德國聯邦最高法院刑事裁判BGHSt 42, 15
—協助被告聯繫辯護人 下

文／王士帆、林萱恩

（文接上期）

BGHSt 38, 214 關於訊問被告時告知義務之案情，與本案認為應從告知義務推導出之權利行使（辯護人諮詢權）義務類似，以致於同樣要求異議必要性。本庭1995年12月20日之提案裁定（5 StR 680/94）採取的過渡見解，其涉及者乃類似訊問之情況，惟本案案情卻為正式訊問，兩者僅於一定條件下具有可比較性。

b) 於本案，被告 G 未及時就警詢自白之使用提出異議。（以下略）

5. 另 2 名上訴人 L 與 S 亦不得主張證據使用禁止。他們── 只要應由他們決定證據禁止者 ── 同樣未提出異議。（以下略）

由於兩名被告於原審審判期日未就證據使用聲明異議，其法律審上訴並無理由，本院因此沒有機會審查以下問題：於本案之程序瑕疵，上訴人得否主張其他共同被告之律師接觸權（參見德國刑事訴訟法第 136 條第 1 項第 2 句）受到妨礙，而非以自己之律師接觸權被妨礙作為上訴理由（僅見 BGHR StPO § 136 Belehrung 5，關此 Dencker StV 1995, 232）。

III.（……）

IV. 對於原判決之實體法指摘，僅被告 L 之主張乃部分有理由。

事實審法官形成被告 L 是謀殺 Be 之共同正犯（德國刑法第 25 條第 2 項）的確信依據之一，乃 L「為了真正的任務委託人而實施犯罪」。於此，與事實認定有關者為，被告 L 自願或受託自西西里島招聘殺手前往漢堡殺害 Be。此一認定，僅以警察 Fi 之證詞為憑據。證人Fi作證表示：「他從一名臥底線民得知，L 在賭場有一定權勢，而後拜託合夥人和朋友 F 與 O 讓他解決問題，因為他在西西里有非常好的關係；為了『實施犯罪』，L 從 F 與 O 處拿了錢」。然而，此名臥底線民卻從未出現於法庭，原判決理由亦未提到臥底線民身分、其與被告們之關係，以及何時、從誰、以何種方式得知這些透露給 Fi 之資訊。此外，原審判決理由亦未提到可充分證實臥底線民資訊之其他證據。

a) 原審如此之證據評價，並未符合評價傳聞證人所必須具備之法律上要求。若 1 名證人援用線民之說法，而法院對線民身分並不知情，則線民之說法僅於有其他重要證據加以佐證時，始可列入心證考量（BGHSt 17, 382, 385 f.; 33, 83, 88; 33, 178, 181; 36, 159, 166; 39, 141, 145 f.; BGHR StPO § 261 Zeuge 13, 15, 17; § 250 Satz 1 Unmittelbarkeit 3; BGH Beschl. vom 31. Oktober 1995 – 5 StR 479/95；亦參見德國聯邦憲法法院，NStZ 1995, 600）。本案中，證人 Fi 援用臥底線民之陳述，然而臥底線民之陳述卻未獲得證實。

b) 根據上述情況，應認定如下：即便沒有證人 Fi 之證詞，亦有充分可靠之理由認為乃被告 L 促使另兩名共同被告 G、S 前來德國漢堡，L 到法蘭克福接人，安排兩人在他家過夜，並且一早讓別人從他家接走他們 2 人。再者，就算不考慮 Fi 證詞，當事實審法官基於證人 A. Be（被害人侄子）與 Ar. 之證詞，而確信被告是賭場領導人物，以及 Be 曾因賭債重傷另 1 名賭客時，此心證仍有相當根據。因此，縱使沒有證人 Fi 之證詞，綜合已調查認定之整體外在情況，尤其關於犯罪過程與被告 L 在案發前晚、當晚之涉入關係，仍可得出被告 L 於被害人 Be 被謀殺之前，已知悉兩名共同被告計畫案發當晚進行謀殺；

若無證人 Fi 援用臥底線民之陳述，本庭不排除事實審法官可能會對被告 L 之調查認定有所懷疑。

儘管如此，事實審法官認定 L 為了賭場「真正的任務委託人」而「實施犯罪」，此一認定僅以證人 Fi 轉述 1 名臥底線民之未經證實的資訊為證據，因此根據上述法律原則，此證據並非充分可靠。由於事實審以此證據認定被告 L 為共同正犯，原審以共同謀殺判決被告有罪之判決，無法維持。據此，本庭必須撤銷被告 L 之有罪判決。本庭並不排除更審之事實審法官也許對該名臥底線民進行證人訊問，或基於進一步之證據方法後，調查確信被告 L 實際上具有共同正犯地位。因此，鑒於經本庭維持的原審無法律瑕疵之事實認定部分，被告 L 雖然可能成立幫助謀殺罪，但本庭並不限制原審僅可依此改判。

（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）

（文接二版）

略的關鍵在於，當行為人同時也是投資人的情況下，行為人個人也將會是「金融秩序」此一超個人法益中之一環，則行為人本身投入之資金越多是否真的造成越高的法益侵害程度？如果我們把案例代換成竊盜罪可能會更容易理解，倘若行為人竊取自己的財物，是否仍會成立竊盜罪呢？多數人的看法可能都會是否定的，然則為何行為人違法吸取自己投資的金額，有加重處罰的必要呢？

肆 爭議剖析

為何會有共同正犯投資之資金無須扣除之見解形成？撇開計算正犯及共犯投資金額將增加實務操作難度的想法，舊法條文用語為「犯罪所得」，與刑法沒收章利得沒收用語相同，最高法院顯然是受到舊法條文用語的混淆[4]。在本決議討論過程中也可以明顯看出最高法院是以「沒收」的角度在作思考，如本決議討論中的乙說「共同正犯之投資金額不失為成本費用，若連被告都不肯投入資金或購買其投資產品，如何說服多數人或不特定之人購買呢？共同正犯之投資行為具有成本報酬效應，足以使多數人或不特定之人卸下戒心，故其投資金額亦應為犯罪所得之一部，無須扣除。如販毒者所購入毒品，其成本亦未從犯罪所得中扣除……」，或決議最終修正文字「雖然該項資金來源係共同正犯之一，原屬於該共同正犯個人所有，但該資金一旦被吸收以後，其性質已經轉變為該共同正犯與其他正犯共同違法經營銀行存款業務所得之財物，應屬於該共同正犯與其他正犯共同犯罪所得之一部分，而不再屬於該被吸收資金之共同正犯所有，該共同正犯僅能以存款人之身分主張其權利（例如本金償還請求權及利息支付請求權），而不能以該資金原係其所有，而認為非其犯罪所得。」

所幸，「一億加重條款」已於107年1月31日修正，將用語從「犯罪所得」調整為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，修法理由亦明白表示藉由修法達到與沒收章區別用語之目的[5]。

然而觀察最高法院修法後之見解，以最高法院 107 年度台上字第 613 號刑事判決為例，竟沿用舊法「犯罪所得」之用語以及本決議內容，甚至指摘原審判決扣除共同正犯繳納之金額為適用法則不當之違背法令！

若將新法以文義解釋角度切入觀察，條文用語為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，行為人所投資之金額顯然是原本就屬於行為人的財產，而不是因犯罪所獲取，故依照文義解釋，實務操作上亦應採取「扣除說」。

伍 建議代結論

就本文觀察到的實務現況，不少原本單純的投資人收到前幾期利息後，基於「好康道相報」以及順便賺一點傭金的心態介紹自己親朋好友加入，其本身根本沒有違犯銀行法的犯意，然而在現行實務對於共同正犯之成立採取極為寬鬆認定之趨勢下[6]，多數銀行法案件都存在被告同時是受害人的情況，即便是受害大戶亦同，也因此產生了自己受害金額越高，刑度越重的不合理現象。

其實本決議討論過程中「應扣除說」的理由非常值得參考，其提出包含行為人或共同正犯自身，就不是銀行法規範之「多數人或不特定人」，其投資行為當然也不會是銀行法違法吸金罪要處罰的對象，更遑論成為加重要件的基礎。再者，「應扣除說」對於加害者和受害者雙重身分的觀察也很正確。反之，「不扣除說」見解操作下將使得共同正犯受害越深的同時，刑責越重，顯然不合情理。

除了目的解釋的觀點外，依照新法文義解釋亦應採取「應扣除說」。然而從過往實務見解變革之經驗來看，倘要等下級審勇於挑戰勢將耗時良久，期許最高法院勇敢揮別過往，主動作成不再參考最高法院 102 年第 13 次刑事庭決議之新決議，將金融七法之「一億條款加重要件」從沒收的糾纏中解放出來。

（作者為竑德法律事務所律師）

註釋

上字第 1 號判決，月旦刑事法評論，第 1 期，2016 年 6 月，第 12 頁。朱清奇，論銀行法第 125 條違法匯兌「犯罪所得」之計算－以最高法院 106 年度第 15 次刑庭決議為中心，司法周刊，第 1892 期，2018 年 3 月，第 2 版。

5 立法理由「……『犯罪所得金額達新臺幣一億元』之要件與行為人主觀之惡性無關，故是否具有故意或認識（即預見），並不影響犯罪成立，是以犯罪行為所發生之客觀結果，即『犯罪所得』達法律擬制之一定金額時，加重處罰，以資懲儆，與前開刑法係因違法行為獲取利得不應由任何人坐享之考量有其本質區別……」。

6 非本文重點，暫不討論。