德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 42, 15 —協助被告聯繫辯護人*

上

文／王士帆、林萱恩

【導言】

被告 A 涉犯殺人罪。A 假日在警局接受初次詢問前，警察 P 依法告知 A 緘默權和選任辯護權。A 遂向 P 表示想請求律師協助，但不認識任何律師，P 隨手拿 1 本律師公會電話簿給 A，裡面刊登律師名冊。A 挑了幾所律師事務所，打了電話過去，由於適逢假日，沒有律師事務所接聽電話。P 原本就盤算在 A 與律師諮詢前即進行詢問，認為這是「偵查上更有勝算的伎倆」，故未協助聯絡。P 尤其未告訴 A，法律扶助基金會有「檢警第一次偵訊律師陪同到場專案」，於一定條件下為初次接受訊問之被告提供免費律師服務。A 無奈之虞，向 P 自白犯案經過。試問 A 自白有無證據能力。

上述案情改編自德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 42, 15[1]，並加入本土化元素。這則 1996 年的德國裁判，至今仍是德國刑事訴訟法教科書的經典素材[2]。BGHSt 42, 15 之所以受到矚目，原因在於德國警察訊問被告時，已依當時法律，完整踐行辯護權之權利告知義務，亦即，有告知被告「得隨時，甚至在訊問前，諮詢所選任之辯護人」（德國刑事訴訟法第 136 條第 1 項第 2 句、第 163a 條第 4 項第 2 句），但 BGHSt 42, 15 仍認為警察違法取得被告自白，應形成證據使用禁止效力。但毀譽參半的是，BGHSt 42, 15 延續德國聯邦最高法院 BGHSt 38, 214 首創的證據使用禁止異議方案[3]，以被告未對違法取證提出異議為由，認為不生證據禁止效力，結局雷大雨小。

撇開異議方案的敗筆不談，BGHSt 42, 15 關於警察未積極協助被告聯絡律師，以有效實現被告選任辯護權，據此構成證據使用禁止的價值立場而言，頗受德國學界讚揚，諸如「在德國聯邦最高法院辯護權裁判中，BGHSt 42, 15 以開創性裁判的身分榮登刑事司法史」[4]、「很少有刑事訴訟法裁判可以比 BGHSt 42, 15 獲得更多的贊同，各方不僅認為其寫下刑事法之歷史，也樂見其提升被告主體地位」[5]。依 BGHSt 42, 15 見解，警察應積極協助被告行使選任律師之機會，對警察只提供職業分類電話簿給有意尋求律師協助的被告，而未積極告知律師緊急服務處電話號碼，表示：「被告於警察詢問階段請求諮詢辯護人，警察卻希望繼續詢問時，若被告先前未與辯護人諮詢，則警察只有再次告知被告有受辯護人協助權，而被告明示同意繼續詢問時，警察之繼續詢問始為合法。惟被告明示同意前，警察必須先盡力以有效方式協助被告建立與辯護人之間的聯繫」[6]。

解讀 BGHSt 42, 15 的觀點，在指已被依法進行辯護權之權利告知的被告，當請求在陳述前能選任辯護人並與之諮詢時，警察只能符合雙重要件下，始能繼續詢問被告[7]：第一，被告再次受到權利告知後，仍明確對警察詢問表示同意；第二，警察有善盡真摯之努力協助被告以有效的方式尋找辯護人。本案中，「有效協助方式應是將律師緊急服務處之電話號碼告知被告」[8]。據此，BGHSt 42, 15 認為當被告希望於受警察詢問前行使與辯護人諮詢的權利，卻未能獲得協助時，被告程序地位往往已受侵害，故而產生證據使用禁止效果[9]。

法與時轉則治，1996 年 BGHSt 42, 15 督促偵查機關積極協助被告實現辯護權的「法官法律續造」見解[10]，終於在 2017 年成為德國實定法內容：德國《刑事訴訟法》（StPO）2017 年 8 月 27 日公布、9 月 5 日生效的第 136 條初次訊問被告之權利告知義務修法[11]，於第 1 項增訂第 3 句及第 4 句：「被告於訊問前有意和辯護人諮詢時，應提供其容易接觸辯護人之資訊。此時，應告知有律師緊急服務處」[12]。德國新法之立法目的，在轉化歐盟 2013 年刑事程序之律師協助權指令[13]第 3 條第 4 項「會員國應致力於對犯罪嫌疑人或被告提供一般性資訊，以利其取得律師協助。在不違反內國法關於律師強制在場之規定下，會員國應採取必要的配套措施，以確保被剝奪人身自由之犯罪嫌疑人或被告得以有效行使律師協助權，但依第 9 條放棄此權利者，不在此限」。上述歐盟指令的要求，事實上已是德國實務日常。這個實務日常的源點，德國新法立法理由明白指出乃出自 BGHSt 42, 15，2017 年新法不過是將德國實務見解立法化[14]。鑒於 BGHSt 42, 15 在協助被告行使辯護權的比較法意義，以及德國 2017 年新法落實該實務觀點的啟發性，筆者不揣淺陋譯介，以饗同好。

【裁判要旨】

1. 被告於警察詢問階段請求諮詢辯護人，警察卻希望繼續詢問時，若被告先前未與辯護人諮詢，警察只有再次告知被告有受辯護人協助權，而被告明示同意繼續詢問後，警察之繼續詢問始為合法。惟被告明示同意前，警察必須先盡力以有效方式協助被告建立與辯護人之間的聯繫（延續 BGHSt 38, 372）。

2. 關於詢問被告違反上述原則之證據能力（延續 BGHSt 38, 214; 39, 349）。

3. 關於臥底線民資訊之證據能力。

【理由】

原審以被告 L、S 與 G 犯謀殺罪為由，均判處無期徒刑。

I. 被害人 Be 於凌晨 2 時在漢堡市聖保利區塔爾斯街（Talstraße）上的一個後院裡，身中 4 槍死亡，其中至少第 1 發子彈是從埋伏的地方射出。

1. 槍擊發生後，兩名大學生立刻目擊 1 名男子從大門入口出來，和另 1 名已站在路邊、身形較高大的男子一同逃跑。在塔爾斯街上亦有路人們看見兩名男子逃跑，並注意到那兩名男子頭戴彩色棒球帽。證人 R 和 W 聽到槍聲，往 3 樓窗邊一探，看見兩名頭戴彩色棒球帽的男子，1 輛緩慢駛動的 BMW 將此兩名男子接走。其中，證人 R 在相距 25 至 30 公尺處認出該輛 BMW 車牌號碼；該車牌是發給被告 L 之妻所有的 BMW。警察於剛過凌晨 2 時 30 分不久，便開始監視 7 公里外被告 L 的獨棟房屋；掛有前述車牌的 BMW 此時正停放屋外空地，屋內亮著燈。2 時 58 分，Bi（L 的朋友）駕駛其汽車抵達。3 分鐘後，3 名被告從房屋走出，Bi 載著 S 和 G 離開，L 則回到屋裡。S 和 G 於離開時隨即被捕。被告 L 則於 3 小時後欲駕車離開時，遭到逮捕。

2. 事實審法官認定：S 開槍致被害人死亡，比 S 高大的 G 在大門入口把風，而 L 為接應大家離開，在 BMW 裡等待前兩位被告。被告 S 和 G 在案發 4 天前，從義大利西西里島飛往德國美茵河畔的法蘭克福；L 從法蘭克福載他們前往漢堡，安頓於家中。L 是促使 S 和 G 前來漢堡之人。而關於犯罪動機，原審判決理由表示：「Be 因賭債關係，重傷漢堡市聖保利區賭場內的 1 名男子，賭場為此決定除掉 Be。「大家知道 L 在賭場有『影響力』」。L 自願或受託從西西里島招聘殺手來漢堡殺害 Be。」

3. 3 名被告在審判期日未作陳述。但他們被捕後，曾於警察與羈押法官面前否認槍殺 Be，並表示：G 為買車，由 S 陪同前來漢堡。兩人皆表示從傍晚到夜間之數小時內，他們都停留在聖保利區，惟供述細節有所出入。L 聲稱在 21 時或 22 時左右，單獨駕駛其越野車到聖保利區找 S 和 G，但未找到人。

4. 事實審法官強調以下事情：兩名大學生、其他路人、證人 R 跟 W 目擊事發經過的緊密時間關連性，此外，被證人 R 辨識出的汽車車牌屬於被告 L 的家人，以及被告 S 和 G 訂了回程日期非屬必要之深夜航班。然而，被告主張：「原審確信被告 3 人為正犯的心證，乃建立於他們被逮捕

（文轉三版）

註釋

* 本文為行政院科技部補助專題研究計畫（MOST 105-2628-H-305-002-MY2）成果之一。

1 BGH, Urt. v. 12. 01. 1996 – 5 StR 756/94. Hierzu Beulke, Muß die Polizei dem Beschuldigten vor der Vernehmung “Erste Hilfe” bei der Verteidigerkonsultation leisten?, NStZ 1996, 257 ff.; Hamm, Staatliche Hilfe bei der Suche nach Verteidigern – Verteidigerhilfe zur Begründung von Verwertungsverboten, NJW 1996, 2185 ff.; Roxin, Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsulattion in der neuesten Rechtsprechung, JZ 1997, 343 ff.

2 如 Beulke/Swboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., 2018, Rn. 13; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2016, § 6 Rn. 53; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., 2017, § 19 Rn. 6 u. § 24 Rn. 34.

3 關於德國法證據禁止之異議方案，參見王士帆，〈違反緘默權告知義務之證據禁止——以德國法作比較觀察〉，《政大法學評論》，120 期，2011 年 4 月，頁 227-236。應注意，德國聯邦最高法院近來有侷限異議方案之例，參見 BGHSt 61, 266 (BGH, Urt. v. 06. 10. 2016 – 2 StR 46/15)。

4 Müller, Anm. zum BGHSt 42, 15, StV 1996, 358.

5 Roxin, a. a. O. (Fn. 1), 343 f.

6 BGHSt 42, 15 Leitsatz 1.

7 Roxin, a. a. O. (Fn. 1), 343.

8 BGHSt 42, 15, 20.

9 BGHSt 42, 15, 21.

10 Beulke, a. a. O. (Fn. 1), 262.

11 BGBl I, 2017, S. 3295.

12 § 136 Abs. 1 S. 3, 4 StPO: “Möchte der Beschuldigte vor seiner Vernehmung einen Verteidiger befragen, sind ihm Informationen zur Verfügung zu stellen, die es ihm erleichtern, einen Verteidiger zu kontaktieren. Auf bestehende anwaltliche Notdienste ist dabei hinzuweisen”

13 Richtlinie 2013/48/EU, ABlEU, 2013, L 284/1. Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., 2018, § 136 Rn. 10a.

14 BT-Drucks. 18/9534, 05. 09. 2016, S. 22.

JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每週全年 費用新臺 如蒙 請郵 帳 5005 帳 司法院

（文接二版）

後所作出之供述。然而此些供述既不可信且自相矛盾，反而是應認定被告並非正犯之重要證明。」

II. 3 名被告一致提出 1 項程序指摘，主張被告 G 被逮捕後之傍晚受到警詢，儘管其當時欲於陳述前先行使辯護諮詢權（德國刑事訴訟法第 136 條第 1 項第 2 句、第 163a 條第 4 項），警察卻仍繼續警詢。這項指摘揭示足以成立證據使用禁止之程序違法，惟本庭認為，被告方並未在原審審判期日對 G 警詢自白之證據使用及時異議，因此系爭指摘不生效力。

1. 對於判斷被告所指摘之程序違法的關鍵事實情況，本庭以自由證明方式調查認定。基此，本庭心證基礎如下：

G 於接受警詢前，透過通譯 Ga 之協助，已被依法告知德國《刑事訴訟法》第 163a 條第 4 項及第 136 條第 1 項第 2 句關於刑事被告享有之權利。於是，G 先表示其「於某些點」願意陳述，隨後卻「立刻」表示，考慮其所涉犯罪名之嚴重性，故欲請求「法律協助」。惟其無法提出任何律師名字，通譯則以職業專業性為由拒絕提供辯護人名字。警察因而提供 G 1 本職業分類電話簿，內容記載各個於漢堡合法開業之律師。一開始，G 並未使用這本電話簿。其後，G 提出律師 Ra 的名字，電話簿上記載此律師通曉義大利語，但晚間時段無法聯繫該律師。警察 K 原本即有意於 G 未先與律師諮詢的情況下進行詢問，其認為此般作法乃「偵查意義上更有勝算之措施」，警察遂「未提供更進一步協助」。警察尤其未告訴 G，於漢堡夜間及深夜時段可藉由電話聯繫律師緊急服務。因而，在 G 表明其願意「陳述有利於己之部分」後，警方進行了長達 11 頁紀錄之詳細詢問。G 被詳細詢問他前來德國旅行及深夜啟程返國之理由，以及 3 位被告如何度過前一晚及後續的深夜。

2. 被告 3 人上訴法律審，其參照本院刑事第 4 庭 1992 年 10 月 29 日之判決（BGHSt 38, 372）正確主張：詢問人員以不合法方式阻礙被告 G 於受詢問前行使諮詢辯護人的權利（德國刑事訴訟法第 137 條第 1 項第 1 句連結第 136 條第 1 項第 2 句）。

a) 本案情況不完全符合 BGHSt 38, 372 案情，該裁判案情乃被告被拒絕與其認識之辯護人接觸，惟本案被告 G 於接受詢問時仍不知應向誰請求「法律協助」。儘管如此，本案仍可適用 BGHSt 38, 372 提出之法律原則，原因為被告 G 於警詢一開始便「立刻」表達希望獲得律師協助。而被告於受權利告知後，若要求於詢問開始之前與辯護人交談，則此時為滿足上述目的，詢問人員應立即停止詢問（BGHSt 38, 372, 373）。

b) 於此情況下，當警察有意繼續詢問時，若被告先前未與辯護人諮詢，則警察只有再次告知被告有受辯護人協助權，而被告明示同意繼續詢問後，警察之繼續詢問始為合法。惟在被告明示同意前，警察須先盡力以有效方式協助被告建立與辯護人之間之聯繫。由於被告經常因所發生之事而迷惘，且因不習慣之環境而受壓迫及威嚇 ── 尤其在受逮捕的情況更是如此 ──，故上述一切有其必要性（BGHSt 38, 214, 222）。

此外，被告接受訊問卻沒有辯護人協助時，為對此訊問之合法性不生懷疑，故允宜記錄訊問之必要過程與聲明（參閱 BGHSt 38, 214, 224）。

c) 本庭認為，警察於本案欠缺必要之努力。一般而言，警察通常不會推薦特定辯護人，以免令人形成警察與特定辯護人緊密合作之印象。若警察以純粹之「假意行動」欺瞞被告，使其誤以為警方有協助聯繫律師意願，並且為試圖繼續詢問，利用一開始已預期被告無法成功聯繫律師及其因此產生之沮喪情緒，乃不合法之手段。若僅單純地將漢堡市職業分類電話簿交予被告，縱使電話簿內之關鍵字「律師事務所」下，有眾多開業登記，提供此電話簿仍無任何助益。事實上，鑒於本案情況特殊，此種作為反而使不諳德語之被告 G 相信無法立即聯繫辯護人。於此，有效協助方式應是將律師緊急服務之電話號碼告知被告，惟警察卻捨此不為。

d) 於警察詢問一開始，被告雖有被依法告知德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句及第 163a 條第 4 項規定之權利，藉此得知其可透過拒絕答覆以迴避詢問，惟此無法擔保被告乃自願放棄其曾經主張過之辯護人諮詢權。此處之所以構成程序違法，並非因被告不知悉其權利，而是因其權利行使上存在缺陷（參閱 BGHSt 38, 372, 375 以及 Ransiek StV 1994, 343; Roxin JZ 1993, 426 f.）。

儘管訊問人員未以詐欺或強制等德國《刑事訴訟法》第 136a 條所禁止之方法，而促成被告接受訊問的意願，但單單如此，並不足以認定被告有效放棄起初已有主張的律師諮詢權。若依照刊印在 NJW 1993, 2903, 2904 f. 之本院刑事第 3 庭對德國《刑事訴訟法》第 136a 條之裁判見解，其認為被告在該案乃有效放棄權利，惟本庭至少因為本件案情與之不同，而不能依循其見解。被告在刑事程序中選任信賴的律師實施辯護之權利，屬於德國《基本法》第 2 條第 1 項結合法治國原則所保障之公平審判權利（BVerfGE 38, 105, 111; 39, 156, 163; 66, 313, 318；也參閱歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 3 款）。故相較於德國《刑事訴訟法》第 136a 條所保護之被告意思決定和意思活動免受侵害之權利，律師協助權更為廣泛。

3. 本案中，詢問人員之手段足以使被告 G 之警詢陳述形成證據使用禁止。如同本院先前所闡釋（BGHSt 38, 372, 373 f.），並非任何違法取證均逕自形成證據使用禁止之效果。確切而言，對於肯定或否定使用禁止之問題，特別會對處於法治國原則裡互相對立之憲法誡命和目的為權衡決定（關此，參閱 BGHSt 38, 214, 219 ff.）。當所違反之程序規定，其目的乃作為保障被告程序法地位基礎者，可想而知違反該規定會產生使用禁止效果。被告得由辯護人提供法律協助機會，即屬刑事被告最重要權利之一（BGHSt 38, 372, 374）。準此，當辯護人未被通知訊問被告之日期時，被告訊問筆錄應被認為產生使用禁止（BGHR StPO § 168c Abs. 5 Satz 1 Verletzung 3）；當被告被禁止與其辯護人聯繫時，更應產生使用禁止（BGHSt 38, 372, 374）。儘管於本院刑事第 4 庭（BGHSt 38, 372）裁判之案件中，被告於詢問前之辯護人諮詢權係受到特別嚴重之妨礙，然而，於同樣侵害與辯護人接觸權之情形，不得根據個案情況與被告陳述內容區分各案件存在不同重要性。禁止區分個案重要性之理由，除法安定性外，尚有鑒於辯護於公平審判程序之高度地位，當被告希望受詢問前與辯護人諮詢之權利遭實際破壞時，被告程序法地位往往已受侵害。

4. 不過，被告 G 提出證據使用禁止之主張卻無效，因為於原審之審判期日，G 對於使用警察詢問之自白作為證據並未表示異議或未及時異議。於此條件下，系爭自白不生使用禁止效力。就此而言，其情形與 BGHSt 38, 214 和 BGHSt 39, 349 之裁判案情相符，再者，亦同樣是以被告訊問之證據能力為審理對象（參見 BGHSt 38, 214, 225）。

a) 本庭於 BGHSt 38, 214, 225 和 226 已表示，違反德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句緘默權告知義務取得之自白，若有辯護人之被告對自白之使用，並未於德國《刑事訴訟法》第 257 條所規定之時點前聲明異議，則自白不生證據使用禁止。本庭已注意到有反對聲音（Fezer JR 1992, 385，亦見 Widmaier NStZ 1992, 519），但仍堅持本庭原先見解（BGHSt 38, 214, 225, 226），並認為異議必要性，不僅適用於德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句緘默權告知義務之瑕疵，亦適用於本案被指摘之情形，亦即，德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句告知義務所預設之權利 ── 於任何程序階段，包含警詢之前，被告有受律師協助之權利（刑事訴訟法第 137 條第 1 項第 1 句）── 已遭受阻礙。無論是本案情形或警察未依德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句及第 163a 條第 4 項告知被告權利，此些指摘皆同樣涉及德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句告知義務所預設之權利，即律師協助權及緘默權。此兩項權利以類似方式確保被告權利地位。不同於 BGHSt 38, 214 裁判案情，即便本庭現正審理之案件並未涉及被告之權利告知，而是與被告實行律師協助權有關，惟所可考慮之指摘卻有清楚的內部關連性：與辯護人諮詢，應可使被告有能力妥適作出一項屬於其權利之決定，即是否願意陳述之權利。

本庭見解為，法律審上訴人於遇有權利告知瑕疵之案件，僅能在事實審審判期日有及時聲明異議之情況，始能主張證據使用禁止。此一見解，近來已被本院刑事第 1 庭 BGHSt 39, 349, 352 確認。儘管上訴人正確指出，本院刑事第 4 庭 1992 年 10 月 29 日之判決（BGHSt 38, 372），乃關於侵害辯護人諮詢權所取得之被告陳述證據能力，該判決並未提到事實審審判期日聲明異議之必要性。惟本庭認為，刑事第 4 庭裁判之案情無須敘述異議必要性，因為 ── 如同本庭在法律審審判期日依自由證明調查後所認定的（但刊印在 StV 1995, 283, 286 的本庭徵詢裁定之調查認定是不正確的）── 辯護人已反對將自白作為證據。於類似情形，亦即訊問證人卻違反德國《刑事訴訟法》第 168c 條第 5 項之通知被告義務，本院更早之前便已認為審判期日之異議為證據禁止條件（BGHSt 31, 140, 145; BGH bei Pfeiffer/Miebach NStZ 1986, 207）。

關於證據禁止之聲明異議，本庭亦堅持最遲應於德國《刑事訴訟法》第 257 條規定之時點前向事實審法官為之。異議有助於程序迅速誠命，而不會施加有辯護人之被告無法期待之要求。被告於證據調查結束前撤回異議，讓法院使用其自白作為證據時，此非被告之不當決定。

於上述情況下，本庭認為，要求本案也應具有及時異議之必要性，並不生法律上疑慮。對此，本案乃本庭延續 BGHSt 38, 214 裁判而擴大證據使用禁止之案例。本案事實審法官審判時，已知悉 BGHSt 38, 214 及採納其見解之本院刑事第 1 庭 BGHSt 39, 349（該裁判表示異議乃證據使用禁止之條件）。

（下期待續）

（作者王士帆為臺北大學法律系助理教授、林萱恩為成功大學法律研究所碩士生）