

- 1) 沒有商量餘地的而且沒有透過縮短策略的中立化最低標準的保障(在證據調查時，被告的參與，在偵查階段也是，至少在保障法律上聽審的範圍，這個聽審也必須包含聲請的權限；結束程序審級的獨立證據評價，也必須包含對於自白的檢驗，而且通常將會是法官的審級，可是，在警察以及檢察官的層次上也有，會是有問題的；其他的最低標準是可能的，而且是必須被發展的)。
- 2) 案件複雜度和情節的標準，與應該被保障的且不可放棄的程序保障範圍加以聯繫。
- 3) 在被告同意程序簡化的情形，審查被告的自願性，同意通常是以一種矛盾的聯繫情況而被作出，當中，被告在結構上是不自由的，比方，透過(義務)辯護人參與的保留，一旦確定了程序法的縮減。

這些建議只是走上解決簡易程序問題之路的第一步。允許不完整程序的前提的學理必須在這個特別思考的基礎之上被發展。這篇文章應該可以對此加以鼓舞。

Prof. Dr. H.-H. Kühne

## **Die internationalen Regelungen über die Bekämpfung von Korruption und Geldwäsche. Kritik und Möglichkeiten der Umsetzung**

### 1 Einführung

Korruption und Geldwäsche sind neben der Bekämpfung des Terrorismus in der heutigen strafrechtspolitischen Situation zentrale Gegenstände politischer und legislatorischer Aufmerksamkeit. Folglich beschäftigen sich auch Staatsanwaltschaften und Gerichte vermehrt mit diesen Fragen. Entwicklungsgeschichtlich gesehen haben Korruptionsbekämpfung und die Bekämpfung der Geldwäsche einen gemeinsamen sachlichen und zeitlichen Hintergrund. Beide sind das Ergebnis der Bemühungen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität gewesen, der man die finanziellen Ressourcen abschneiden und den - den Wettbewerb verfälschenden - Einfluss auf staatliche und private Organisationen nehmen wollte.

Nachdem zu Beginn der 90er Jahre das Phänomen des organisierten Verbrechens auf breitester politischer Ebene neu entdeckt worden war<sup>41</sup>, begann man sowohl bei der UNO als auch im Europa der EU gemeinsame Gegenmaßnahmen zu konzipieren. Das Phänomen war natürlich nicht neu, noch hatte es sich in Struktur oder Ausmaß wesentlich geändert. Es entsprach auch damaligem allgemeinem Wissen, dass das organisierte Verbrechen in China

---

<sup>41</sup> *Kühne*, Das Paradigma der Inneren Sicherheit: Polizeiliche Möglichkeiten, Rechtsstaatliche Grenzen, Leipziger Juristische Vorträge, Heft 26, Universität Leipzig (Hrsg.) Leipziger Universitätsverlag, 1998; *ders.* Bürgerfreiheit und Verbrecherfreiheit. Der Staat zwischen Leviathan und Nachtwächter, Rechtspolitisches Forum, Institut für Rechtspolitik der Universität Trier, 2004.

(Triaden), Japan (Yakuza) und Italien (Mafia) lang zurückreichende Traditionen und in der Gegenwart immer noch große Bedeutung hat (vor allem in Bereich von Drogen, Menschenhandel und Prostitution) und seit der Prohibition in den USA auch dort gleichsam als Ableger der Mafia weit verbreitet ist. Gleichwohl war das (nur politisch benutzte?) allgemeine Entsetzen über dieses nur scheinbar neue Problem so groß, dass man sich weltweit daran machte, neue Bekämpfungsstrategien zu entwickeln, die insbesondere auf die Verhinderung von Geldwäsche und Korruption ausgerichtet waren. Wenngleich dieses plötzliche Interesse für ein eigentlich altbekanntes Phänomen erstaunen ließ, war doch zu konzedieren, dass Gegenmaßnahmen auch dann wenn sie mit großer historischer Verspätung ergriffen werden, gleichwohl anzuerkennen sind: besser spät als nie. Heute dienen dieselben Begründungen auch dazu, diese Vorschriften für den Kampf gegen den internationalen Terrorismus fruchtbar zu machen. Wenn also im Folgenden von organisierter Kriminalität gesprochen wird, kann immer auch der Terminus „internationaler Terrorismus“ dazu gedacht werden, ohne dass sich der Kontext verändern würde.

Die all diesen Konzepten zugrunde liegenden Überlegungen waren und sind einleuchtend. Die Macht der organisierten Kriminalität beruht, wie auch sonst im Leben, auf finanziellen Mitteln. Wenn man es nun den Kriminellen unmöglich macht, ihr rechtswidrig erlangtes Geld in den Wirtschaftskreislauf einzubringen oder aber dieses Geld sobald es in den Wirtschaftskreislauf eingegeben wird, beschlagnahmt, reduziert man mit dem Geld auch die Macht des organisierten Verbrechens. Folglich, so die Überlegungen, muss der gesamte Geldverkehr kontrolliert werden, damit dessen illegale Anteile entdeckt und strafrechtlich sanktioniert werden können.

Da des Weiteren nach verbreiteter Erkenntnis die organisierte Kriminalität ihren Einfluss und ihre besondere Gefährlichkeit auch dadurch erhält, dass sie

mithilfe ihrer Geldmittel im Rahmen von Korruption sich die Unterstützung von staatlichen Stellen wie auch privaten Unternehmen erkaufte, wird das Problem der Korruption zu einem weiteren natürlichen Schwerpunkt der Bekämpfung organisierter Kriminalität. Jeder der vielen Definitionsversuche zur organisierten Kriminalität<sup>42</sup> enthält das Element der „Einflussnahme auf Politik und Wirtschaft“ als Ziel der organisierten Kriminalität. Darüber hinaus dient die verstärkte Bekämpfung der Korruption natürlich auch sehr viel allgemeineren Zielen, weil Korruption immer auch die gesamte staatliche und wirtschaftliche Organisation eines Landes in Frage stellt und die wirtschaftliche Entwicklung hemmt.

Soweit also die grundlegenden Ideen, aus denen sich die internationalen Konventionen gegen Geldwäsche und Korruption speisen.

## 2 Die internationalen Übereinkünfte

Die EU hat sich mit der Konvention über die Bekämpfung von Bestechung ausländischer Amtsträger bei internationalen Geschäftstransaktionen vom 26.5.1997 und die Strafrechtliche<sup>43</sup>/Zivilrechtliche<sup>44</sup> Konvention gegen Korruption von 1999 als internationaler Schrittmacher betätigt. So verweist denn auch die UN Konvention gegen Korruption vom 11.12.2003 ausdrücklich auf diese Dokumente und bearbeitet zugleich auch die Probleme der Geldwäsche. Letztere sind auf Europäischer Ebene durch das Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 8.11.1990 und das 2. Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EU vom 19.6.1997 ebenfalls noch vor der UN Konvention geregelt worden.

---

<sup>42</sup> Vgl. für Deutschland; BT-Drucks. 12/989,24; auf EU-Ebene: EU/12247/1/94 Dev.1 ; vgl. näher Kinzig, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität (2004), S. 72 m.w.N.

<sup>43</sup> Vom 27.1.1999

<sup>44</sup> Vom 4.11.1999

All diese Dokumente stellen sicher, dass die Signatarstaaten nicht nur präventive Vorkehrungen zur Verbesserung der Transparenz im öffentlichen und privaten Wirtschaftsverkehr vorhalten. Vielmehr verpflichten sie auch zur Schaffung von entsprechenden Straftatbeständen zur verbesserten Durchsetzung der Verbote, die vor allem auch der Bekämpfung der organisierten Kriminalität dienen.

Diese Texte beschreiben also den Rechtszustand im internationalen Kontext. Es ergeben sich allerdings nicht nur eine Vielzahl von Implementierungsproblemen, die die Effizienz der Übereinkommen durchaus in Frage stellen, sondern auch die oben dargestellten Grundüberlegungen halten zum Teil näherer Betrachtung nicht stand.

### 3 Die Umsetzung

Anhand der deutschen Situation sollen beispielhaft die Probleme der Umsetzung beschrieben werden.

In Deutschland wurde aufgrund dieser Texte auch die Korruption im privaten Wirtschaftsbereich unter Strafe gestellt, §§298 – 302 StGB; darüber hinaus wurden Strafvorschriften zur Geldwäsche geschaffen, §§ 261,262 StGB, die durch eine Vielzahl von weiteren Gesetzen flankiert worden sind. Wiewohl auf diese Weise den Verpflichtungen aus den Verträgen mit der UNO und der EU entsprochen wurde, wird die Situation sowohl aus kriminologischer wie auch aus rechtlicher Sicht kritisiert.

#### *a Korruption*

##### *aa Korruption im öffentlichen Dienst*

Beginnen wir mit der Korruption. Die Vorstellungen über den Unwert der Korruption und die Notwendigkeit eines korruptionsfreien Gesellschaftssystems basieren auf der Annahme, dass jeder Mensch für seine dienstliche Tätigkeit vollständig entgolten wird und deshalb für diese Handlungen auch keine

zusätzliche Belohnung fordern oder erhalten darf. In der Tat wäre in einem derartigen System eine zusätzliche Entgeltung weder erforderlich noch erstrebenswert. Folglich muss Korruption als gierig, schädlich und unnötig verboten sein. Allerdings gibt es solche Gesellschaftssysteme nur in der Theorie. Deshalb besteht immer dort eine besondere Verlockung für aktive und passive Bestechung, wo die Handelnden nicht oder nicht adäquat für ihre Tätigkeit entgolten werden. So haben wir in Deutschland etwa erkennen müssen, dass es kaum möglich ist, einen unteren und bescheiden bezahlten städtischen Angestellten mit der Bearbeitung von Baugenehmigungen zu befassen, bei denen es um Millionenwerte geht. Seitdem dies von Angestellten bzw. Beamten des höheren Dienstes gemacht wird, haben wir seltener Anlass Korruptionsverdacht zu hegen.

Noch dramatischer wird die Situation dann, wenn die öffentlichen oder privaten Amtsinhaber so schlecht entlohnt werden, dass sie mit ihren Familien damit nicht überleben können. Der durch Bestechung erwirtschaftete Zusatzverdienst ist hier praktisch unverzichtbar und häufig nach allgemeinem Verständnis auch Teil der mit dem Amt verbundenen Entlohnung. Wenngleich dieser Zusammenhang offensichtlich, ja notorisch ist, findet er in der UN Konvention keine ausdrückliche Erwähnung, obwohl der erste Teil der Konvention ausschließlich der Prävention gewidmet ist.

Wenn dann aus den gleichen Gründen inadäquater Entlohnung und mangelnder Unabhängigkeit auch die Justiz nicht hinreichend sauber funktioniert – eine zumindest soziologisch betrachtet fast notwendige Folge – dann ist Korruptionsbekämpfung mit strafrechtlichen Mitteln unmöglich. Wie in vielen Staaten der Welt zu beobachten, werden dann nur beliebige Einzelfälle gleichsam als Beleg für scheinbar echte Bemühungen strafrechtlich abgeurteilt; dabei wird oft

noch die Gelegenheit genutzt, auf diese Weise politisch unbequeme Personen abzustrafen.

Auch muss berücksichtigt werden, dass in vielen Kulturen die Tradition besteht, sich auch für pflichtgemäße freundliche Handlungen mit Geschenken zu bedanken oder gar, wie in der japanischen Gesellschaft, regelmäßig diejenigen mit Geschenken zu bedanken, mit denen man im dienstlichen bzw. geschäftlichen Kontakt steht. Objektiv gesehen muss solches Verhalten als Korruption subsumiert werden. Gleichwohl ist ein solches Verhalten von anderer Natur als dies bei der Korruption gemeinhin der Fall ist. In Deutschland versucht man dieses Problem dadurch zu lösen, dass die Sozialadäquanz der Gabe tatbestandsausschließend wirkt<sup>45</sup>. Allerdings ist auch dies rechtlich nicht befriedigend, da dieser Begriff kaum konkretisierbar ist und nur dazu dient, den Wert solcher Geschenke auf kleinster Basis zu halten. Das hat jedoch mit Sozialadäquanz nichts zu tun, denn bei einem legalen Geschäft über Millionen von €€ erschiene ein Geschenk im Werte von 1.000 € oder gar 10.000 € noch adäquat, wäre aber sicher nicht mehr geringfügig.

*bb Korruption im privaten Geschäftsverkehr*

Ob diese Überlegungen auch für den privaten Wirtschaftsbereich gelten, mag fraglich sein. Zwar spricht die UN Konvention in Art 12 ff auch ausdrücklich die privaten Wirtschaft an und verlangt, dass auch hier Korruptionsfreiheit, die mit strafrechtlichen Mitteln erreicht und gesichert werden soll, herrschen muss. Bei staatlichen Bediensteten, die aus Steuergeldern finanziert werden und gleichsam den Staat auch moralisch repräsentieren, ist es nur folgerichtig, wenn der Staat mit allen Mitteln die Reinheit der Amtsführung seiner Bediensteten zu erhalten und durchzusetzen sucht. Anders ist es in der privaten Wirtschaft. Hier gelten Vertrags-

---

<sup>45</sup> BGHSt 31, 279; vgl. auch Schönke/Schröder-Heine §331 Rn. 29a m.w.N.

und Unternehmensfreiheit, die es dem Staat nur unter besonderen Bedingungen erlauben, rechtlich, zumal strafrechtlich zu intervenieren.

Es mag nach allgemeinem Strafrecht Untreue oder Betrug sein, wenn beispielsweise ein Angestellter sich für einen Vertragsabschluss vom Vertragspartner zusätzlich bezahlen lässt. Denn diese Zusatzzahlung wird vom Vertragspartner als weiterer Kostenpunkt für diesen Vertrag gebucht. Folglich hätte er die vertragliche Leistung um diesen Betrag billiger erbringen können. Daraus ergibt sich, dass die „Zusatzprämie“ einen Schaden beim Geschäftsherrn des Angestellten bewirkt. Liegt nun eine Vermögensbetreuungspflicht zugunsten des Arbeitgebers auf Seiten des Angestellten vor, so hat er in Höhe der Zusatzprämie das Vermögen seines Geschäftsherrn geschädigt und Untreue begangen. Liegt keine Vermögensbetreuungspflicht vor, so ist Betrug gegeben, weil er den erhaltenen Betrag, der dem Geschäftsherrn zusteht, diesem unter Ausnutzung von dessen Nichtwissen vorenthalten hat.

Kennt und billigt hingegen der Geschäftsherr diese Praxis, so entfällt diese Strafbarkeit. Aufgrund der UN Konvention ist nun aber auch in Deutschland - wie in den meisten Ländern der Welt - die Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr als eigene Straftat ausgestaltet worden, § 299 StGB. Nun schützt das Einverständnis des Geschäftsherrn nicht mehr vor Strafbarkeit. Die Begründung hierfür wird aus dem Prinzip des ungestörten und fairen Wettbewerbs entnommen<sup>46</sup>. Nicht mehr der Schaden beim Geschäftsherrn ist Angelpunkt der Argumentation, sondern die Wettbewerbsverzerrung, die dadurch eintreten soll, dass nicht die Angemessenheit der wechselseitigen Leistungen, sondern die Zusatzzahlung für den Vertragsschluss ausschlaggebend sein könnte.

---

<sup>46</sup> So in Deutschland die ganz herrschende Meinung, vgl. etwa Tröndle/Fischer StGB, 53. Aufl. 2006, 6 vor §§298ff StGB; Schönke/Schröder (Heine) 27. Aufl.2006, 2n zu § 299 StGB jeweils mit weiteren Nachweisen.

Ein derartiger Wettbewerbsschutz erscheint mir aber verfehlt zu sein und auch gegen das Prinzip der freien Wirtschaft wie auch das der Privatautonomie zu verstoßen. Denn jeder Vertragspartner kann wirtschaftlich nur dann überleben, wenn seine Vertragsgestaltungen – mit oder ohne die Leistung oder den Erhalt von Zusatzzahlungen – ihm hinreichenden Gewinn verschaffen. Es spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, ob die Vertragskosten bzw. –gewinne alle im Vertrag erscheinen oder aber in versteckten Zusatzleistungen zu finden sind. Es muss sich, wie man so schön sagt, rechnen; die Firma muss Gewinn machen. Der Staat hat sich hier nicht einzumischen, sondern muss es den Unternehmen überlassen, Leistung und Gegenleistung so zu gestalten, dass nach ihrer Geschäftsauffassung sich daraus wirtschaftlich Sinnvolles ergibt. Das unternehmerische Risiko kann nicht vom Staat getragen werden, was außerhalb dieses Bereiches, etwa bei staatlichen Subventionen, auch weltweit als den Wettbewerb verzerrend und daher unzulässig angesehen wird. Warum soll dies bei der Leistungsgestaltung anders sein? Da andererseits für schädigende Maßnahmen der Mitarbeiter ohne Wissen des Geschäftsherrn - wie ausgeführt - bereits das allgemeine Strafrecht gilt, besteht darüber hinaus weder ein Strafbedürfnis noch ein staatliches Recht zu strafen.

Allein die von Außen durchschaubare Leistungsgestaltung bleibe – etwa für die Mitbewerber - unverwirklicht. Im Bereich der Privatwirtschaft herrscht jedoch – anders als bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – keine Pflicht, potentielle Vertragspartner gleich zu behandeln. Weder muss der günstigste Anbieter genommen werden, noch müssen alle Anbieter identische Vorinformationen haben. Hier gilt als Folge der Risikolast, die ausschließlich beim Unternehmer liegt, allein die unternehmerische Entscheidung, die rational oder auch irrational sein kann.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es folglich angesichts der Garantie der Privatautonomie nicht zulässig, „Bestechung“ im privaten Wirtschaftsverkehr

auch dann unter Strafe zu stellen, wenn die Geschäftspartner dies wissen und wollen. Die in der Praxis herrschende gegenteilige Auffassung beruht auf einem paternalistisch oder gar sozialistisch eingeschränkten Verständnis der Privatautonomie. Danach darf die Privatautonomie nur soweit reichen, wie es idealisierende staatliche Vorstellungen vom richtigen Geschäftsverkehr erlauben. Dies aber ist nichts anderes als ein nachgerade sozialistisches Verständnis von Wirtschaft, in dem die Privatautonomie nur scheinbar und unter Vorbehalt staatlicher Regulierung gewährt wird: Eine Regulierung, die nicht einzelne Rechtsgüter schützt, sondern nur ein bestimmtes theoretisches Vorverständnis von Wirtschaftsverkehr durchsetzen will. Dies ist abzulehnen, was wohl auch geschichtlich durch den Zusammenbruch des Systems der meisten sozialistischen Staaten in der Welt bestätigt wird.

*cc Zusammenfassung*

Wir können also festhalten, dass das Konzept der Korruptionsbekämpfung zunächst einmal im öffentlichen Bereich ein gerechtes Leistungs- und Entlohnungssystem voraussetzt und somit vorrangig ein soziales Problem darstellt. Ohne ein solches System geht Strafrecht ins Leere. Denn Strafrecht kann immer nur der Verstärkung der Normgeltung, nie aber der Erzwingung von Normen dienen, die sozial nicht akzeptiert worden sind oder aus faktischen Gründen nicht akzeptiert werden können, obwohl man es eigentlich will. Daraus folgt auch, dass Strafrecht nicht gegen kulturelle Gepflogenheiten ankämpfen kann, solange diese nicht auf gesellschaftlicher und allgemein rechtlicher Ebene implementiert sind. Mit anderen Worten: das Strafrecht ist zwar das schärfste Schwert des Staates, es hat aber nur flankierende Funktion. Korruptionsbekämpfung beginnt daher in der Organisation der öffentlichen Gewalt und endet erst ganz am Schluss mit dem Strafrecht. Daraus folgt wiederum, dass Versuche, die Korruption nur oder in erster

Linie mit Mitteln des Strafrechts zu bekämpfen, keinen Erfolg haben können und nur dazu beitragen, bestehende Ungerechtigkeiten zu vertiefen.

Für den Bereich der Privatwirtschaft erscheint das Konzept der Korruptionsbekämpfung hingegen nicht tauglich, da es begrifflich nicht passt, und auch angesichts der Garantie von Privatautonomie keine Rechtfertigung für entsprechende staatliche Einschränkungen, auch nicht unter Berufung auf die Reinheit des Wettbewerbs, erkennbar ist.

*b Geldwäsche*

*aa Ausgangsüberlegungen*

Bei der Bekämpfung von Geldwäsche ist die Lage noch schwieriger. Es wurde schon erwähnt, dass Geldwäsche nur dann wirksam verfolgt werden kann, wenn der gesamte Geldverkehr – zumindest ab einer bestimmten erheblichen Summe – kontrolliert wird. Hierin liegt nun ein zentrales Problem. Zwar ist es heute im Zeitalter elektronischer Bearbeitung und Speicherung von Buchungsvorgängen relativ leicht möglich, fast den gesamten Zahlungsverkehr in einer Gesellschaft zu kontrollieren. Diese technischen Möglichkeiten stoßen aber auf erhebliche rechtliche Bedenken. Das Konzept der totalen Kontrolle von Bürgern ist spätestens aufgrund der Philosophie der Aufklärung, wie sie ihren rechtlichen und politischen Ausdruck in der französischen Verfassung von 1791 gefunden hat, aufgegeben worden. Heute wird der Staat als Dienstleister für den Bürger verstanden, woraus sich enge Grenzen repressiver Maßnahmen ergeben. Zudem ist das auch in der EMRK verankerte Recht auf Privatsphäre, Art. 8 EMRK, nach modernem Verständnis erweitert worden im Rahmen der Gewährung eines Rechts auf Datenschutz. Kurz zusammengefasst bedeutet dies, dass

1. der Staat nicht alle Daten über die er verfügt auch beliebig nutzen oder miteinander verknüpfen darf;
2. Daten nur aufgenommen, gespeichert und miteinander verknüpft werden

dürfen, soweit es hierfür eine gesetzliche Grundlage gibt, die das Grundrecht auf Privatheit nicht in seinem Wesen verletzt<sup>47</sup>.

Die für die Durchsetzung der Geldwäschevorschriften notwendige Datenüberwachung lässt jedoch vom Wesen der informationellen Privatsphäre nichts mehr übrig und begegnet daher aus deutscher Sicht verfassungsrechtlichen und aus internationaler Sicht menschenrechtlichen Bedenken.

*bb Die strafrechtlichen Regelungen*

Der Geldwäschetatbestand, so wie er im deutschen § 261 StGB formuliert ist, und damit den Vorgaben des EU Geldwäsche Übereinkommens entspricht, ist dogmatisch gesehen eine Sonderform der Hehlerei, die ihrerseits nach § 259 StGB strafbar ist. Es geht bei beiden Tatbeständen um die Strafbarkeit der Weitergabe von Gegenständen, die aus Straftaten stammen. Während § 259 StGB sich auf Vermögensdelikte als Vortaten beschränkt, kommt bei der Geldwäsche des § 261 StGB jede Straftat in Frage.

Des Weiteren sollte die Geldwäsche mithilfe des in diesem Zusammenhang<sup>48</sup> neu geschaffenen § 73 d StGB eine Vermögensabschöpfung auf der Basis eines bloßen Verdachts ermöglichen. Der sog. erweiterte Verfall des § 73 d StGB ermöglicht jenseits der allgemeinen Vorschriften auch dann eine Verfallserklärung von jedweden Vermögensgegenständen, wenn „die Umstände die Annahme rechtfertigen, dass diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind“, § 73 d I StGB. Die gerichtliche Praxis nutzte diese Vorschrift mit Freude, um Beschuldigte gleichsam kahl zu pfänden und wirtschaftlich zu ruinieren, weil alles was vermögenswert erschien unter diese Annahme subsumiert wurde. Es sei ja kein vollständiger Beweis insoweit

---

<sup>47</sup> In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art.1 Abs.1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 abgeleitet, vgl. BVerfGE 61,1

<sup>48</sup> Näher Tröndle/Fischer, StGB, 53 Aufl. 2006, 1 zu § 73 d StGB

erforderlich, eine bloße Annahme reiche. Erst die Rechtsprechung des BGH<sup>49</sup> und des BVerfG<sup>50</sup> haben diese durch das Gesetz vorgegebene missbräuchliche Anwendung unterbunden. Die beiden obersten Gerichte stellten übereinstimmend fest, dass in Hinblick auf diese „Annahme der kriminellen Herkunft“ alle Beweise gewürdigt und zu der richterlichen Überzeugung von einer solchen Herkunft führen müssen. Wenngleich damit ein Mindestmaß an Rechtsstaatlichkeit wiederhergestellt worden ist, darf nicht verkannt werden, dass dies gerade nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen war, der mit dieser Vorschrift vor allem im Bereich des § 261 StGB eine deutlich erleichterte Vermögensabschöpfung ermöglichen wollte.

Auch die Strafbarkeit der fahrlässigen Geldwäsche, § 261 Abs. 5 StGB (leichtfertiges nicht Erkennen der strafbaren Herkunft) schafft ein Problem. Hierdurch soll die Schwierigkeit des Beweises von Vorsatz reduziert werden. Dies ist höchst bedenklich, bringt es uns doch wieder in die Nähe einer Verdachtsstrafe. Wir werden weiter unten noch einmal auf diese Frage zurückkommen.

#### *cc Die flankierenden Vorschriften*

Die vielen flankierenden Gesetze zur Verfolgung der Geldwäsche sehen weitgehende Auskunftspflichten für Personen und Institutionen vor, die üblicherweise mit Geld umgehen. So haben nicht nur Banken die Pflicht, bei Transaktionen über 15.000€ gesonderte Dokumentationen über die Beteiligten zu fertigen und diese für die Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung zu halten. Banken wie auch andere Unternehmen wie etwa Autohäuser, Auktionshäuser oder Reisebüros müssen entsprechende Informationen vorhalten und haben bei Verdacht auf Geldwäsche die Pflicht eine Strafanzeige zu erstatten. Dies gilt sogar für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, allerdings mit der Ausnahme

---

<sup>49</sup> BGHSt 40, 371

<sup>50</sup> BVerfG NJW 2004, 2073

von Strafverteidigern.

Dennoch geraten selbst Strafverteidiger wegen dieser Vorschrift ins Visier der Staatsanwaltschaft: Es ist in Deutschland standesrechtlich vorgeschrieben, als Rechtsanwalt vor Aufnahme der Tätigkeit als Wahlverteidiger einen Vorschuss vom Mandanten zu verlangen. Ist nun ein Vermögensdelikt, gar in der Form eines Wirtschaftsdelikts, Gegenstand der Beschuldigung, kann die Staatsanwaltschaft ohne größere Schwierigkeiten den Verdacht hegen, der vom Mandanten geleistete Vorschuss stamme aus dem kriminell erlangten Geld, weshalb der Verteidiger sich der Geldwäsche schuldig gemacht habe. Auf diese Weise könnte das Institut der Wahlverteidigung in diesem Bereich völlig zerstört werden. Die vom BVerfG erst kürzlich vorgeschlagene Lösung mindert das Problem nur ein wenig: Danach greift die Strafvorschrift über Geldwäsche bei einem Rechtsanwalt nur, wenn er positive Kenntnis von der kriminellen Herkunft des Geldes hatte<sup>51</sup>. Die in § 261 auch vorgesehene Fahrlässigkeitsstrafe ist danach in Hinblick auf Rechtsanwälte verfassungswidrig.

Gleichwohl wird sehr zu Recht die Gesamtheit der Regelungen der Geldwäsche für rechtsstaatlich verfehlt gehalten. Es ist das totalitäre Konzept dieser Vorschriften, die jeden Bürger unter Generalverdacht stellen, welches für grundsätzlich rechtsstaatswidrig gehalten wird. Wenn ein Richter am BGH als Kommentator eines der am weitesten verbreiteten Strafrechtskommentare zu diesem Schluss kommt<sup>52</sup>, dann zeigt dies wie ernst diese Kritik in Deutschland ist.

Darüber hinaus verstößt insbesondere auch die Auskunftspflicht von Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Rechtsanwälten – nicht Strafverteidigern – gegen die Garantie ihrer beruflichen Freiheit. Dieser Berufsgruppe ist sowohl im

---

<sup>51</sup> BVerfG NJW 2004, 1305

<sup>52</sup> Fischer in StGB Kommentar Tröndle/Fischer aaO Rn 1 zu §261

Zivilrecht wie auch im Strafrecht ein Aussageverweigerungsrecht für die Informationen eingeräumt worden, die sie in Ausübung ihrer Berufstätigkeit erfahren haben, § 53 Nr. 3 StPO. Dieses Privileg hat der Gesetzgeber nur gewährt, um die Ausübung dieser Berufe, die ein auch vom Staat nicht zu störendes Vertrauensverhältnis zwischen diesen Berufsträgern und ihren Klienten voraussetzen, zu gewährleisten; es wurde damit also nur einer verfassungsrechtlichen Pflicht aus Art. 12 GG entsprochen<sup>53</sup>. Die Auskunftspflichten aus den Geldwäschegesetzen kollidieren also auch insofern mit der Verfassung.

*dd Formen des Missbrauchs*

Auch ist darüber hinaus auf internationaler Ebene ein nicht unerheblicher Missbrauch im Bankwesen festzustellen. Banken neigen dazu, Kunden, die etwa größere Summen auf andere Institute übertragen wollen, weil sie mit der Leistungen ihrer Bank nicht zufrieden waren, mit plötzlich auftretendem Geldwäscheverdacht zu konfrontieren. Dies führt dann in der Regel dazu, dass die Mittel sogleich vorsorglich eingefroren werden. Eine solche in der Tat kalte Kapitalenziehung kann leicht zum wirtschaftlichen Ruin des Kunden führen. Auf jeden Fall muss er nun plötzlich die Herkunft des Geldes im Detail belegen, was oft mit großem zeitlichem und wirtschaftlichem Aufwand verbunden ist. Auf diese Weise wird zudem die Unschuldsvermutung außer Kraft gesetzt. Der betroffene Kunde muss, um sein Geld wieder zu befreien, einen oft nur willkürlichen Vorwurf entkräften. Für die Banken ist das Ganze hingegen völlig ohne Risiko: Sie haben nur eine Befürchtung, einen Verdacht pflichtgemäß geäußert und den zuständigen Stellen weitergeleitet. Wenn sich dann herausstellt, dass nichts Illegales an den Mitteln war, dann ist dies nur eine Folge der mit dem Begriff des Verdachts

---

<sup>53</sup> Näher dazu Kühne Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2006, Rn 819

notwendig verbunden Ungewissheit. Böswilligkeit zulasten des Kunden wird hier in den seltensten Fällen nachzuweisen sein.

*ee Rechtspolitische Erfolge?*

Aber auch rechtspolitisch sind die Geldwäschevorschriften zumindest in Deutschland kaum erfolgreich gewesen. Zwar sind die Kontrollaktivitäten ziemlich hoch. Es werden nicht nur die Informationen der auskunftspflichtigen Personen und Institutionen verarbeitet, sondern insbesondere im grenzüberschreitenden Verkehr werden viele Sondereinsätze der Polizei bzw. des Zollkriminalamts durchgeführt. Insbesondere an den – im Übrigen innerhalb der EU-Mitgliedstaaten nicht mehr überwachten - Grenzen zu Ländern, die als so genannten „tax haven“ gelten, also vor allem Luxemburg und Österreich, sowie außerhalb der EU die Schweiz, kontrollieren diese Einsatzgruppen Reisende darauf, ob sie mehr als die nicht anzeigepflichtigen 15.000 € bei sich führen. Natürlich werden solche Kontrollen auch an internationalen Flughäfen durchgeführt. Das Ergebnis ist laut den eigenen Statistiken des Zollkriminalamts nicht überzeugend. Im Jahre 2003 wurden insgesamt nur Bußgelder in Höhe von 1,4 Millionen € verhängt. Kontrolliert wurden insgesamt 219 Millionen €. Das ist nicht viel, wenn man bedenkt, dass die Politiker die Millionen und Milliarden Vermögen der internationalen organisierten Kriminalität abschöpfen wollten. Die offiziellen Statistiken sagen zudem nichts über den Anteil an illegalem Geld von dieser Summe aus. Nach internen Informationen beträgt der Anteil aber nur einen einstelligen Prozentsatz. Überdies handelt es sich bei diesem illegalen Geld fast ausschließlich um Geld, welches wegen privater Steuerhinterziehung in den illegalen Bereich geraten ist.

Schließlich weiß man auch, dass im mittleren Bereich der organisierten Kriminalität die Kapitaltransaktionen in vielen kleinen Chargen unterhalb der

15.000 € Grenze abgewickelt werden, ohne dass die Instrumente aus dem Repertoire der Geldwäschevorschriften dies verhindern könnten. Untergeordnete Mitglieder der Organisation werden – zum Teil buchstäblich mit Plastiktüten voller Bargeld - zu den Banken geschickt, um diese kleineren Summen in den Zahlungsverkehr einzubringen. Da in der Regel unterschiedliche Banken genutzt werden, kann auf diese Weise in kurzer Zeit sehr viel Geld transferiert und damit gewaschen werde, ohne dass dies auffällig wäre oder hiergegen etwas unternommen werden könnte. Der Bürger, der sich dagegen ein Auto kauft und dafür 30.000 € an seinen Händler überweist, gerät in den Vorverdacht der Geldwäsche; selbst der Autohändler ist hier grundsätzlich verpflichtet, eine Kontrollmeldung zu machen. Entsprechendes gilt für den Geschäftsmann, der eine Anschaffung oberhalb von 15.000€ macht. Er wird sich immer der Gefahr ausgesetzt sehen, einen solchen Geldtransfer rechtfertigen und die Herkunft des Geldes nachweisen zu müssen, was den Geschäftsverkehr nicht gerade erleichtert und zudem an seiner Ehre nagt, da er beständig unter Vorverdacht steht und zu beweisen hat, dass er kein Krimineller ist.

Nun wird sicherlich gegen diese Argumentation eingewendet werden, ich hätte die Präventionserfolge dieser so kritisierten Regelungen nicht berücksichtigt. Prävention sei – und das ist richtig – sozialwissenschaftlich nicht messbar, existiere aber gleichwohl. Folglich könne man davon ausgehen, dass die bestehenden Regelungen schon deshalb Erfolg haben, weil Kapital-Transaktionen für das organisierte Verbrechen wie auch den internationalen Terrorismus schwieriger geworden seien. Selbst wenn man von der Richtigkeit dieser Annahme ausgeht, bleibt das Problem der Kosten-Nutzen Relation. Geht es an, für einen nicht zu beziffernden Präventionserfolg in Hinblick auf Schwermriminalität die gesamte Gesellschaft unter strafrechtlichen Generalverdacht zu stellen und vollständig zu kontrollieren? Die Antwort muss „nein“ lauten. Aus der Geschichte kennen wir

allzu viele Beispiele, bei denen der totale und faschistische Staat unter dem Vorwand entstanden ist, höchstmögliche Kontrolle sei doch im Interesse aller guten Bürger. In Deutschland haben wir insofern noch die schmerzhaften Erinnerungen aus der Nazi Zeit und der Epoche der DDR, wo die Staatsraison als gemeinsames Interesse der Bürger beschrieben wurde, um dann im Namen dieser Interessen die Bürger der totalen Rechtlosigkeit anheim fallen zu lassen. Unter Berücksichtigung dieser Erfahrungen muss darauf bestanden werden, jede staatliche Eingriffsbefugnis konkret an ihrer Schutzwirkung für den Bürger zu messen. Solange dies nicht messbar ist, fehlt es solchen Befugnissen an der erforderlichen Legitimation, selbst wenn der Gesetzgeber sie verabschiedet hat. In Deutschland werden diese Konflikte vor dem Bundesverfassungsgericht ausgetragen.

*ff Bewertung und Ausblick*

Es zeigt sich also, dass zumindest in Deutschland, die mit so hohen Zielen angetretenen Gesetze zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens und des internationalen Terrorismus' hier kaum Erfolge aufzuweisen haben, sondern überwiegend im Bereich der Verfolgung von Steuersündern angewendet werden, wo sie dann recht erfolgreich sind.

Dieser Befund ist aus rechtsstaatlicher Sicht alarmierend. Die weitgehende Kontrolle des Kapitalverkehrs wäre weder gesellschaftlich noch parlamentarisch konsensfähig gewesen, wenn es nur um die Verbesserung der Verfolgung von Steuersündern gegangen wäre. Allein das Schreckgespenst der organisierten Kriminalität und danach das des internationalen Terrorismus' haben so weitgreifende und Individualrechte beschränkende Regelungen möglich gemacht. Es kann nur darüber spekuliert werden, ob dies von vornherein so geplant war oder ob man sich nur falsche Vorstellungen über die Möglichkeiten von

Bekämpfungsstrategien gemacht hat. Sicherlich aber muss dieser Befund zu Überlegungen führen, die die in Kraft getretenen Maßnahmen korrigieren und ihrem eigentlichen Zweck zuführen.

Insbesondere wird man sich fragen müssen, warum denn diese mit so viel Begeisterung und publizistischem Aufwand geschaffenen Vorschriften weder das organisierte Verbrechen noch den internationalen Terrorismus ernsthaft geschwächt haben. Fast noch wichtiger ist die Frage, warum diese Instrumente anstelle dessen so kräftig in Bereichen der bestenfalls mittleren Kriminalität eingesetzt werden, wo sie zumindest begrenzten Erfolg haben.

Wenn denn die Vorschriften gegen die Geldwäsche tatsächlich vorwiegend oder gar ausschließlich das organisierte Verbrechen und den internationalen Terrorismus bekämpfen sollen, dann sind die gewählten Vorschriften eher naiv und in Unkenntnis der realen Möglichkeiten des internationalen und nationalen Zahlungsverkehrs ergangen. Gerade im Bereich des Geldverkehrs auf hohem Niveau in Verbindung mit internationalen Großfirmen ist es vergleichsweise einfach, Geschäfte vorzutäuschen, um illegales Geld in den Kreislauf zu verbringen. Um dies zu verhindern wäre nicht nur eine Kontrolle der Geldströme, sondern auch eine kriminaltechnische Kontrolle aller Wirtschaftsvorgänge erforderlich.

Auf die gesellschaftsrechtlich vorgeschriebenen Abschlussbilanzen, die von Wirtschaftsprüfungsunternehmen zu erstellen sind, ist in der heutigen Form nur sehr begrenzt Verlass. Zum einen zeigt die Praxis, dass diese Unternehmen selbst nur sehr begrenzten Einblick erhalten und sich damit zufrieden geben. Zum anderen hindert die Abhängigkeit der Wirtschaftsprüfungsunternehmen von ihren Auftraggebern oft eine objektive Auseinandersetzung mit den Geschäftsdaten. Ein gutes Beispiel hierfür ist der Zusammenbruch des Riesenunternehmens ENRON. Wären dort die gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungen effizienter durchgeführt

worden, hätte es nicht zu den Verlusten von mehreren Milliarden US\$ kommen können. Die Beispiele ließen sich fast beliebig vermehren.

Sicherlich wäre es angesichts dieses Befunds sinnvoller, die Prüfungsanforderungen bei den weltweit von den nationalen Rechtsordnungen vorgesehenen Firmen „auditing“ zu erhöhen und besser auf die Unabhängigkeit der das audit durchführenden Prüfungsgesellschaften zu achten. Damit wären die geprüften Unternehmen nicht nur wirtschaftlich besser geschützt, sondern könnten auch in Hinblick auf unerklärte Geldeingänge besser durchleuchtet werden. Obwohl diese Forderung ausdrücklich in Art. 12 §§ 1,3 der UN Konvention<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Article 12

*Private sector*

1. Each State Party shall take measures, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to prevent corruption involving the private sector, enhance accounting and auditing standards in the private sector and, where appropriate, provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties for failure to comply with such measures.
2. Measures to achieve these ends may include, inter alia:
  - (a) Promoting cooperation between law enforcement agencies and relevant private entities;
  - (b) Promoting the development of standards and procedures designed to safeguard the integrity of relevant private entities, including codes of conduct for the correct, honourable and proper performance of the activities of business and all relevant professions and the prevention of conflicts of interest, and for the promotion of the use of good commercial practices among businesses and in the contractual relations of businesses with the State;
  - (c) Promoting transparency among private entities, including, where appropriate, measures regarding the identity of legal and natural persons involved in the establishment and management of corporate entities;
  - (d) Preventing the misuse of procedures regulating private entities, including procedures regarding subsidies and licences granted by public authorities for commercial activities;
  - (e) Preventing conflicts of interest by imposing restrictions, as appropriate and for a reasonable period of time, on the professional activities of former public officials or on the employment of public officials by the private sector after their resignation or retirement, where such activities or employment relate directly to the functions held or supervised by those public officials during their tenure; **9**
  - (f) Ensuring that private enterprises, taking into account their structure and size, have sufficient internal auditing controls to assist in preventing and detecting acts of corruption and that the accounts and required financial statements of such private enterprises are subject to appropriate auditing and certification procedures.

aufgenommen worden ist, wengleich mit Bezug auf die private Korruption, scheint mir gerade hier das Implementierungsdefizit am größten zu sein. Hingegen erscheint die in der Konvention vorgeschlagene und in den europäischen Ländern einschließlich Deutschlands umgesetzte Form der umfassenden, ja nahezu totalen Überwachung des Kapitalverkehrs als ein unzulässiger Eingriff in individualrechtliche Garantien und eine rechtsstaatswidrige Erweiterung staatlicher Kompetenzen in polizeistaatliche Dimensionen hinein. Unter dem Vorwand der Bekämpfung schwerer Kriminalität wird der Bürger zum vollständig kontrollierten Objekt des Staates. Es ist schon erstaunlich wie wenig wir aus der umfangreichen Geschichte des Machtmissbrauchs totalitärer Staaten gelernt haben!

Wenn man auf dem Verbot der Geldwäsche in einer grundsätzlichen Form gleichwohl bestehen will, bietet es sich an, zur Verminderung der Eingriffe in Grundrechtspositionen der Bürger, die kritische Geldgrenze sehr viel höher anzusetzen als dies gegenwärtig der Fall ist. Hier hat der nationale Gesetzgeber zumindest in Hinblick auf die UN Konvention einen nicht unerheblichen Spielraum. Sollen wirklich das organisierte Verbrechen und der internationale Terrorismus getroffen werden, so erscheint die heute gültige kritische Summe von 15.000 € als nachgerade lächerlich. In diesen finanziellen Bereichen kann man nun

---

3. In order to prevent corruption, each State Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its domestic laws and regulations regarding the maintenance of books and records, financial statement disclosures and accounting and auditing standards, to prohibit the following acts carried out for the purpose of committing any of the offences established in accordance with this

Convention:

- (a) The establishment of off-the-books accounts;
- (b) The making of off-the-books or inadequately identified transactions;
- (c) The recording of non-existent expenditure;
- (d) The entry of liabilities with incorrect identification of their objects;
- (e) The use of false documents; and
- (f) The intentional destruction of bookkeeping documents earlier than foreseen by the law.

wirklich die gemeinten Organisationen nicht treffen oder schädigen. Wenn denn hier - so wie uns der Gesetzgeber und die Konventionsgeber erklären – tatsächlich viele hunderte von Millionen US \$ umgesetzt werden, dann kann eine sinnvolle kritische Wertgrenze nicht unterhalb einer zumindest 6- oder 7stelligen Summe liegen.

Bei der Kontrolle dieser Hochwert-Transaktionen wären dann aber die Rechte der Betroffenen besser zu schützen. Grundsätzlich halte ich es für weder nötig noch zulässig, die Auskunftspflichten so weit zu fassen, wie dies augenblicklich der Fall ist. Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte und Steuerberater sollten vollständig aus diesem Katalog herausgenommen werden, um weiterhin vertrauensvoll mit ihren Klienten arbeiten zu können. Banken müssten wohl begrenzt auskunftspflichtig bleiben. Allerdings sollten dann die Mechanismen, welche zur Beschlagnahme, oder zum Einfrieren der Mittel führen besseren Schutz für die Betroffenen bieten. Dazu gehört nicht nur ein absoluter Richtervorbehalt, sondern auch ein hoher Grad von verdachtsbegründenden Tatsachen, so dass diese Maßnahmen nicht, wie heute üblich, aufgrund bloßer Vermutungen ergehen dürfen.

Nach alledem erscheint es mir offensichtlich, dass in diesen Bereichen das augenblickliche Vorgehen deutlich verbesserungswürdig ist, was keinesfalls bedeutet, dass die Schraube der Repression weiter angezogen werden sollte.

# 對抗貪污以及洗錢的國際規範—轉換成國內法的可能性與批評\*

(Die internationalen Regelungen über die Bekämpfung von Korruption und Geldwäsche. Kritik und Möglichkeiten der Umsetzung)

Prof. Dr. Hans-Heiner Kühne\*\*

吳俊毅(Prof. Dr. Jiuan-Yih Wu)\*\*\* 譯

## 一、導論

在現今的刑事政策情況，貪污以及洗錢，是除了對抗恐怖主義之外，政治上以及立法上所關注的中心目標。結果是，檢察機關和法院也較頻繁地處理這個問題。在發展史上，對抗貪污和對抗洗錢，看到了一個事實上以及時間上共同的背景。二者都是為了對抗組織犯罪的努力成果，大家把財政資源都分給了組織犯罪，並且想除去組織犯罪對於國家以及私人組織的-扭曲競爭的影響。

90年代初期，組織犯罪的現象，在最廣的政治面向上有新的發現之後<sup>55</sup>，

---

\* 高大刑事法學講座系列(三) – 第三場。本演講為法務部調查局洗錢防制中心所邀請，於2006年12月13日舉行。

\*\* 德國特里爾大學法學院專任教授

\*\*\* 國立高雄大學法律學系專任助理教授、德國特里爾大學法學博士

不但是在聯合國而且在歐盟的歐洲，開始提出共同對抗措施的構想。這個現象當然並不是什麼新鮮事，在結構上或是範圍還是有了根本的改變。這也符合了當時的普遍認知：組織犯罪，在中國(三合會)、日本(山口組)以及義大利(黑手黨)，具有長久發展的傳統，而且現在一直還是有著重要性(特別是，在毒品、販賣人口以及賣淫的領域)。而且打從被禁以來，在美國彷彿也在那裡被廣為擴散成為黑手黨的分支。對於這個只是看起來是新的問題，(只有在政治上被使用的?)通案的解決仍然還是為數頗多的：全世界都在致力發展新的對抗策略，這些策略特地被用來針對阻止洗錢和貪污。這樣突然對於根本就是老早被認識的現象感到興趣，仍然是讓人感到訝異的，不過，應該可以被允許，如果對策是因為重大的歷史延宕而被採取，對策仍舊可以被接受：晚總比沒有好。今天，同樣的理由也用來，讓這些對抗國際恐怖主義的規定可以大量地產生。所以，當接下來談到組織犯罪時，對此，恐怖主義也總是被想成是「國際恐怖主義」，這個先後關係並沒有改變。

根據這些觀點的所有思考，在過去以及現在都是清楚的。組織犯罪的勢力(如同通常也是還存在的)依賴金融工具。假如現在讓犯罪者不能把他們違法所取得的金錢帶到經濟的周轉(Wirtschaftskreislauf)，或者一旦這些錢被送到經濟的周轉裡，就沒收這些錢；也是用錢來削減組織犯罪的勢力。結果，完整的金錢交易可以被監控的思考，交易當中的違法部分就可以因此被發現並且在刑法上被處罰。

此外，按照流行的看法，組織犯罪也因此而有他的影響力，以及特別的危險性：組織犯罪，用他們的金錢，在貪污的範圍之內，收買國家公職的支持，如同對待私人企業也是，貪污問題變成是對抗組織犯罪的另外一個當然

---

<sup>55</sup> Kühne, Das Paradigma der Inneren Sicherheit: Polizeiliche Möglichkeiten, Rechtsstaatliche Grenzen, Leipziger Juristische Vorträge, Heft 26, Universität Leipzig (Hrsg.) Leipziger Universitätsverlag, 1998; ders. Bürgerfreiheit und Verbrecherfreiheit. Der Staat zwischen Leviathan und Nachtwächter, Rechtspolitisches Forum, Institut für Rechtspolitik der Universität Trier, 2004.

的重點。眾多對於組織犯罪定義的嘗試<sup>56</sup>，都把「對於政治及經濟影響」的要素當作是組織犯罪的目標。除此之外，強化對抗貪污當然也是為了非常多的普通目標。因為，貪污也會一直對一國的整體國家和經濟組織提出質疑，並且阻礙經濟的發展。大體上，對抗洗錢與貪污的國際公約是來自於這些基本的想法。

## 二、國際協定(Die internationalen Übereinkünfte)

歐盟以 1997 年 5 月 26 日的「在國際貿易活動時，對抗對於外國公務員行賄公約」(die Konvention über die Bekämpfung von Bestechung ausländischer Amtsträger bei internationalen Geschäftstransaktionen vom 26.5. 1997)與 1999 年的對抗貪污的刑事法<sup>57</sup>/民事法<sup>58</sup>公約，而成為國際上的先趨。2003 年 12 月 11 日的聯合國反貪污公約，也明確指出這些文件，而且同時處理洗錢的問題。在歐洲方面，後者透過 1990 年 8 月 11 日的「洗錢暨可罰行為所得的調查、沒收、追徵協定」(das Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 8.11.1990)以及 1997 年 6 月 19 日的歐盟保護經濟利益協定的第二次備忘錄(das 2. Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EU vom 19.6. 1997)，同樣還是先於聯合國的協定而被規定。

所有這些文件確保，締約國不是只有規定為了改善公共以及私人經濟交易透明化的預防性保護措施。也就是說，這些締約國也是有義務要建立，與實現被強化的禁止(特別也是用來對抗組織犯罪)相當的構成要件。

---

<sup>56</sup> 參見，德國: BT-Drucks. 12/989,24; 在歐盟方面: EU/12247/1/94 Dev.1 ; 詳細地，參見 Kinzig, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität (2004), S. 72 有廣泛地介紹。

<sup>57</sup> Vom 27.1 1999

<sup>58</sup> Vom 4.11. 1999

因此，這些內容以國際上先後關係的方式說明了法制的現況。當然，不但會有眾多有待說明的問題(Implementierungsprobleme)產生，這些問題對於協定的有效性徹底地提出質疑；而且上面所提到的基本思考也無法經得起部分深入的觀察。

### 三、轉換成本國法(Die Umsetzung)

按照德國的情況，轉換成本國法的問題應該用舉例的方式來被描述。

根據這些文獻，在德國，在私經濟領域的貪污也是被處以刑罰的，刑法第 298 條到第 302 條；除此之外，洗錢的刑罰規定也被制訂(刑法第 261、262 條，已經被眾多其他的法律所架空)。儘管以此方式符合了根據聯合國以及歐盟條約所賦予的義務，情況不但是遭到來自犯罪學的觀點，而且也遭到來自法的觀點的批評。

#### 1. 貪污

#### 2. 在公務的貪污

我們就從貪污開始。對於貪污環境和無貪污交易體系必要性的想法，是基於這個看法：每個人對於他的工作是被完全地酬謝，而且因此對於這些行為也不許要求或者取得額外的報酬。事實上，在這樣的體系當中，額外的報酬既是不必要的，也是不值得去追求的。結論是，貪污必須被當作是貪婪的、有害且不必要的而被禁止。當然，這樣的交易體系只在理論當中。因此，主動以及被動行賄的誘惑總是存在那邊的：行為人就他的工作來說，沒有或是不相當地被支付酬勞。因此，我們在德國已經必須認清，比方，幾乎不可能，委託一個低廉且收入微薄的市政府公務員去處理涉及價值數百萬的建築執照。自從上述被較高職等的成員或公務員實行以來，我們必須鮮少有理由去認為有貪污的嫌疑。

假如公務的或者是私人的職務負責人待遇是如此地差(他沒有辦法以此來

養家活口)，則情況還是會變得較為緊張。透過行賄被資助的額外收入，在這裡，實際上是沒辦法放棄的，而且根據普遍的認知，經常也是和職務相關待遇的一部分。儘管這種關係是清楚的、人盡皆知的，在聯合國的公約裡卻沒有被明確地提到，雖然，公約的第一部份只是被拿來處理預防。

當基於不相當的待遇以及缺乏獨立性等同樣的理由，司法也是沒辦法夠清廉地運作- 一個至少在社會學上所觀察到近乎是必然的結果 -，則貪污不可能用刑法的手段來加以對抗。如同對世界上許多國家的觀察，隨便一些個案，在刑法上只被當作是表面上看起來是果真有在努力的證明；在這種情況，還是經常利用機會來以此方式處罰在政治上令人感到討厭的人。

也必須被考慮到，在許多文化當中，有這個傳統：也是用送禮來對合義務的、友善的行為加以感謝，或者完全(像是在日本的社會)規律地對特定人以禮物來加以感謝，藉此維繫業務上或交易上的接觸。在客觀上，這樣的行為必須被包攝成為貪污。儘管這樣的行為，從有異於此的其他文化，通常可能會是貪污。在德國，有人嘗試藉此解決這個問題：禮物的社會相當性有組卻構成要件的效果<sup>59</sup>。當然，這在法律上也是無法令人滿意的，因為這個概念幾乎是不能被具體化的，而且只是用來把這種贈品的價值保留在最小的基礎上面。不過，上述和社會相當性並沒有任何關係，因為在超過百萬歐元的合法交易的情形，價值 1000 歐元或是 10 歐元的贈品似乎還算是相當的，但是，可以確定的是，不再是微不足道的。

### 3. 在私的交易活動的貪污

可能有問題的是，這個思考也適用在私經濟領域。儘管聯合國的公約在第 12 條以下也明確地提到私經濟，並且要求，在這裡也是無貪污的(應該用刑法的方式被達成以及確保)。在國家的公務員(由稅金所養的，且彷彿也在道德上代表國家)，只能算是結果正確的，當國家尋找以一切手段去取得並實現他的公務員執行職務的廉潔性。這在私經濟卻是有所不同的。這裡，適用契約

---

<sup>59</sup> BGHSt 31, 279；也可以參考 Schönke/Schröder-Heine §331 Rn. 29a 有廣泛地說明。

自由和企業自由，只有在特別的條件下允許國家，在法律上，特別是在刑法上去進行干預。

根據普通刑法，可能是背信或者詐欺，當譬如一個職員為了締結一個契約而讓契約的一方要額外付錢。因為這個額外的付款被契約一方記載成這個契約的其他的費用項目。結果是，在這個數目上，他會較廉價地實行契約的給付。「額外的報酬」(Zuatzprämie)，在職員的業主方面所引起的損失由此發生。若是現在在職員方面存有一個有利於雇主的財產管理義務，則他是用額外報酬的額度來損害他業主的財產並實行背信罪。倘若財產管理的義務並不存在，則是有詐欺罪，因為他利用業主的不知情私吞了所取得的、業主有權的數額。

反之，業主認識並且同意這個實務，則這個可罰性就消失了。依據聯合國的公約，交易程序的可賄賂性，現在在德國也被設計成獨立的可罰行為，刑法第 299 條。目前，業主的理解不再保障免於可罰性。對此的理由是從不受干擾且公平的競爭原則被推論出來<sup>60</sup>。在業主方面的損害不再是論證的關鍵，而是競爭的扭曲，扭曲應該是藉此發生：不是雙方給付的妥當性，而是締結契約的額外花費可能是具有決定性的。但是，這樣的競爭保護，在我看來似乎是不正確的，而且也是抵觸自由經濟的原則，像私法自治也有。因為各個契約的一方能在經濟上存活下來，只有當他的契約設計-使用或者有或者沒有給付，或是沒有取得額外的付款-讓他取得足夠的獲利。是否契約上的花費或者獲利全都出現在契約裡，或者真的是在隱藏的附加給付當中可以被發現，在這種關係上並不重要。就誠如已經說過的，必須要作計算，公司必須要獲利。在這裡，國家不必要去加以干預，而是必須讓企業如此去形成給付與對待給付；從上述，根據他們交易的觀點得出是經濟上有意義的。在這個範圍之外，企業的風險不被認為能由國家來承擔，像是在國家補貼的情況，

---

<sup>60</sup> 所以，在德國是通說，參考，比方 Tröndle/Fischer StGB, 53. Aufl. 2006, 6 vor §§298ff StGB; Schönke/Schröder (Heine) 27. Aufl.2006, 2n zu § 299 StGB 都有廣泛的介紹。

在世界上被認為是扭曲競爭且因此也是不允許的。為什麼這在形成給付的情形應該是有所不同的？因為，在另外一方面，在業主不知情之下，對於員工造成損失的措施-誠如已經詳細介紹過的-已經有普通刑法可以適用，除此之外，既沒有應刑罰性，也沒有國家的法律來加以處罰。

唯獨對外透明的給付形成-比方對競爭者來說-還是無法實現。不過，在私經濟領域，公平對待可能的契約一方的義務並不流行。沒有需要採用最廉價的提供者，所有的提供者也不需要都有相同的事先通知。在這裡，(可能是理性的或者也可能是不理性的)企業決定可以單獨作為風險負擔(Risikolast)的結果(只存在於企業主這方面)。

按照這裡被支持的看法，著眼於保障私法自治，結果是不允許將私經濟交易過程中的「行賄」也處以刑罰，當契約雙方對此知情且願意的時候。實務上主流的、相反的看法是根據對私法自治的一種被侷限在父權主義的(paternalistisch)或者完全是社會主義的理解。因此，私法自治只允許如此達成，像是國家對於正確交易的理想化的想法所允許的。不過，這樣卻是和簡直是社會主義的經濟理解沒什麼不同，在這種理解當中，私法自治只變成是表面的，而且在政府的保留之下被保障：一個不去保護個人法益，而是只想實行對經濟交易一個特定的理論偏見政府。這是應該被拒絕的，透過共同打破世界上大多數社會主義國家的體制，在歷史上似乎也是確實被證明的。

### 3. 結論

因此，我們可以確定，對抗貪污的觀點，首先，特別是在公領域是以一個符合正義的服務及報酬系統作為前提，並且因此描述成一個社會的問題。沒有這個系統，刑法就會陷入空轉。因為刑法總是只能用來強化規範的適用(不過從來不是為了規範的強制，這種強制在社會上已不被接受，或者基於事實上的理由不可能被接受，雖然，大家真正想要的是這個)。也導出，刑法不能去對抗文化上的慣例，一旦這些慣例，在社會上和普通法的層面上已經是無法改變。換句話說，儘管刑法是國家最鋒利的劍，可是卻只有強化的功能。

所以貪污的對抗是要在公權力的機關當中開始，而且在最後才用刑法來作結束。再度地得出，只想，或者是一開始就想用刑法的手段來對抗貪污的嘗試，是不可能成功的，而且只是加深既已存在的不公平。反之，對於私經濟的領域，對抗貪污的觀點似乎是不妥當的，因為在概念上是不合適的，而且就保障私法自治的觀點，有關的國家限制的缺乏正當性(根據競爭的純淨—die Reinheit des Wettbewerbs—也不能)也是顯而易見的。

## 1. 洗錢

## 2. 原始的思考

在對抗洗錢犯罪的情形，情況還是比較困難的。已經提到過的，只有在整個金融交易—至少從特定巨大的數目—被監控的時候，則洗錢能有效地被訴追。現在這裡有一個核心的問題。儘管現今在會計程序電子化處理與儲存的時代，監控一個公司的近乎整個付款過程可能是相對較為容易的。不過，這個技術上的可能性會碰到相當大的法律上質疑。完全監控人民的看法，最晚是根據啟蒙運動的哲學(如同 1791 年的法國憲法裡面在法律上和政治上所表達的)而已經被揚棄。現在，國家被理解成是人民的服務提供者，壓制性措施的狹窄界線是由此而產生。特別是，也是在歐洲人權公約(EMRK)被規定的隱私權(Recht auf Privatsphäre)(第 8 條)，按照新的理解，被擴大到資料保護權(Recht auf Datenschutz)的範圍。作個小結，這意味著：

- (1) 國家也不得恣意地使用所有他所支配的資料，或是作相互地連結；
- (2) 資料只允許被紀錄、儲存以及相互地被連結，倘若對此有法律的基礎，其不會在本質上侵害到隱私的基本權<sup>61</sup>。

但是，為了實現洗錢規定所必要的資料監察，使得資訊私領域的本質蕩然無存，並且因此從德國憲法上以及國際上的觀點碰到人權上的質疑。

---

<sup>61</sup> 在德國，聯邦憲法法院是從基本法第 1 條第 1 項以及第 2 條第 2 項推得資訊自我決定的基本權(das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung)，參見 BVerfGE 61,1

### 3. 刑法的規定

洗錢構成要件，就如同在德國刑法第 216 條被描述的，並且因此符合歐盟洗錢協定(EU Geldwäsche Übereinkommen)的規定，在學理上被視為是贓物罪的(在那裡，根據刑法第 259 條是具有可罰性的)特別型態。在這兩個構成要件，涉及到移轉源自可罰行為的標的可罰性。正當刑法第 259 條侷限在以財產犯罪作為前行為的同時，在刑法第 261 條洗錢罪的情形，任何的可罰行為都是可能的。

接著，透過以這種關連性<sup>62</sup>新制定的刑法第 73 條 d，根據單純的嫌疑，洗錢應該可以肅清財產。刑法第 73 條 d 的所謂擴大沒收，在一般規定方面，也可對各種財產標的宣告沒收，「當事實合理化地認為，這個標的是為了違法的行為或者是由違法的行為而被取得」(第 73 條 d 第 1 項)。法院實務樂於使用這個規定，為了對被告作如同剃光般地扣押，並造成經濟上的破產，因為所有顯現有財產價值的東西都可以在這種認知底下被包攝。就這一點，完整的證明並不是必要的，一個單純的認為即為已足。直到聯邦最高法院(BGH)<sup>63</sup>以及聯邦憲法法院(BVerfG)<sup>64</sup>的判決禁止這種被法律所規定的、浮濫的適用。兩個最高的法院都一致地確定，關於這個「犯罪來源的認定」，全部的證據必須被評價，來形成法官對於這樣來源的心證。雖然，法治國性(Rechtsstaatlichkeit)的最低標準因此而再度產生，不許誤認的是，這並不是立法者的目的，立法者用這個規定，特別是在刑法第 261 條的範圍，想要使明顯被簡化的財產肅清成為可能。

過失洗錢罪的可罰性，刑法第 261 條第 5 項(因為輕率而沒有發現可罰性的來源)造成了一個問題。證明故意的難度應可以因此而被減輕。這是高度受到質疑的，這個問題將我們再度帶拉近到嫌疑刑法(Verdachtsstrafe)。我們在底下還會再次回到這個問題。

---

<sup>62</sup> Näher Tröndle/Fischer, StGB, 53 Aufl. 2006, 1 zu § 73 d StGB

<sup>63</sup> BGHSt 40, 371

<sup>64</sup> BVerfG NJW 2004, 2073

## 5. 強化的規定

許多為了訴追洗錢的加強法，為個人以及機構規定了廣泛地答覆義務 (Auskunftspflicht)，通常是涉及到金錢。所以，不只是銀行有義務，在超過 1 萬 5 千歐元的輸送行為時要完成和參與者有關的特別紀錄，並且要保留給刑事訴追機關使用。銀行，也和其他企業一樣，譬如汽車商行、拍賣公司或是旅行社，必須保存有關的資訊，而且在有洗錢嫌疑時，有告發的義務。甚至對於律師、稅務諮詢師以及會計師也有適用，不過，辯護人享有例外。

儘管這樣，辯護人會因為這個規定而被檢察官所鎖定：在德國，職業法上規定，律師在承擔選任辯護人的工作之前，可向當事人索取預付的酬勞。現在，倘若一件財產犯罪，以經濟犯罪的形式而作為指控的標的，檢察官毫無困難地會認為有這個嫌疑：當事人所給的預付酬勞來自於犯罪所取得的金錢；因此辯護人自己有實行洗錢罪。以此方式，選任辯護人的機制，在一塊可能會完全被摧毀。一直到最近才被聯邦憲法法院所建議的解決對於問題只有些微的減輕：因此，洗錢的刑罰規定在律師有適用，只有在假使他已積極地知道金錢的犯罪來歷<sup>65</sup>。據此，在第 261 條也被規定的過失刑罰，把律師納入考慮是違憲的。

雖然，洗錢規定的整體，頗遭指責地被視為是法治國上不合適的。這個規定的極權看法讓每個國民都有一般的嫌疑，而這個嫌疑被當作是基本上違反法治國的。作為最廣為流行的刑法註釋書的註釋者的聯邦最高法院法官，得出這種結論<sup>66</sup>的時候，這正顯示，這個批評在德國是多麼地嚴厲。

除此之外，特別是，會計師、稅務諮詢師以及律師(不含辯護人)的答覆義務，也是抵觸他們職業自由的保障。不論是在民法還是在刑法，這些職業團體，就他們在實行職業行為所知悉的訊息，已被賦予拒絕作證權(刑事訴訟法第 53 條第 3 款)。為了保障這些(國家也不能干擾的、這個工作承擔者及其當

---

<sup>65</sup> BVerfG NJW 2004, 1305

<sup>66</sup> Fischer 刑法註釋書。Tröndle/Fischer, 前揭書, Rn 1 zu §261

事人之間的信賴關係作為前提的)工作的實行，立法者只有保證這個優待；因此，只有符合基本法第 12 條的憲法義務<sup>67</sup>。所以，就這一點，洗錢法的答覆義務是跟憲法相衝突的。

## 5. 濫用的型態

此外，在國際上，在金融業的嚴重濫用也可被確定。銀行喜歡讓顧客去面對突如其來的洗錢嫌疑，比方，他們想把較大的數目轉到其他的機構，因為他們對於他們銀行的服務感到不滿意。然後，這通常會造成管道立即為了慎重起見而被凍結。這樣在實際上冷卻的資本移動輕易地可以造成顧客經濟上的破產。無論如何，他現在必須詳細地證明突然的金錢來歷，一般會牽涉到大量的時間與經濟上的投入。以此方式，特別是無罪推定會失效。被牽涉的顧客，為了讓他的金錢再度解套，必須去反駁一個常常只是恣意的指控。對銀行而言，整件事反過來完全是沒有風險的：他們只有表示一個關心、合義務地去表達一個嫌疑，並且移送給負責的單位。假如後來推論出，管道方面並無不法，則這只是與嫌疑概念有關的不明確的結果。在這裡，不利於顧客的惡意性，在極少數的情形能夠被證明。

## 6. 法政策上的結果？

不過，洗錢的規定，至少在德國，在法政策上也是絕對無法成功的。儘管監督的積極度是相當高的。不但是有答覆義務的個人以及機構的資訊被處理，而且，特別是在跨國界的交易，許多警方和關稅刑事局(Zollkriminalamt)的特別佈署也被實行。特別是在(附帶一提，在歐盟會員國之內不再被監察)通往所謂租稅港(tax haven)的邊界，所以，特別是盧森堡和奧地利以及歐盟以外-瑞士，這些佈署的團隊檢查旅客，是否身上帶有超過不用申報的 1 萬 5 千歐元。當然，這樣的檢查也在國際機場被實行。根據關稅刑事局的自行統計，結論是不具說服力的。在 2003 年，單單罰鍰總計就有 1 百 40 萬歐元被宣告。

---

<sup>67</sup> 對此，詳細地，Kühne Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2006, Rn 819

共有 2 億 1 千 900 萬歐元被檢查。這並不是很多，當想到說，政治人物想要肅清國際犯罪組織的百萬及億萬財產。對於這個數目的不法金錢比例，官方統計並沒有特別多作著墨。根據內部的資訊，比例卻是只有個位數的百分比。此外，在這個不法金錢的情形，只有涉及到因為私人逃稅而被歸為不法領域的金錢。

最後，大家也知道，在組織犯罪的中間領域，資本流動的動作，用許多小配角的方式在 1 萬 5 千歐元的界線底下被進行，洗錢規定的完整戲碼的機制並無法對此加以阻止。組織的下層成員(部分在實際上是用裝滿現金的塑膠袋)被送到銀行，把這些小數目帶入付款的交易。因為通常有不同的銀行被利用，在短時間可以用這種方式運送很多錢並且因此洗錢，這是不明顯的，或者對此有所行動的。相反地，買了一輛汽車且匯了 3 萬歐元給他的車商的國民會陷入洗錢的疑似嫌疑(Vorverdacht)；車商本身在這裡基本上有義務作一個檢查的通知(Kontrollmeldung)。對於作 1 萬 5 千歐元以上購買的商人也有適用，與此相符合的也有適用。他將總是看到，陷入必須正當化這樣匯款並且證明金錢來歷的危險，交易的過程無法直接簡化，而且特別是侵蝕他的名譽，因為他持續地會有疑似嫌疑且必須證明，他不是犯罪者。

現在，這個論點一定會被反對，我不會去考慮這個被如此批評的規定的預防效果。預防 -且這是正確的- 在社會學上是無法被量測、不過儘管卻是存在的。結論上可以得出，現有的規定因此已經成功，因為資本流動的行為，對組織犯罪來說，如同國際恐怖主義，也會變得較為困難。假如從這個想法的正確性作出發，把問題留給「花費-使用」(Kosten-Nutzen)的關係。不就會涉及到，與重大的犯罪有關而無法被估算的預防成效，使得整個社會陷入刑法上的一般嫌疑，並且作全面的監控？答案必須說，「不是的」。我們從歷史知道有太多的例子，極權以及法西斯國家是在這種藉口之下被建立，最高的監控不是對國民有好處的。在德國，就這一點，我們還有納粹時期及東德時期的慘痛回憶，在那裡，國家的睿智(Staatsraison)被描述成人民的全體利益，

以求後來以這個利益之名讓人民變成是完全無權利的(Rechtlosigkeit)。考慮過這些經驗，必須被堅持，任何國家的干預權限要具體地用他對於人民的保護作用來加以衡量。一旦這不能衡量，這樣的權限就會欠缺所必須的合法性，即使當立法者對此權限通過立法時。在德國，這些衝突在聯邦憲法法院被解決。

## 7. 評價與展望

因此顯示，至少在德國，為了對抗組織犯罪及國際恐怖主義，用如此高的目標而被提出的法律，必須指出，是無法成功的，而是廣泛地在訴追逃漏稅者的場合被適用，並且在那裡也確實是成功的。

這樣的結果，從法治國的觀點是讓人震驚的。資本交易的廣泛監控，既是無法在社會上，也是沒辦法在國會取得共識的，假如就只是涉及到改善逃稅者的訴追而已。但是組織犯罪嚇人的，以及後來的國際恐怖主義的惡靈就可以讓深入且限制個人基本權的規定成為可能。只能如此思考:是否這是打從一開始就是這樣被計畫的，或者，是否大家就只是對於對抗策略的可能性有著錯誤的想像。不過，這個結果一定要導致這樣的考慮，對於已經生效的措施進行修正且導向其根本的目的。特別是，大家必須要去問，為什麼這個以這麼廣大的歡呼和時間上投入而被制訂的規定，既不是認真地用來削弱犯罪組織，也不是針對國際恐怖主義。也還是更重要的問題，為何這些機制的運作，卻是在最多是中度的犯罪的領域而被如此強烈地使用，取得至少是有限的成功。

假如這些對於洗錢的規定，事實上是著重在，或者全然只是應該對抗組織犯罪和國際恐怖主義，則被選擇的規定是較為天真的，且在無視於國際和本國付款程序的現實可能性而被發佈。在金融交易領域，在較高的層次與國際上的大公司有關係，相較之下是比較容易進行假的買賣，以求把不法的錢帶入周轉。為了對此加以阻止，不但是資金流動的監控，而且所有經濟上過程的科技上監控也是必須的。

對於應該被會計公司製作的、被公司法規定的結算(Abschlussbilanz)的信任，以現今的形式只是非常受到侷限的。一方面，實務顯示，這些公司本身只取得非常有限的了解，而且就因此感到滿意。另外一方面，會計公司對於他的委託人的依賴性經常會阻礙交易資訊的客觀討論。對此，一個比較好的例子是大公司 ENRON(安隆)的破產。在那邊，如果法定的檢查較有效率地被實行，就不會造成數十億美金的損失。例子幾乎是任意地蔓延開來的。

有鑑於這個結果，肯定是較有意義的，在全世界被內國法秩序所規範的公司，提高「會計上」檢查的要求，並且更加注意執行會計查核公司的獨立性。因此，被查核的公司，不但是在經濟上會被更加地保護，而且就不明的資金流入也可以被較佳地檢視。雖然這個要求已經明確地被收入在聯合國公約的第 12 條第 1、3 項<sup>68</sup>(儘管是和私人的貪污有關)，對我來說，目前這裡，

---

<sup>68</sup> Article 12 Private sector

1. Each State Party shall take measures, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to prevent corruption involving the private sector, enhance accounting and auditing standards in the private sector and, where appropriate, provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties for failure to comply with such measures.
2. Measures to achieve these ends may include, inter alia:
  - (a) Promoting cooperation between law enforcement agencies and relevant private entities;
  - (b) Promoting the development of standards and procedures designed to safeguard the integrity of relevant private entities, including codes of conduct for the correct, honourable and proper performance of the activities of business and all relevant professions and the prevention of conflicts of interest, and for the promotion of the use of good commercial practices among businesses and in the contractual relations of businesses with the State;
  - (c) Promoting transparency among private entities, including, where appropriate, measures regarding the identity of legal and natural persons involved in the establishment and management of corporate entities;
  - (d) Preventing the misuse of procedures regulating private entities, including procedures regarding subsidies and licences granted by public authorities for commercial activities;
  - (e) Preventing conflicts of interest by imposing restrictions, as appropriate and for a reasonable period of time, on the professional activities of former public officials or on the employment of public officials by the private sector after their resignation or retirement, where such activities or employment relate directly to the functions held or supervised by those public officials during their tenure; 9
  - (f) Ensuring that private enterprises, taking into account their structure and size, have sufficient

說明的不足(Implementierungsdefizit)是最大的。相反地，資本交易的廣泛、近乎全面的監視，用在條約當中被建議的形式和在歐洲國家當中，包含德國，被內國法化的形式，都看作是對於個人權利保障的不容許的干預，與國家權力向警察國家領域的違反法治國的擴大。以對抗重大犯罪作為藉口，國民變成全面被國家所控制的客體。已經是夠讓人吃驚的了，我們從極權國家濫權的豐富歷史所學習到的是何其少啊！

當大家仍舊想用基本的形式堅持洗錢禁止的時候，建議是說，為了減輕對於人民基本權地位的干預，關鍵性的金錢標準應該比現在的情形被大幅地提高估算。在這裡，至少要考慮到聯合國的公約，國內的立法者有個不小的判斷空間。倘若組織犯罪以及國際恐怖主義果真應該被牽涉到，今天有效的、關鍵的 1 萬 5 千歐元的數目：就顯得簡直是可笑的。在這些財經的領域，現在大家實際上並不會碰到或者是損害所意指的組織。假如在這邊-如同立法者和條約制訂者對我們的說明-事實上有好幾億美金被兌換時，則有意義的、關鍵的價值底線不會在至少是 6 或者 7 位的數目字以內。

不過，在監督這些高價值流動的情形，當事人的權利是被比較好地保護。基本上，我認為既不必要也不允許，如此寬地去掌握這個答覆的義務，像是上述在一瞬間就可以的情形。會計師、律師及稅務諮詢師應該全部從這個目

---

internal auditing controls to assist in preventing and detecting acts of corruption and that the accounts and required financial statements of such private enterprises are subject to appropriate auditing and certification procedures.

3. In order to prevent corruption, each State Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its domestic laws and regulations regarding the maintenance of books and records, financial statement disclosures and accounting and auditing standards, to prohibit the following acts carried out for the purpose of committing any of the offences established in accordance with this Convention:
- (a) The establishment of off-the-books accounts;
  - (b) The making of off-the-books or inadequately identified transactions;
  - (c) The recording of non-existent expenditure;
  - (d) The entry of liabilities with incorrect identification of their objects;
  - (e) The use of false documents; and
  - (f) The intentional destruction of bookkeeping documents earlier than foreseen by the law.

錄被排除，以求可以繼續完全信賴地跟他的當事人一起工作。銀行必須維持也許是有限的答覆義務。當然，造成沒收或者凍結管道的機制應該提供當事人比較好的保護。對此，不但是絕對的法官保留，而且成立嫌疑的高度事實也包括在內，因此，這些措施不許，(像今天所習以為常的)根據單純的臆測而發生。

按照上面這些，在我看來是清楚的，在這些領域，目前的措施顯然是值得改善的，絕不意味著，壓制性的螺絲冒應該繼續地被旋緊。

對抗貪污以及洗錢的國際規範。轉換成國內法的可能性與批評