

關於「律師辯護權剝奪」之判決

BVerfGE22,114-124 【律師辯護權剝奪案】

聯邦憲法法院第二庭 1967.6.28 判決

— 2BvR 143/61 —

蕭 文 生 譯

裁判要目

裁判要旨

裁判主文

裁判理由

A 爭點

I 案例事實

II 訴願人之主張

III 相關單位意見

IV 訴訟結果

B 憲法訴願合法且有理由

I 憲法訴願合法

II 該項判決並未侵害訴訟上之基本權

III 基本法第十二條第一項－職業自由之保障

1. 基本法第十二條第一項－為

本案審查標準

2. 聯邦最高法院援引之條文不足以作為限制職業自由之法律基礎。

3. 習慣法亦得作為限制職業自由之法律基礎。

a 先於基本法制定前存在之習慣法始符合法律保留原則

b 帝國法院之觀點

c 習慣法之限制

IV 原判決違反比例原則及違憲侵害職業自由

V 原判決應予廢棄

裁判要旨

有關辯護權之剝奪

第二庭 1967 年 6 月 28 日判決

— 2BvR 143/61 —

本案係律師對於聯邦最高法院 1961 年 3 月 2 日之判決（3 StR 49/60）所提起之憲法訴願

裁判主文

聯邦最高法院 1961 年 3 月 2 日之判決 — 3 StR 49/60 — 侵害訴願人依基本法第十二條第一項所享有之基本權，該項判決應予以廢棄。

裁判理由

A 爭點

I 案例事實

本案訴願人被 Schreiner 先生，居住於 Düsseldorf，就其在 Düsseldorf 邦法院第四大刑庭所進行的、危害國家罪主訴訟程序中指定為選任辯護人。檢察機關對於該程序所為之無罪判決提出上訴。訴願人希望在上訴法院

亦能代理被告。聯邦最高法院第三庭庭長於 1961 年 1 月 27 日至函給訴願人，並給予訴願人針對該庭就其在國家保護事件中作為辯護人之法律上疑問提出說明之機會。在庭長之書函中表示，訴願人為德國社會統一黨（SED）黨員，住所於東柏林、其在德國社會統一黨或德國共產黨（KPD）重要之訴訟程中法院所熟知的代理方式、其在德國社會統一黨所舉辦活動中之行為，其論述以及在東柏林被任命為教授，凡此種種共同無可避免地指出，訴願人於德意志聯邦共和國之國家保護事件中，自願附屬於德國社會統一黨且依其指示行使辯護職務，在必要時甚而將違背被告合法之利益。訴願人在本程序中亦具相同之態度或亦將保持相同之態度，此項情形，在本判決效力內將使訴願人依法被排除作為辯護人之資格，尤其是在涉及德意志聯邦共和國國家保護事件時。

刑庭希望給予訴願人對上述問題能藉由提起憲法訴願加以澄清之機會。惟訴願人並未作任何說明，而是對於第三刑庭所公布之判決提出憲法訴願。就此刑庭於 1961 年 3 月 2 日之刑事案件 3 StR 49/60 和 3 StR 52/60 下列相同內容之判決，且在 1961 年 3 月 13 日送達給訴願人：某律師教授博士依法不得為辯護人。

聯邦最高法院以聯邦律師法（BRAO）第一條、第三條、第十四條及刑事訴訟法（Stpo）第一百四十六條

爲其判決之依據。作爲司法組織之辯護人，依其職務不但必須獨立於國家，亦須獨立於任何在刑事訴訟程序中與被告利益相互衝突之個人或團體，亦必須獨立於濫用加諸被告訴訟程序以遂行其政治目的之個人或團體。此項要求乃基於專門職業法及刑事訴訟法之規定且適用於任何個別之律師。被告不得放棄遵守此項規定，就如同不得放棄遵守其他強制性的程序保障一樣。

自訴願人在其他刑事訴訟程序中依德國社會統一黨之指示從事辯護，基於其世界觀所具有之黨員身份，基於在“新德國”（Neuen Deutschland）常常有對於被告認可之報導；除此之外，基於其對於聯邦共和國之刑事法毀謗性地公開論述及基於其對西德民主法治重新回復具有重大貢獻而被任命爲教授之事實，聯邦最高法院認爲訴願人至少在國家保護事件及在針對某某某之程序中依德國社會統一黨之指示從事辯護行爲。因此其所爲之辯護乃是不合程序的，而不須去審查其對於個別訴訟行爲是否有所影響。

聯邦最高法院繼續指出，有關個案之駁回，審理之刑庭必須加以決定，蓋被告是否獲得合乎程序之辯護並不屬於律師專門職業法規之問題，而係在義務及選任辯護事件中皆應依職權審查。1959年聯邦律師法，尤其是第三條第二項就此並未作任何改變。

II 訴願人之主張

1961 年 4 月 9 日訴願人對聯邦最高法院 1961 年 3 月 2 日就……之刑事判決提起憲法訴願。其指摘該判決侵害了基本法第二條、第一百零一條第一項第一句、第一百零三條第一項及第一百零三條第二項與第二十條第三項，並且陳述如下：該項應撤銷之判決因違反法治國原則及牴觸基本法第一百零一條第一項第二句和第一百零三條第二項，侵害基本法第二條第一項，因而不屬於合憲之規範。該項判決之主文和理由乃是相互矛盾的，蓋其一方面確認一般性地排除辯護之職務，但在理由中卻又將該判決之效力限於現行繫屬的訴訟程序。

訴願人並未明知，即使僅限於個案中，有侵害基本法合憲規範之行爲，對於其所爲之責難乃是基於一連串無法證明或被曲解之間接證據。

III 相關單位意見

聯邦法務部部長意見如下：基於刑事訴訟法第一百四十六條第一項、第一百三十八條、第一百四十條、第一百四十一條、第一百四十二條、第一百四十五條以及聯邦律師法相關之規定，辯護人之身份被視爲司法組織之一，因此在個別刑事事件中，若有違反辯護功能之利益衝突存在時，則必須禁止其爲辯護。有關刑庭法官禁

止權限的現行最高法院判決共同點在於，在個案中基於特定因素之考量，辯護人將失去其作為司法組織之地位，例如其在該案件中無法獨立自主或因其違反組織地位應有之行為致無法獲得公平合理之判決。如同辯護人危害國家機密之情形，辯護人若參與危害他人身體、生命或自由之形成或恣意措施時，亦存在合法的排除辯護之事由。即使此項法律規範內容僅能透過對刑事訴訟法之解釋而得，其亦基於基本法第十二條第一項第二句意義下之法律。

IV 訴訟結果

對於訴願人之委任人的第三審程序，在缺少其作為辯護人參與下進行且最後之結果乃是廢棄無罪之判決。被告日後獲得自由刑的有罪確定判決。

B 本件憲法訴願合法且有理由

I 憲法訴願合法

本件憲法訴願係屬合法。訴願人主張聯邦最高法院對其委任人所為之刑事判決，侵害到其本身之基本權。訴願人在針對…所進行之刑事訴訟程序結束後，無法再

以辯護人身分出現在任何程序中。在應予撤銷之判決的理由中，訴願人被一般地認為，在國家保護事件中不適任作為辯護人，因此其必須擔憂，聯邦最高法院在其他事件上亦採用該項判決之見解且在其他審級法院亦持相同之看法。此將導致對於訴願人律師業務持續性的阻礙。除此之外，該項應予撤銷之判決亦大量傳道至司法機關，此項判決亦登載於官方所出版的聯邦最高法院判決彙編－BGHST 15,326－及部份的專業雜誌（JZ1961,608;MdR 1961,432;NJW1961,614），對於有興趣之人很容易就可得知，所謂的律師博士K．就是訴願人。因此在刑事訴訟程序終結確定後，訴願人就該判決仍具有值得保護之利益（BVerfGE 15,226[230]亦同）。

II 該項判決並未侵害訴訟上之基本權

對該項應予廢棄判決侵害訴訟上基本權之責難，並無法贊同。訴願人認為該項判決剝奪了其所享有法定法官之基本權（Art.101 Abs.1Satz2 GG）；顯然訴願人是以聯邦律師法第一百一十九條以下之規定來認定律師專門職業法院（榮譽法院）之管轄權（Winterfeld,NJW 1961,901 [902] 亦持相同見解）。專門職業法院在特定訴訟程序中具有剝奪辯護人職務之管轄權根本是不存

在的。

1961年3月2日聯邦最高法院第三刑庭之判決並未如同訴願人所言，違反基本法第一百零三條第一項。雖然保障法定聽證亦包括影響法院意志形成之可能性。在信函中所說明之情形，整體而言幾乎無可避免地指出，訴願人依其自願附屬德國社會統一黨並且依其指示行使辯護職務，但此並未排除訴願人所提出之異議在判決中之重大性，特別是並非對庭長，而是對於決定是否剝奪辯護之刑庭而言有其重要性。

該項應予撤銷之判決亦未違反基本法第一百零三條第二項。該項判決並非對於訴願人之懲罰，而係保護被告在聯邦最高法院第三刑庭免受到隱藏在訴願人之後的陰謀所害。

Ⅲ 基本法第十二條第一項

1. 該項判決侵害了訴願人作為律師之執業行為；自1878年7月1日公布之律師法以降，任何在德國法院取得許可之律師皆有權在帝國內之任何法院為刑事事件辯護；此項權利今日在聯邦律師法第三條及刑事訴訟法第一百三十八條第一項加以保障，律師執業行為之行使因而獲得確保。因此其在基本法第十二條第一項受到一項特別基本權之保護（BVerfGE 10,185 [199]；15,226

[231])。此項受指摘之措施應依基本法第十二條第一項，而非如訴願人所主張的基本法第二條第一項，來加以審查（ BVerfGE 6,32 [37] ； 9,3 [11] ； 9,73 [77] ； 11,234 [238] ）。因此項措施限制了訴願人作為刑事事件辯護人之權利，因此此項限制必須以基本法第十二條第一項意義下之法律加以規範，但至今尚未實現。

2. 聯邦最高法院所引用的聯邦律師法及刑事訴訟法條文並未含有此種規範。

依照聯邦律師法第一條，律師乃是獨立之司法組織且依同法第三條第一項在所有法律事件中為專業獨立之顧問。此類規定並未含有在律師行為不符合專業形象時得加以干預之要件。此項結果自聯邦律師法第三條第二項中自可得出，依其規定，律師一般出庭辯護之權利僅得以特別之聯邦法律加以限制。

聯邦律師法第四十六條規定，律師不得代理與其具有僱傭關係而受其控制之委託人出庭。此處所必須加以判斷之事實，亦即訴願人依照敵視憲法政黨之指示，違反被告利益所為之辯護，與聯邦律師法第四十六條所規定之構成要件差異是如此大，以致於即使採取廣義之解釋亦無法將之涵攝在該條之內。除此之外，聯邦律師法並未賦予個別繫屬刑庭任何其他之權限。

依照刑事訴訟法第一百四十六條第一項之規定，僅在共同辯護不會違背辯護之任務時，始能由共同辯護人

代理多數之嫌疑人。帝國法院在 1902 年 4 月 11 日之判決（RGSt35,189 [191]）中自刑事訴訟法第一百四十六條之意義中導出，庭長或有時為法院有義務依職權加以干預，若利益衝突十分明顯且必須注意辯護亦應符該法其他規定。刑事訴訟法第一百四十六條第一項本身並未規定有關訴訟法院之權限。特別是其所規範在多數嫌疑人間存在利益衝突之要件與此處所欲判斷之案件，在實質客觀上是如此不同，因此刑事訴訟法第一百四十六條第一項並不得作為侵害之法律基礎。

3. 習慣法亦得作為限制職業自由之法律基礎

a. 習慣法亦可能作為侵害職業自由基本權之法律基礎，換句話說，非經由正式制法程序，而係經由長期事實上一般且相同之慣行所產生，被參與之法律成員承認具有效力之法規範（BVerfGE 9,109 [117]；15,226 [232FF.]）。惟在此處所涉及者必須是基本法制定前已存在而非基本法制定後所產生之新的習慣法。基本法第十二條第一項第二句之法律保留要求至少必須經過正式制法行為所創造出之法規範；此項規範必須具有何種層級之效力，在此可不作討論。

b. 除刑事訴訟法第一百四十六條所規範多數嫌疑人間利益衝突之情形外，帝國法院發展出另外三種禁止之構成要件。帝國法院認為，證人身份（RGSt24, 104 [108]；24,269 [297ff.]；54,175;55,219;JW1937,242

3)，參與犯罪行為之嫌疑 (RGDRIZ1928,470 [471]) 以及受益人 (RGJW1926,2756)，使刑事法官在一定條件下有權禁止律師之辯護參與。除此之外，高等法院在 Felseneck 訴訟中認為，禁止一位在訴訟程序中放肆為政黨宣傳且試圖逾越數月主審程序之律師辯護，乃是符合十分明顯之要求，因而是合法的 (JW1933,484)。此項高等法院判決之詳細內容在文獻中是有相當爭論的。

此項判決就其所針對之個案是否能形成參與者之法確信及法慣行並因而成為新的特別的習慣法，在此可不用討論。為能填補上述個案存在之法律漏洞，必須自作為習慣法的法律文句中確定得出其規範內容，亦即辯護人未替被告為任何輔佐行為、阻止發現真實或受到違背訴訟程序之指示或外來的影響所拘束時，繫屬法院得禁止辯護人辯護，或--如同在應撤銷判決之主文中特別之說明--刑事事件辯護人無法獨立自主而係依非參與的政治單位之指示從事辯護行為時，其在法律上不得作為辯護人且應由該管法院依職權加以駁回。但自帝國法院之判決中卻無法得出上述之論點。

c. 在基本法第十二條第一項第二句領域內，以解釋既存習慣法作為繼續發展之方式時，若其結果導致新的侵害構成要件時，則逾越了其應有之界限 (BVerfGE15, 226ff. [233f.]) 在具有重大意義之獨

立律師業時，則必須依特別的、嚴格的標準來加以審查。

將依賴敵視憲法政黨且服從其指示之辯護人排除辯護職業，所呈現出的乃是一種新的侵害構成要件。聯邦最高法院所承認之習慣法內容（BGHSt 9,20ff.），亦即辯護人不得阻礙真實之發現乃是以帝國法院所審判的受益人與共犯參與之案例為基礎；其所適用者為以或曾以犯罪方式資助被告之辯護人。訴願人被指責者為其行為違背了被告之應有利益。

為能證明對訴願人所提出之責難，法院必須強烈地介入辯護人與委任人間以律師業務秘密所保護之信賴關係。法院必須證明，被告基於本身之決定，究竟希望以何種方式來辯護，辯護人基於何種非以嫌疑人應有利益之理由背離了被告之希望。即使基於此項觀點，尚待審判之案例亦與至今之判決有不同之處且顯示出一項新的侵害構成要件。

IV 原判決違反比例原則及違憲侵害職業自由

即使存在一項法律基礎，依比例原則及禁止過當原則（BVerfGE 19,342 [348F.]），違反委任人之意志禁止特定律師為其辯護，乃是嚴重侵害到律師基於基本法第十二條第一項所保護之職業行使基本權，此項禁止

僅得基於特案情況，為保護較高價值法益強制要求下，始得宣告之（BVerfGE 16,214 [217f.]）。

在針對…所進行之刑事訴訟程序，訴願人之行為並未提供充足的理由來採取如此重大之措施。訴願人之委任人在一審中乃是藉由訴願人之協助而獲判無罪。得合法化訴願人至其被禁止為辯護人前並未提供真正之輔助，而係違反委任人利益之確定個別事實或其在在此方向下追求違反義務意圖之事實，在應予撤銷之判決中並未觸及。聯邦最高法院僅以訴願人與德國社會統一黨之密切關係作為其判決之理由；訴願人依德國社會統一黨之指示，至少在涉及國家保護事件時，將基於德國社會統一黨及德國共產黨之政黨利益，不顧及嫌疑人之利益而作違反訴訟程序之辯護；此項看法自訴願人於先前刑事事件之表現及其他行為中可以獲得證實（詳情請見上述AI）。

聯邦憲法法院僅能基於法治國之比例原則及基本法第十二條第一項所保護之職業自由來審查聯邦最高法院對於事實之確認及證據之評價。在此觀點下，自訴願人之入際關係、政治信念及至今為止之表現共同所支持的一般性懷疑之理由並不能合法化禁止其為辯護人之決定。此項禁止無疑地在實際上僅是相對於一項對被告而言遙遠抽象危險所採取的一種預防措施。作為防禦此項危險之措施，預防性地禁止辯護人辯護乃是不合乎比例

原則且是一項違憲侵害訴願人職業自由基本權之行爲。

V 原判決應予廢棄

聯邦最高法院之判決應加以廢棄

本裁定乃是一致通過

參與審判之法官：

Henneka, Dr. Leihholz, Geller, Dr. Rupp,

Dr. Geiger, Dr. Federer, Dr. Kutscher.