

# 行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

## 不自我入罪特權與緘默不利評價之研究—以歐洲人權法院 及歐洲刑事法之趨勢為例 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型  
計畫編號：NSC 95-2414-H-002-018-  
執行期間：95年08月01日至96年10月31日  
執行單位：國立臺灣大學法律學系暨研究所

計畫主持人：林鈺雄

計畫參與人員：博士班研究生-兼任助理：王士帆  
碩士班研究生-兼任助理：陳昭龍、施育傑

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 96 年 12 月 26 日

# 《不自我入罪特權與緘默不利評價之研究

—以歐洲人權法院及歐洲刑事法之趨勢為例》

## 精簡報告

林鈺雄

## 壹、目錄

壹、目錄 .....	1
貳、報告內容 .....	1
一、前言 .....	1
二、研究目的 .....	2
三、文獻探討 .....	3
四、研究方法與研究步驟 .....	4
五、結論與建議 .....	4
參、參考文獻 .....	5
肆、計畫成果自評 .....	8
伍、附錄：本計畫已發表之論文 .....	8

## 貳、報告內容

### 一、前言

「刑事被告具有保持緘默權利及不自我入罪的特權，此乃普遍被承認的國際標準」！上開簡潔有力的引言，出自於一九九六年作成的歐洲人權法院（ECHR = European Court of Human Rights）之 *John Murray v. the United Kingdom*。該案被告國英國被判定為違反歐洲人權公約第六條之公平審判條款，而諷刺的是，現代刑事程序的緘默權及不自我入罪特權，正是起源於英國的普通法。現今，這兩項特權已經成為法治國家的共通基準，例如我國刑事訴訟法第九十五條規定，訊問被告前應先告知其有權保持緘默，無庸違背自己之意思為陳述。

儘管表面上看起來，刑事被告享有緘默權及不自我入罪特權，似屬普世之人權基準及法治國刑事程序的基本要求，然而，這只是問題的開始，而非結束。接踵而來的理論難題及在各國（包含我國，如最高法院 91 年度台上字第 4721 號、91 年度台上字第 7498 號及 92 年度台上字第 1970 號等刑事判決所示）

及國際人權法院(如 ECHR 之 *Funke v. France*、*J.B. v. Switzerland*、*Weh v. Austria*、*Condron v. the United Kingdom*、*Beckles v. the United Kingdom* 等案) 司法實務所衍生的問題，不可勝數，但可略分為兩個主要層次，一是此項特權的內涵，也就是保護範圍如何界定，二是此項原則在刑事程序上產生的法律效果為何。

## 二、研究目的

本計畫即以上開反省為背景，提出具體問題如：

1、緘默權及不自我入罪特權是否為異名同義之權利？例如，命被告主動提出文件或證物以自證清白，或命其為特定舉止以供指認，可能不違反緘默權，但是否違反不自我入罪特權（參照以上所例示之三則我國判決）？

2、緘默權及不自我入罪特權的射程距離為何？諸如：1) 是否僅適用於「刑事」程序？或者亦適用於行政調查或秩序罰程序？2) 何種情形構成侵犯此等特權的「強制」？除了「刑事處罰」以外，得否對於拒絕陳述或配合的被告施以「非刑事制裁」（如對於拒絕配合酒精濃度測試之駕駛人的罰鍰）？3) 此等特權是否僅適用於國家機關以「訊問」的形式及名義來取得刑事被告的供述，抑或不以此為限？例如國家追訴機關隱匿身分（尤其是運用臥底警探或線民等手法）而套取犯罪嫌疑人的供述證據，是否違反此等特權？這點，也就是所謂的隱密探話（*informelle Ausforschung*）或不知不覺的自我入罪（*unbewußte Selbstbelastung*）的問題。

3、更為困擾的是緘默之評價，也就是法官得否自由評價被告保持緘默之行為，據此作出不利於被告之論罪或量刑裁判？儘管我國刑事訴訟法（第一五六條第四項）就此明文規定，「被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行。」，但是，緘默評價之問題範圍，遠遠超過上開的規範密度，例如：1) 法官得否將被告緘默作為有罪判決綜合評價的項目「之一」？2) 被告自始自終保持緘默，與部分緘默（*Teil-Schweigen*）兩種情形，有無不同？3) 即便被告緘默不得作為推論罪行的評價依據，但得否作為彈劾其可信度或量刑參考的證據？4) 如果容許評價，應否踐行相關的程序保障（如告知被告緘默可能的不利評價）？這可以說是最為難解的問題叢結，也是歐洲人權法院相關判決、一九九四年英國的刑事司法與公共秩序法案（*CJPOA*）以及本研究計畫的重心所在。

本研究計畫以上開三大基本問題為縱軸，歐洲人權法院幾十年來發展的判例法為橫軸，交叉進行研究。誠如我國大法官解釋所清楚認知，處理普世人權的具體司法實踐，要放大到內國法以外的視野。《歐洲人權公約》（*European Convention on Human Rights*）是歐洲理事會系統（目前有四十六個會員國，囊括絕大多數的歐洲國家）所簽訂的國際人權公約，由歐洲人權法院擔任公約的守護者與裁判者，其裁判對於簽約當事國並有拘束效力，由歐洲理事會的部長委員會負責監督裁判在歐洲各內國的執行情形。幾十年來，歐洲人權法院的

判例法已經深刻改造了歐洲各內國法，不論是普通法系或歐陸法系皆然。其實，本身即是跨國性司法實踐的歐洲人權法院之判例法，在此提供了一個觀察內國法與國際人權法接軌的絕佳基點，該院如何超越法系與內國訴訟構造差異而發展並實踐普世人權，對於歷史上繼受西方法制與人權基準的我國法而言，別具意義。此外，《歐洲人權公約》及歐洲人權法院的判例法，同時也是近年來國際間最為熱門的刑事法課題之一，這原因有二：一、近年來人權研究有國際化的趨勢，而歐洲人權法院乃迄今為止國際間最具成效的國際人權法院；二、歐洲人權法院的判例法，由於拘束國家包括普通法系的英國，也包括歐陸法系的德、法，因此，被視為觀察兩大法系整合的重要平台，其中，由於該院大多數判例法與刑事程序有關，因此，也是觀察兩大法系刑事法整合的試金石。到底歐洲人權法院如何將背景不同的各個歐洲國家之刑事法整合為一套共通適用的人權基準？這牽涉到他國或國際法律如何轉換成為內國法的高難度問題，但也正是諸如我國這種繼受法國家經常面對的問題。因此，瞭解該院判例法有助於我們釐清這個問題，並且據此發展出超越法系與訴訟構造差異的「普世價值之基本人權」。本研究計畫預計發表相關研究論文，為台灣累積相關的中文文獻，以收拋磚引玉之效。

### 三、文獻探討

不自證己罪問題，由於屬於歐洲人權法院判例法的「各論」研究，在國內並不特別發達，因此，相關研究在台灣主要的困難就在於資料與文獻。就判例資料而言，尚可克服，因歐洲理事會 (<http://www.coe.int>) / 歐洲人權法院之官方網站 (<http://www.echr.coe.int>)，提供即時的判例檢索 (Human Rights/ECHR/Judgments and Decisions 欄之“Search the Case-Law-HUDOC”)，不過，其判例法數量從一九五九年累積至今，已如汗牛充棟 (全部約六、七千則左右)，如何找到相關判例仍需藉助中英文獻之輔助。就文獻而言，目前國內中文文獻多半偏向總論之探討 (如廖福特,《歐洲人權法》，2003)，但各論探討有限，關於刑事程序法部分，雖為歐洲人權法院判例法之重心所在，惟國內幾無相關中文文獻，因此，本計畫除判例本身 (以英文版、法文版公告) 以外，一來主要藉助英文文獻與德文文獻，作為研究之參考資料，二來，則是以國內已經著作出版的不自證己罪相關資料，作為對照，三來，也分析國內裁判，以供對照。相關文獻及判例分析，請參見附錄已發表之文章。

此外，在本計畫题目的德文專論資料方面，筆者就此論題陸續發表的論文，已經逐一分析三本最重要文獻的論述 (Bosch, N.(1998), Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht – Ein Beitrag zur funktions-orientierten Auslegung des Grundsatz “nemo tenetur seipsum accusare”; Rogall, K.(1977), Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst – Ein Beitrag zur Geltung des Satzes „Nemo tenetur seipsum prodere“ im Strafprozeß; Verrel, T.(2001), Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren – Ein Beitrag

zur Konturierung eines überdeuten Verfahrensgrundsatzes)，相關評析請參閱附錄論文及其註腳所引之筆者相關文獻。

## 四、研究方法與研究步驟

本研究計畫分成四個階段：第一階段為期三個月，初步收集、閱讀、整理並分析我國法關於不自證己罪及其例外之立法基點與國內學說及實務見解；第二階段為期三個月，初步收集、閱讀、整理並分析關於歐洲人權法院判例法的相關資料（約一百則判例左右）；第三階段為期三個月，定期共同開會參與討論、整理問題爭點與立法措施，確定研究之範圍及方向，並且進一步收集、閱讀、整理、分析、比較我國法與歐洲人權法院判例法之相關資料；本階段亦提出心得報告、初步研究成果並且整合意見；第四階段為期五個月（本計畫經延長三個月），研究成果報告發表於司法院及國際刑事法學會台灣分會主辦之《學術與實務之對話－94/95 年度刑事判決評釋》學術研討會。

## 五、結論與建議

本計畫之結論與建議如下：

不自證己罪乃「普遍被承認的國際標準」，也是包括我國在內世界各國共同繼受的法治國遺產，但是除了「不得強制刑事被告作出自我入罪的供述」這個核心內涵與一般命題之外，可謂無處不是爭論，諸如：1、是否適用於「非供述證據」？此亦為「不自證己罪原則」是否等同於「緘默權」的問題；2、「非刑事領域」得否課予相對人供述或其他積極配合義務？與刑事領域之關連又是如何；3、何謂「強制」？得否將被告緘默作為對其不利之評價？；4、是否適用於「非形式訊問」情境？。

這些世界各內國法院及國際人權法院共同面對的外延爭論，也指向一個更為根本的問題，亦即，所謂的普世人權基準或法治國原則，到底有無跨國性司法實踐的可能？歷史上繼受西方法制的我國法，更不能免除這種思辨，無論是盲目抄襲某一法制，或閉門造車自外於「普遍被承認的國際人權標準」，皆非適宜。本計畫以歐洲法的整合趨勢為範例，解析同樣要面對法系構造、政經體制及文化傳統各種差異的歐洲人權法院，如何在歐洲人權公約公平審判條款的基礎之上，發展不自證己罪原則並確立其射程距離，據此作為歐洲理事會四十六個會員國的人權準繩。這些跨國性司法實踐的具體成果，也反應到作為階段性整合成果的歐盟刑事法典（Corpus Juris）之草案。

本計畫從不自證己罪切入國際人權之裁判研究，並對照台灣立法、學說與實務之情形，提出對我國法之質疑如下：將不自證己罪原則窄化為緘默權、容許國家強制被告以非供述證據積極自我入罪、明定對拒絕供述的刑事被告施以加重制裁的立法、不顧自我入罪危險而放任非刑事領域課予各種陳述、提出及配合

義務，這些逆勢操作不自證己罪的作法，在台灣成爲常規，建議未來應予改善。儘管亞洲並無如歐洲、美洲而設有區域性的國際人權法院，自外於國際人權標準亦無制度性的制裁可言，但這不是「人權立國」自許者當有的作爲，也忽略了人權保障終究是爲斯土斯民的尊嚴生活而存在。本計畫研究的不自證己罪，僅爲冰山一角而已，冀望能以此拋磚引玉，引起更多對人權相關議題的矚目與研究。

## 參、參考文獻

### 1、中文文獻

- 王士帆（2004），「不自證己罪原則」，台北：政治大學法律研究所碩士論文。
- 王兆鵬（1999），「刑事被告的憲法權利」，台北：自刊。
- 王兆鵬（1999），緘默之證據能力，台灣本土法學第 4 期，頁 50-62。
- 朱富美（2000），強制酒後駕車涉嫌人呼氣或抽血檢測酒精濃度是否侵害其緘默權（一）（二）（三），司法周刊第 1007-1009 期。
- 朱富美（2004），「科學鑑定與刑事偵查」，台北：自刊。
- 林鈺雄（2004），「刑事訴訟法—上冊 總論篇」，台北：自刊，4 版。
- 林鈺雄（2004），國家挑唆犯罪之認定與證明—評三則最高法院九十二年度之陷害教唆判決，月旦法學第 111 期，頁 207-234。
- 林鈺雄（2004），對第三人之身體檢查處分—立法原則之形成，台大法學論叢第 33 卷第 4 期，頁 101-143。
- 洪德欽（2004），歐洲聯盟人權保障之建構與實踐，歐美研究第 34 卷第 1 期，頁 1-7（「歐洲聯盟人權保障」專號緒論）。
- 許玉秀（2000），擇一故意與所知所犯—兼論違憲的肇事逃逸罪，台灣本土法學第 13 期，頁 186-199。
- 陳隆志、廖福特（2002），國際人權公約與國內法化之探討，國家政策季刊第 1 卷第 2 期，頁 34-56（按：中英對照）。
- 陳運財（1998），「刑事訴訟與正當之法律程序」，台北：月旦。
- 黃朝義（2001），「無罪推定—論刑事訴訟程序之運作」，台北：五南。
- 廖福特（2000），歐盟與歐洲人權公約，月旦法學第 62 期，頁 87-98。
- 廖福特（2003），「歐洲人權法」，台北：學林。
- 廖福特（2004），從人權宣言邁向人權法典—「歐洲聯盟基本權利憲章」之實踐，歐美研究第 34 卷第 1 期，頁 9-49。
- 廖福特（2004），〈Rights to Liberty and Fair Trial – Sacrificed in the Name of Anti-Terrorism（人身自由權與公平審判權—因反恐之名而犧牲）〉，歐美研究第 34 卷第 3 期，頁 511-553（按：英文發表）。

## 2、外文文献

- Alston, P. (1999), *The EU and Human Rights*, Oxford/New York: Oxford University Press.
- Ambos, K.(2002), *Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Straf-verfahren – Teil I: Zur Rechtsprechung des EGMR von 2000–2002*, NStZ 2002, 628ff.
- Arzt, G.(1997), *Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo*, Berlin / New York: Walter de Gruyter.
- Aselmann(2003), *Die Selbstbelastungsfreiheit im Steuerrecht im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, NStZ 2003, 71ff.
- Bacigalupo, E.(2001), *Die Europäisierung des Strafrechtswissenschaft*, in: FS-Roxin, S. 1361ff.
- Bärlein, M./ Pananis P./ Rehmsmeier, J. (2002), *Spannungsverhältnis zwischen der Aussagefreiheit im Strafverfahren und den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren*, NJW 2002, 1825ff.
- Bartsch, H.J.(1976), *25 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention – 4. Internationales Kolloquium im Rom*, NJW 1976, 462f.
- Beulke, W.(2001), *Strafprozeßrecht*, Heidelberg, Verlag C.F. Müller, 5. Aufl.
- Bosch, N.(1998), *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht – Ein Beitrag zur funktions-orientierten Auslegung des Grundsatz “nemo tenetur seipsum accusare”*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Dingeldey, T.(1984), *Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei außerstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten*, NStZ 1984, 529ff.
- Espenhain, R.(1981), *Anm. zu EGMR*, EuGRZ 1981, 15ff.
- Esser, R.(2002), *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht – Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg*. Berlin: De Gruyter Recht.
- Esser, R.(2004), *Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen nemo-tenetur-Grundsatz*, JR 2004, 98ff.
- Gaede, K.(2003), *Anm. zu EGMR*, StV 2003, 260ff.
- Gaja, G. (1999), *New Instruments and Institutions for Enhancing the Protection of Human Rights in Europe?* In: P. Alston (Ed.), *The EU and Human Rights*, 1999, pp. 781-800.
- Haas, G.(1995), *Vernehmung, Aussage des Beschuldigten und vernehmung-ähnliche Situation – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des §136a StPO*. GA 1995: 230-235.
- Harlow, C. (1999), *Access to Justice as a Human Right: the European Convention and the European Union*. In: P. Alston (Ed.), *The EU and Human Rights*, pp. 187-213. Oxford/New York: Oxford University Press.
- Hassemer, W.(1999), *“Corpus Juris”*: Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?, KritV 1999, 133-140.
- Jäger, C.(2003), *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, München: C.H.Beck.
- Kamisar, Y./Lafave, W.R./Israel, J.H./King, N.(1999), *Modern Criminal Procedure, Case-Comments-Questions* (9 Ed.), St. Paul: West Group.
- Konstantinov, E.(1998), *Die osteuropäischen Länder und der Rechtsschutz durch die Europäische Menschenrechtskonvention*, ROW 1998, 21ff.

- Kühl, K.(1988), Der Einfluß der Europäische Menschenrechtskonvention auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland, Teil I, ZStW 100, 406ff.
- Lorenz, F.L.(1996), „Formalismus, Technizismus, Irrealismus“: Das argumentative Dreigestirn gegen die Einhaltung strafprozessualer Garantien – Der US-Supreme Court bestätigt die abgeänderten „Miranda-Warnings“, StV 1996, 172ff.
- Meurer, D.(2001), Informelle Ausforschung, in: FS-Roxin, S. 1281ff.
- Musil, A.(2000), Umfang und Grenzen europäischer Rechtssetzungsbefugnisse im Bereich des Strafrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, NStZ 2000, 68ff.
- Nelles, U.(1997), Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozeßrecht für Europa? in: ZStW 109, 727ff.
- O'Reilly, G.W.(1994), England Limits the Right to Silence and Moves Towards an Inquisitorial System of Justice, (Northwestern School of Law) 85 Journal of Criminal Law & Criminology, pp. 402-452.
- Rogall, K.(1977), Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst – Ein Beitrag zur Geltung des Satzes „Nemo tenetur seipsum prodere“ im Strafprozeß, Berlin: Duncker & Humblot.
- Roxin, C.(1995), Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NStZ 1995, 465ff.
- Roxin, C.(1997), Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen, NStZ 1997, 18ff.
- Ryssdal, R.(1996), Die Europäische Menschenrechtskonvention: ein Verfassungsgesetz für das ganze Europa, in: FS-Odersky, 1996, S. 245ff.
- Schwarze, J.(1998), Das Schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht, in: JZ 1998, 1077ff.
- Schünemann, B. (Hrsg.)(2001), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001 (FS-Roxin), Berlin / New York: Walter de Gruyter.
- Schünemann, B.(2003, Oct. 14), Zur Reform des Ermittlungsverfahrens im Strafprozess, 2003 年台德刑事法研討會論文，台北：司法院主辦。
- Spielmann, D.(1999), Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities, in: P. Alston (Ed.), The EU and Human Rights, pp. 187-213, Oxford/New York: Oxford University Press.
- Streck, M.(1981), Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zum strafrechtlichen Verwertungsverbot bei Aussagen des Gemeinschuldners und seine Auswirkungen im Steuerstrafrecht, StV 1981, 362ff.
- Stuckenberg, C.F.(1998), Untersuchungen zur Unschuldsvermutung. Berlin / New York: Walter de Gruyter.
- Stürner, R.(1981), Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, 1757ff.
- Tiedemann, K.(2001), EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts, in: FS- Roxin, S. 1401ff.
- Verrel, T.(1997), Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, NStZ 1997, 361ff., 415ff.
- Verrel, T.(2001), Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren – Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes, München: C.H. Beck.
- Weigend, T.(2001), Zur Frage eines “internationalen” Allgemeinen Teils, in: FS- Roxin, S. 1375ff.

## 肆、計畫成果自評

本計畫主要處理的是歐洲法及歐洲區域人權機制針對不自證己罪原則所設定的基本要求，並進而對我國法相關立法規定的利弊得失、實務可能面臨問題及可能解決方向之提出與分析，在此範圍之內，計畫成果與原先預期出入不遠，而撰寫之報告也順利發表於法學期刊。然而，由於不自證己罪原則問題範圍龐大，相關實務的裁判數量可觀，因此，本計畫難以針對所有問題提出我國法應有的走向，但這卻是未來進行相關研究時所應處理的重點所在。

## 伍、附錄：本計畫已發表之論文

林鈺雄（2007年4月），〈不自證己罪原則之射程距離—最高法院相關裁判之回顧與評釋〉，《學術與實務之對話—94/95年度刑事判決評釋》國際刑事法學會台灣分會學術研討會，書面報告刊載於《台灣本土法學》，第93期（2007年4月），頁221-237（國科會專題研究計畫編號 NSC95-2414-H-002-018 研究報告論文）。

※（內文請參閱以下附錄，不再另行影印）。

# 不自證己罪原則之射程距離

—最高法院相關裁判之回顧與評釋—

國立台灣大學法律學院副教授

林鈺雄

壹、前言 .....	10
貳、供述要素：非供述證據之不自證己罪.....	11
一、基本問題：不自證己罪原則限於緘默權保障？ .....	11
二、實務見解.....	11
(一)「基本公式」：兼容並蓄的「證據資料」概念 .....	11
(二) 供述證據.....	12
(三) 非供述證據.....	13
三、本文評釋.....	14
(一) 供述基準與主動基準.....	14
(二) 供述基準之根本難題.....	15
(三) 最高法院之突破與侷限.....	15
參、強制要素：「依法」強制之不自證己罪？ .....	16
一、基本問題：於法有據之間接強制 .....	16
二、實務見解.....	17
三、本文評釋.....	18
肆、刑事要素：非刑事程序之不自證己罪？ .....	19
一、基本問題：刑事程序以外之陳述及協力義務 .....	19
二、實務見解.....	20
三、本文評釋.....	21
伍、結語 .....	23

## 壹、前言<sup>1</sup>

不自證己罪原則<sup>2</sup> (nemo tenetur se ipsum accusare; nemo-tenetur-Prinzip)，或稱為不自我入罪特權 (privilege against self-incrimination; Selbstbelastungsfreiheit)，是現代法治國家刑事程序的共通基礎原則，並且形諸國際人權盟約及各內國憲法或法律，國際人權法院<sup>3</sup>及各內國法院的相關裁判，不計其數。

我國刑事訴訟法（下稱本法）也繼受此項原則，但立法技術採用以反面課予國家機關「告知義務」的間接規範方式，來保障被告陳述自由的緘默權（本法第九十五條第二款）及證人免於自證己罪的拒絕證言權（本法第一八一條併合第一八六條第二項），以避免其因不知法律而誤為自我入罪的陳述決定<sup>4</sup>。此外，立法另從自由心證之限制的證明力層次，禁止法官僅因被告「拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行」（本法第一五六條第四項）。至於其他可能導致被告自我入罪的追訴措施，雖然五花八門，但我國立法者多半「保持緘默」，鮮少明文規定。

儘管規範密度有限，但若只談「最起碼」的核心保障範圍，可以確定的部分是：不自證己罪原則保障受刑事追訴者的緘默權利，換言之，國家機關不得「強制」任何「刑事」被告（含犯罪嫌疑人，下同）作出自我入罪的「供述」。這裡可以分解為三個要素：一是適用於「刑事」追訴程序，二是就「供（陳）述」與否有選擇的自由，三

---

<sup>1</sup> 本文為國科會專題研究計畫 NSC95-2414-H-002-018 研究報告之一，論文初稿發表於 2006 年 11 月 18 日之《學術與實務之對話—94/95 年度刑事判決評釋》學術研討會。在此特別感謝當日與談人最高法院花滿堂法官及其他與會人士提供之寶貴意見。書面刊載於：《台灣本土法學》，第 93 期，頁 221-237，2007 年 4 月。

<sup>2</sup> 請參閱王士帆，《不自證己罪原則》，2004 年政治大學碩士論文；林鈺雄，〈論不自證己罪原則—歐洲法整合趨勢及我國法發展之評析〉，《台大法學論叢》，35 卷 2 期，2006 年 3 月，頁 1 以下。

Vgl. Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998; Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 520ff.; Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977; Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001; Wolff, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung – Das Verbot des Zwangs zur aktiven Mitwirkung am eigenen Strafverfahren und seine Ausstrahlungswirkung auf die gesetzlichen Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrechts, 1997.

See Ashworth & Redmayne, The criminal process, 3<sup>rd</sup> ed. 2005, pp.129-137; Mowbray, Cases and materials on the European Convention on Human Rights, 2004, pp. 293-302; O'Reilly, England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 85, No. 2, Fall 1994, pp. 402-452; Thaman, Comparative criminal procedure, 2002, pp. 165-173; Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, pp. 340-359.

<sup>3</sup> 僅以歐洲人權法院的判例法為例：ECHR, *Funke v. France*, 1993, Series A no. 256-A; *John Murray v. U.K.*, Reports 1996-I; *Saunders v. U.K.*, Reports 1996-VI; *Serves v. France*, Reports 1997-VI; *Condron v. U.K.*, RJD 2000-V; *Averill v. U.K.*, RJD 2000-VI; *Heaney and McGeinness v. Ireland*, RJD 2000-XII; *Quinn v. Ireland*, Judgment of 21 Dec. 2000; *J.B. v. Switzerland*, RJD 2001-III; *Allan v. U.K.*, RJD 2002-IX.

<sup>4</sup> 德國刑事訴訟法（簡稱 StPO）同此規範方式，相關條文為 §§55, 136I 2, 163a III 2, IV 1 und 243IV 1 StPO，鳥瞰僅參閱 Beulke, *Strafprozessrecht*, 7. Aufl., Rn. 125, 141, 247, 467, 511。這種立法技術是「一石兩鳥」，一來反面宣示被告有緘默權，二來正面課予國家機關對此權利之告知義務，同時保障不知法律的被告。但絕不應將此規範方式誤解為「被告緘默權不受（直接）保障」。說明詳見：林鈺雄，〈歐式米蘭達—歐洲人權法院 Allan 裁判及其劃時代意義之評析〉，《臺灣本土法學》，72 期，2005 年 7 月，頁 119 以下，頁 129 以下。

是強制要素。

本文擬從這三個核心要素出發，並以我國的新近裁判為對象，一一檢討不自證己罪原則的「射程距離」。選錄裁判以最高法院九十四、五兩個年度為主，其他年度為輔。整體而言，新近裁判具有不少突破性的發展。

## 貳、供述要素：非供述證據之不自證己罪

### 一、基本問題：不自證己罪原則限於緘默權保障？

本文擬檢討的第一個射程距離問題，是不自證己罪原則除了禁止國家追訴機關違反刑事被告意思而強制其「供述」之外，是否同樣不得要求被告主動配合或提出「非供述證據」(Nonverbale Beweise)？這點，同時也是「不自證己罪原則」是否等同於或僅限於「緘默權」(right to silence; Schweigerecht)的根本問題。舉例而言，例如，假使法院「尊重」被告行使緘默之權利，但卻命被告主動提出文件或證物以自證清白，或命其配合為特定舉止以達追訴目的（如穿雨衣供證人指認或現場模擬<sup>5</sup>），是否違反不自證己罪原則？這是爭議所在。

### 二、實務見解

#### （一）「基本公式」：兼容並蓄的「證據資料」概念

最高法院（下同）九十四年度台上字第七一六九號判決表示：「事實之認定，應憑證據，如未能發現確實之證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎。犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般人均不致有所懷疑而得確信為真實之程度，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達此程度而尚有合理之懷疑存在時，本諸無罪推定之原則，自應為被告無罪之諭知。又被告否認犯罪事實所持辯解縱使不能成立，除非有確實證據足以證明對於被告犯罪已無合理之懷疑外，不能遽為有罪之認定；刑事訴訟法規定被告有緘默權，被告基於『不自證己罪原則』，既無供述之義務，亦無真實陳述之義務，同時亦不負自證清白之責任，不能因被告未能提出證據資料證明其無罪，即認定其有罪。」

最高法院引用不自證己罪原則的有限裁判當中，大多數裁判理由是以上開段落或類似意旨為「開場白」<sup>6</sup>，頂多就是再加上一小段「按犯罪事實應依證據認定之，無證

<sup>5</sup> 進一步事例，諸如採集吐氣、聲紋、筆跡，或命被告發特定語或理特定髮型供人指認（vgl. BVerfGE 47, 239, 246ff.）等，僅參閱王士帆，註2論文，頁108、244以下；林鈺雄，〈對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分〉，《台灣本土法學》，55期，2004年2月，頁56以下。

See also Ashworth & Redmayne, *supra* note 2, at 135; Trechsel, *supra* note 2, at 353 (The right not to hand over documents), 354-355 (Non-testimonial contributions). Vgl. auch Bosch, a.a.O.(Fn.2), S. 277ff.; Verrel, a.a.O.(Fn.2), S. 59, 68ff., 198ff.

<sup>6</sup> 不勝枚舉。如本文本段落（貳）所引的所有判決，基本結構皆同：91年度台上字第4721號、92年度台上字第1456號、92年度台上字第1457號、92年度台上字第2753號、93年度台上字第664號及94年度台上字第3293號判決。附帶說明，本文所引裁判皆取自司法院法學檢索網站，但在不妨礙「特定」的前提下，本文僅引當事人或關係人姓氏並加「某」以代稱其名。

據不得認定犯罪事實。刑事訴訟法第一百五十四條第二項定有明文」。關此這段「基本公式」，有幾個值得注意之處：

1、上開表達的脈絡，是在有罪判決的心證門檻中引導出自證己罪原則，也正因如此，所以，幾個與此相關的議題，諸如證據裁判原則、無罪推定原則、檢察官舉證責任以及緘默之不利評價等（本法第一五四條第一、二項、第一六一條第一項、第一五六條第四項），也就成爲最高法院關注的焦點及據此發揮的場域。

2、值得注意的是，最高法院上開基本公式的表達方式，是將「緘默權」與「不自證己罪原則」兩者並列。儘管最高法院並未就此兩者的區別加以發揮，但這個並列陳述方式，與歐洲人權法院裁判相同<sup>7</sup>，其中蘊含了重大的理論意義。

3、依循上開 2 的脈絡，同樣關鍵的是，最高法院認知的不自證己罪原則內涵，除了被告無（真實）陳述之義務以外，還包含被告並無「提出證據資料」來自證清白的義務。在此，最高法院使用的是「證據資料」的中性用語，其語意內涵本來就兼容並蓄，包含了「供述證據」及「非供述證據」在內，一言以蔽之，非供述證據亦在不自證己罪原則的射程距離，這顯然表明最高法院並未採行我國學說流行的「供述基準」（參閱下文三）。爲了證明此點不是本文斷章取義的歸納，以下將最高法院相關裁判的案例事實及裁判見解，分爲供述證據與非供述證據的部分，區別列出。

## （二）供述證據

陳（供）述自由（Aussagefreiheit），是不自證己罪原則的核心內涵，因此，被告並無以供述證據（陳述）來自證清白的義務，這點要無疑義。就最高法院所指被告毋庸「提出證據資料證明其無罪」，分析其案例，所稱證據資料在具體個案中指涉供述證據者，如九十二年度台上字第一四五七號判決，援引上開基本公式後隨即表示：「原判決於理由欄謂：『縱認該弊情非被告所爲，於日常工作中，衡情被告亦必知情何人常使用其之重要驗印職章，詎迄今纏訟十餘年，被告始終未曾具體供明何人涉有重嫌，自難僅以其空言否認之詞，即足排除其本人依經驗法則難以飾卸之結論』；原判決上引論

殊違被告不自證己罪之原則，且以臆測之詞，作爲論處上訴人本件罪刑之證據，殊屬違誤。」亦即，在上開偽造有價證券案件中，最高法院認爲被告基於不自證己罪原則，並無指明何人可能使用其職章的供述義務，原審亦不得僅因被告未供述即對其爲不利之認定。

再如，九十四年度台上字第七一六九號判決，本則違反廢棄物清理法案件，主要爭點在於，被告薛某有無委託合法業者來清運廢棄物。偵查中薛某辯稱「我都交給同業的人處理，『我不能供出他們的姓名』，我收取的報酬都交給他們」等語，審判中又改稱其委託領有合法執照的業者吳某清運廢棄物。原審認爲，「倘若被告薛某所辯其係委由合法之清運業者即證人吳某清運者，何以於偵查中不供出證人吳某以釐清案情並證明其無不法犯行，被告薛某前揭所辯，亦難採信」，原審（第二審）遂以「無許可文件，以經營廢棄物清除、處理爲常業」判處被告薛某罪刑。案經上訴，最高法院援引前述不自證己罪原則的「基本公式」後，質疑原審對被告的不利認定：「何以薛某於偵查中未供出其係委託吳某清運上開系爭廢棄物，而證明其無不法犯行，即謂其係將上開系爭廢棄物交由不詳姓名者違法處理？原判決未詳敘其論斷之理由，有理由不備之

<sup>7</sup> See ECHR, for example, *John Murray v. U.K.*, Reports 1996-I, §45.

違法。」說得白話些，被告委託合法業者處理是對其有利之事項，但原審以被告在偵查中未供出此一有利事項為由，不予採信，最高法院則質疑此種作法違反不自證己罪原則<sup>8</sup>。

### （三）非供述證據

更值得注意的是，最高法院也有數個判決，所稱「證據資料」在個案中明顯指向「非供述證據」。例如，九十四年度台上字第三二九三號判決，原審（第二審）判處被告等三人「共同在私人山坡地未經同意擅自堆積土石、開挖整地，致生水土流失罪刑」，案經上訴後，最高法院同樣在援引上開不自證己罪原則的「基本公式」後表示：「（原審）認定上訴人等人未經…地號土地其他共有人之同意，擅自開挖整地、傾倒垃圾廢土之主要理由，係以『同案被告蔡某雖為該土地共有人之一，但其並未提出相關資料以證明其他共有人已同意其使用該土地，且查無證據足以證明被告等人已取得其他共有人之同意，被告等自不得擅自於上開土地（開）挖整地及傾倒廢土』（…）為其論斷之依據，顯見原判決將水土保持法第三十二條第一項證明未經同意之舉證責任推由同案被告及上訴人等負擔，置檢察官之舉證責任之義務於不顧，自有採證違背證據法則之違法。」

類此將「非供述證據」之提出，納入不自證己罪原則的射程距離之最高法院判決，並非個案或例外。本文限於篇幅，僅再舉出一例說明。例如，九十一年度台上字第四七二一號判決，最高法院判決理由，同樣在援引「基本公式」後隨即表示：「本件原判決於理由欄內說明：『被告又始終未能提出相關之證據資料以證明渠係合法取得瑪莎拉蒂公司名義所出具未記載價格之國際商業發票，及曾獲得瑪莎拉蒂公司合法授權得在空白之價格欄任意填寫出廠價格。則本案被告指示原審同案被告林某在瑪莎拉蒂公司名義所出具，價款欄為空白之國際商業發票（編號：MV3650TW）影本上填載該車價款為美金二萬六千三百元，應未獲得該瑪莎拉蒂公司合法之授權，亦可認定』；以上訴人未能舉證證明其係合法取得系爭國際商業發票及曾獲瑪莎拉蒂公司授權填寫出廠價格而推斷上訴人未獲瑪莎拉蒂公司合法之授權；責令上訴人負自證清白之義務，於證據法則尚非無違，殊屬違誤。」亦即，本案的證據資料／非供述證據，是被告已獲授權的「文件資料」；類此，九十二年度台上字第一九七〇號判決，亦是命被告提出文件資料（帳目清冊及契約）的問題，最高法院同樣認為這會違背不自證己罪原則。

當然，如前所述，最高法院由於使用「證據資料」的中性用語，因此，在上開案例及其他個案中，「供述」或「提出非供述證據」，都有可能是命被告「自證清白」的手段。例如，九十二年度台上字第一四五六號判決，援引「基本公式」後表示：「原判決於理由欄說明『被告未能舉出該安裝者供調查憑信，嗣又空言泛稱係客人自行下載灌錄，益見其前後供述不一畏罪心虛之一班（般），從而該『赤壁』電腦遊戲軟體應係被告所安裝無訛』；即責令上訴人自證清白，於證據法則尚非無違，殊屬違誤。」上開原審命被告「舉出該安裝者」，或者是供述出安裝者的姓名，或者是提出記載安裝者的文件資料，但不管是哪一種要求被告自證清白的手段，總之就是違反不自證己罪原則。

<sup>8</sup> 其實，本案還隱藏一個問題：部分緘默（Teil-Schweigen）。德國法向來嚴格區分全部與部分緘默之評價（vgl. nur Verrel, a.a.O.(Fn. 2), S. 32ff.），但我國最高法院在本案並未加以細究。國內見解請比較：王兆鵬，〈緘默之證據能力〉，《台灣本土法學》，4期，1999年10月，頁50以下；林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，2006年4版3刷，頁148。

同此脈絡，又如，九十三年度台上字第六六四號判決，亦緊接著「基本公式」後表示：「原判決於理由欄說明：『扣案之分裝袋九十八只及三百八十一只，均是最小號有合軌之透明塑膠袋，只適合裝微量藥物之用，均在被告住處查獲，而被告無法提出任何積極證據證明非其所有，其空言否認為其所有，顯係飾卸之詞，不足採取』；惟查扣案之塑膠分裝袋只適合裝微量藥物之用，原判決未說明其所憑之證據及認定之理由，已有理由不備之違法，又該扣案之分裝袋，上訴人自始否認為其所有，雖其未能提出證據證明非其所有，能否因其未能證明非其所有，即認定為其所有？原判決未深入審究，遽認係上訴人所有，並作為認定上訴人持有系爭第一、二級毒品係意圖販賣之證據，尚嫌率斷，殊屬違誤。」

### 三、本文評釋

#### (一) 供述基準與主動基準

關於不自證己罪原則，向來有兩種基本的理解方向，一是供述基準，二是主動基準<sup>9</sup>。前者是指將此原則的射程距離，理解為禁止強制取得「供述證據」，這種理解的起源，其實和「任何人（含被告）坐上證人席即為證人」的特定訴訟結構有關，也就是不分被告與證人兩種程序地位，被告猶如其他證人，若欲供述亦需宣誓（相當於我國的具結）且受偽證罪制裁；反過來說，唯一的不同在於，「被告」在此條款保護下可以自由選擇「宣誓作證」與否，也就是得選擇保持緘默，因此意義相當於緘默權。由於美國的憲法第五修正案規定，任何刑事程序皆不應強制被告作為對己不利之「證人」<sup>10</sup>，因此，不自證己罪的發展方向，集中在緘默權。

反之，「主動基準」則是將此原則指向：禁止國家機關強制被告以主動積極方式來配合對己的刑事追訴<sup>11</sup>，換言之，規範內涵及重心落在禁止國家機關強制被告配合自我入罪，無論是強制被告以供述證據或非供述證據來自我入罪，皆在禁止的範圍。若是涉及供述證據，那麼，即屬被告緘默權或證人因不自證己罪的拒絕證言權之問題，據此理解，不自證己罪原則是範圍的上位概念，緘默權是小範圍的下位類型。此外，依照主動基準，國家機關雖然可以實施強制處分以取得非供述證據（例如發動搜索並扣押證物），但前提是僅能令被告「消極忍受」，不能強制其「積極配合」。就比較法言<sup>12</sup>，主動基準向來是德國實務與通說的見解，並且，歐洲跨國性法整合趨勢，大致同此方向，如歐洲人權法院的判例法，從一開始就將非供述證據納入不自證己罪原則的保護領域<sup>13</sup>，再如歐盟刑事法典草案（Corpus Juris 2000），更是徹底採行主動基準<sup>14</sup>。

<sup>9</sup> 詳見王士帆，註 2 論文，頁 106 以下；林鈺雄，註 2 文，頁 22 以下、42 以下。

<sup>10</sup> “No person... shall be *compelled* in any *criminal case* to be a *witness against himself*.” (Emphasis added).

<sup>11</sup> 猶如 Wolff 前引專論（a.a.O.(Fn.2)）副標題所稱“Das Verbot des Zwangs zur aktiven Mitwirkung am eigenen Strafverfahren”，從應禁止範圍來看就是 Aktiv-Prinzip（主動原則），從可容許事項來看稱為 Passiv-Prinzip（被動原則）。類此，英國學者 Ashworth & Redmayne（*supra* note 2, at 133）的說明如下：“...a suspect should not be required to cooperate with the authorities who are prosecuting him”，氏並將之簡稱為“no assistance principle”，其實質內涵就相當於主動基準；此外，由氏所廣泛討論的非供述證據類型亦可得知，英國法對此項原則的認知，並不限於緘默權或供述證據。

<sup>12</sup> 詳見林鈺雄，註 2 文，頁 1 以下；Esser, a.a.O.(Fn.2), S. 520ff.。

<sup>13</sup> ECHR, *Funke v. France*, 1993, Series A no. 256-A, §§41-44; see also *J.B. v. Switzerland*, RJD 2001-III, §§63-71.

## （二）供述基準之根本難題

供述基準，尤其是在我國法採納供述基準，有幾個根本難題：

一是，供述基準起源於特定的訴訟構造，已如前述，很難套用到如我國法、德國法等明確區分被告與證人地位的法制（含被告不實供述亦不適用偽證罪的制裁），換言之，我國刑事被告並沒有所謂陷入免於偽證、藐視法庭及自我入罪的「三難處境」可言<sup>15</sup>。

二是，供述基準違背不自證己罪的規範保護目的。因為如果一方面禁止國家機關強制取得被告的供述證據，但卻容許國家課予被告主動提出非供述證據之積極義務，例如命提出證物以自證清白或命為其他主動配合追訴的措施，同樣是強制被告自我入罪，但這正是不自證己罪原則所欲防範的情形。事實上，無論從此項原則的發展史或文義來看，也找不到支持供述基準的論據<sup>16</sup>。

三是，供述基準很難圓滿解釋強制處分的容許與禁止界限。例如，對酒醉駕車嫌疑人施以命走直線測試、命呼氣測試及抽取血液檢測，到底是否強制其自我入罪？將此問題扣連到是否違反被告的「緘默權」，討論這些測試有無「供述」性質，從提問開始就已經窄化了問題的面向（答案也自然是否定說<sup>17</sup>），而且會衍生更多問題，例如，搜索具有意思內容的被告「文件」，又要如何解釋？反之，若從主動基準來看，標準始終單一，關鍵僅在於「是否課予積極配合義務」而已，據此，強命走直線測試、命為現場模擬等，當然可能是強制自我入罪的追訴措施，違反不自證己罪原則；至於搜索文件，猶如拘提逮捕，僅是課予被告忍受義務的強制處分，不會違反不自證己罪原則，其合法性是取決於法律保留與比例原則。如此一來，有所能為有所不能為，不會只因不自證己罪原則，就導致干預性追訴活動完全無法進行的窘境。

## （三）最高法院之突破與侷限

綜觀前引相關裁判，可以得知，最高法院一開始就走出了供述證據的框架限制，因此將不自證己罪原則與緘默權並列陳述，並且使用了概念上包含非供述證據在內的「證據資料」用語，正因如此，所以最高法院才能在九十一年度台上字第四七二一號及九十四年度台上字第三二九三號等非關供述證據問題的判決，清楚得出原審命被告提出證據已違反不自證己罪原則的結論。據此可推知，連我國最高法院也認為，不自證己罪特權具有超越緘默權的內涵，射程距離及於禁止國家機關課予被告主動提出非

---

<sup>14</sup> Corpus Juris 2000, Artikel 31 – Die Beweislast: “2. Vorbehaltlich der Pflichten aus nationalem Recht oder Gemeinschaftsrecht, bestimmte Dokumente vorzulegen, ist niemand verpflichtet, auf aktive Weise, unmittelbar oder mittelbar, dazu beizutragen, seine eigene Schuld festzustellen.”

Vgl. Delmas-Marty(Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, 1998, S. 74f.

<sup>15</sup> 甚至於，連合乎前開「特定訴訟結構」的英國法，也不是採取供述基準。英國法相關發展及其與歐洲人權法院之互動影響，請參閱 Ashworth & Redmayne, *supra* note 2, at pp.129-137。英國雖然頻頻因為違反不自證己罪原則，而在歐洲人權法院吃敗仗，但依照筆者觀察分析，英國政府從未在歐洲人權法院主張「非供述證據」應排除在此原則的保護領域之外。

<sup>16</sup> 請參閱林鈺雄，註 2 文，頁 42 以下。

<sup>17</sup> 如朱富美，〈強制酒後駕車涉嫌人呼氣或抽血檢測酒精濃度是否侵害其緘默權（一）（二）（三）〉，《司法周刊》，1007-1009 期，2000 年 11 月 22 日/11 月 29 日/12 月 6 日；朱富美，《科學鑑定與刑事偵查》，2004 年，頁 101 以下。

供述證據的配合義務。如果對照我國文獻的發展<sup>18</sup>，可以說，最高法院的格局頗具突破性，也與歐洲近年來跨國性發展的趨勢一致，值得讚揚。

不過，應予注意，不自證己罪原則本是貫穿整個刑事訴訟程序、從偵查到審判皆適用的原則，此點猶如無罪推定原則<sup>19</sup>，而與僅作為法官裁判規則的罪疑唯輕原則<sup>20</sup>有別。然而，前引相關裁判，最高法院幾乎都僅在「裁判規則」的脈絡援引不自證己罪原則，所以，難免和舉證責任、自由心證及有罪心證門檻等問題產生競合關係<sup>21</sup>。由於這種取向的侷限，是故，雖然能夠判斷最高法院揚棄「供述基準」的狹隘見解，但卻難以窺知其是否全面性採取「主動基準」。正因如此，如果我們把問題拉到其他可能導致被告自我入罪的追訴措施，尤其是偵查中帶有強制性質的干預處分，諸如命其出聲以供採集聲紋，或命其發特定言語（如喊「不要動」）、為特定姿勢、穿著以供證人指認，或命其對機器呼氣或走直線測試以判斷是否酒醉駕車，或命其主動解尿以供化驗是否吸毒，或命為現場模擬，到底這些措施是否違反不自證己罪原則？幾乎都無法從最高法院的裁判中窺知明確的問題意識及解答<sup>22</sup>。這是遺珠之憾。其實，如果最高法院更為明確地宣示「主動基準」，這些問題皆可迎刃而解。

## 參、強制要素：「依法」強制之不自證己罪？

### 一、基本問題：於法有據之間接強制

國家機關不得「強制」刑事被告自證己罪，固然是不自證己罪的核心內涵，但強制要素比其他要素的核心內涵更為模糊。無論是供述證據或非供述證據，究竟何種情形、到達何種程度會構成侵犯不自證己罪原則的「強制」（compulsion; Zwang）？這始終是個與此項原則相生相隨的困難問題，歐洲人權法院甚至於還表示，這種問題無法抽象回答，僅能訴諸個案判斷<sup>23</sup>。

<sup>18</sup> 如朱富美，同前註；黃朝義，《無罪推定—論刑事訴訟程序之運作》，2001年，頁10，即將不自證己罪當成緘默權的等義字，理所當然以為非供述證據（含已成書面的供述證據）「不受拒絕自我負罪特權之拘束」。此外，王兆鵬，〈審判階段緘默權之研究〉，《刑事被告的憲法權利》，1999年，頁35以下，文中所稱不自證己罪，即指緘默權。

<sup>19</sup> Vgl. Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 558f. (Zeitlicher Anwendungsbereich); 請參閱崔雲飛，《無罪推定之具體實踐—以歐洲人權法院判例法為核心》，2006年台大碩士論文，頁24以下（時的效力範圍）。

<sup>20</sup> 請參閱林鈺雄，〈論罪疑唯輕原則〉，《嚴格證明與刑事證據》，2002年，頁143以下。

<sup>21</sup> 關此競合問題，可參閱 ECHR, *John Murray v. U.K.*, Reports 1996-I, §§41-43, 54; Ashworth & Redmayne, *supra* note 2, at 133-135; Esser, a.a.O.(Fn. 2), S. 529-534; O'Reilly, *supra* note 2, at 444; Thaman, *supra* note 2, at 165-171; Trechsel, *supra* note 2, at 166, 348.

<sup>22</sup> 僅例示兩則裁判。如95年度台上字第3782號判決著重在調查原則，但卻未考慮到系爭調查方式可能違反不自證己罪的問題：「然警方並未依林某（按：被害人）所述歹徒之打扮，令上訴人戴全罩式安全帽，著風衣外套供林某指認，亦未命警方提出前供林某指認之相片資料及所謂V8拍攝之錄影帶，並訊問林某憑以指認之特徵，予以調查比對，給予上訴人詰問辯白之機會，遽認林某之指認無誤，而採為上訴人論罪之主要證據，尚嫌速斷，其審理猶有未盡」。

再如，94年度台上字第822號判決是從證據價值觀點來質疑當庭書寫之筆跡，但未區別或處理案例中是否「命」寫字跡：「當事人當庭書寫之字跡，常有矯揉造作而寫之情形，原審以上訴人及告訴人莊某於檢察官偵查中當庭書寫之字跡，作為認定系爭本票上字跡為上訴人所寫，似嫌速斷」。

<sup>23</sup> ECHR, *John Murray v. U.K.*, Reports 1996-I, §§45-47; *Saunders v. U.K.*, Reports 1996-VI, §§68, 69;

「強制」有諸多不同的可能類型，其中最無疑義的是以「直接強制」手段取得「供述證據」，也就是與禁止不正訊問產生競合的情形（如刑求訊問），由於後者已有明文規範（本法第九十八條、第一五六條第一項），因此，這類違法的直接強制，通常毋庸訴諸不自證己罪原則來處理；事實上，從發展史來看，禁止不正訊問與不自證己罪本來就各有脈絡<sup>24</sup>。據此認知，最高法院針對禁止不正訊問條款的相關裁判，不在下文歸納評釋之列。

反之，最具爭議的是各種情形的依法強制（legal compulsion）—尤指「於法有據」的「間接強制」（indirect compulsion）手段，諸如在法律中明定得對不供述者或不配合追訴者，施以某種不利或制裁效果，據此間接達到強制被告自我入罪的目的。簡言之，依法強制，仍有可能是違反不自證己罪原則的「不當強制」（improper compulsion），這是問題及困難所在。此外，對緘默的「不利評價」，固然也可以放進不自證己罪「射程距離」的「間接強制」來談，但由於此問題和「法律效果」問題競合，自有脈絡，必須單獨討論，並非本文處理的重心。

再者，除了「對不配合者施以制裁」之外，「對配合者施以優惠」（如對自白者或認罪協商者之優惠量刑），也是屬於間接強制的討論範圍。

## 二、實務見解

儘管最高法院近年來關於不自證己罪原則的裁判不在少數，但相關裁判中直接提到強制要素或其內涵者，扣除「不正訊問」及「不利評價」<sup>25</sup>兩種自成一格的類型以外，可謂鳳毛麟角，甚至連抽象提到強制要素的裁判，都不易找尋。勉強算是沾到邊的，如九十五年度台上字第二一〇九號判決表示：「刑事訴訟法雖以被告為法院調查證據之對象，被告之陳述，固得為證據資料，惟刑事訴訟程序上，為保障被告防禦權之行使及尊重被告陳述之自由，規定被告有緘默權，即被告除有積極的陳述自由外，基於不自證己罪原則，亦有消極的不陳述自由，不能強令其自負清白之責任，而被告陳述之憑信性如何，依自由心證原則，法院固有斟酌取捨之權，惟法院之自由判斷，亦不能違背經驗法則及論理法則。」上開判決僅將「基本公式」的「被告不負自證清白之責任」微幅修改為「不能強令其自負清白之責任」而已<sup>26</sup>。

就依法強制的問題，我國實務常見問題是槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第四項規定：「犯本條例之罪，於偵查或審判中自白，並供述全部槍砲、彈藥、刀械之來源及去向，因而查獲或因而防止重大危害治安事件之發生者，減輕或免除其刑。拒絕供述

---

*Serves v. France*, Reports 1997-VII, §46.

<sup>24</sup> 在此不贅，詳見：王士帆，註 2 論文，頁 84 以下。Vgl. nur Rogall, a.a.O.(Fn. 2), S. 90, 106; Wolff, a.a.O.(Fn. 2), S. 25ff.。

<sup>25</sup> 若將「對不配合者施以制裁效果」，理解為包含裁判對其的不利評價在內，那麼，前文貳、二所提援引「基本公式」的最高法院相關裁判，都可以算是闡述強制要素的相關裁判。

<sup>26</sup> 其實，本案最高法院雖然援引不自證己罪原則，但觀諸案例似乎與此無關。最高法院判決理由重點在於說明原審違反調查原則，故其撤銷原審的主要原因是「上訴人所稱：當初誤以為槍枝如係他人所交付，判刑會較輕，對自己較為有利，始於偵查中供述槍枝為『繼中』、『阿凱』所交付等語，所辯亦與常情無違，而非絕無可能，原審復查無『繼中』、『阿凱』其人足資佐證，則上訴人前開所辯，在客觀上顯有其調查之必要性。且上訴人於原審辯論終結前仍要求傳喚證人李明宗到庭說明前開槍枝改造情形…，原審對此必而非不能調查之證據未予調查，自有依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。」

或供述不實者，得加重其刑至三分之一。」這是結合「對配合者施以優惠」（前段之減免其刑）及「對不配合者施以制裁」（後段之加重其刑）雙重間接強制的典型案例。

如果該條前、後段分解來看，針對該條前段的實務裁判頗多，不過，最高法院從未放到不自證己罪原則的脈絡討論，更未加以質疑，相關裁判多半集中在討論個案是否合乎減免其刑的法定要件而已<sup>27</sup>。反之，針對後段，筆者反覆搜尋後，認為最具代表性的實務見解是九十五年度台上字第九一三號判決：「查槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第四項後段之加重其刑，以犯同條例之罪，於偵查或審判中拒絕供述槍砲、彈藥或刀械之來源及去向，或供述不實為要件。倘係單純否認犯罪，而非對於槍砲、彈藥或刀械之來源及去向拒絕供述，或為不實之供述，即不得遽依該項規定加重其刑。原判決謂上訴人『於偵查及審理中，供述不實，否認扣案槍、彈為其持有，應依槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第四項後段規定加重其刑』…，徒以上訴人否認犯罪，而為加重其刑之原因，自有判決適用法則不當之違背法令。」

### 三、本文評釋

儘管如前所述，最高法院將非供述證據納入不自證己罪原則的射程距離，值得稱道。但因相關裁判幾乎都聚焦在舉證責任、有罪判決心證門檻及自由心證限制的爭點（前引的九十五年度台上字第二一〇九號判決，亦同），是以，除了「不利裁判結果」這個類型以外，其他可能間接造成被告自我入罪的強制型態，皆被忽略。相較於德國法與歐洲法在此所開展的討論光譜，可以說，我國最高法院的理解，還是過於狹隘。

至於槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第四項於法有據的間接強制問題，最高法院的相關見解，則是頗具啟發性。儘管對於不自證己罪原則的部分內涵，容或有寬狹不同的理解爭議，但撇開刑罰優惠不論，系爭條項後段針對「拒絕（或不實）供述」者施以加重其刑的制裁，毫無疑問涉及對「刑事被告」之「陳述自由」（緘默！）所施加的「加重刑罰制裁」，屬於對不自證己罪最為核心內涵的直接侵犯，實乃罕見而難以想像的立法例。這個例證也清楚說明，形式上於法有據的間接強制，實質上還是可能構成違反不自證己罪原則的不當強制<sup>28</sup>。

<sup>27</sup> 如 92 年度台上字第 1980 號、92 年度台上字第 2932 號及 95 年度台上字第 3770 號等三則相關裁判，都是以個案中不符減免其刑的要件規定而否定其運用，判決理由亦皆未提及不自證己罪原則。

95 年度台上字第 3545 號判決，勉強算是相關裁判，但對是否涉及自證己罪相關問題則是採取「姑且不論」的態度：「證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言；證人有此種情形者，法院應告以得拒絕證言，刑事訴訟法第一百八十一條、第一百八十六條第二項固定有明文。然該拒絕證言權之規定，其規範目的，主要係基於人性之考量，避免使證人於面對偽證處罰之負擔下，為據實陳述而須強為對自己不利之證言，以保障證人不自證己罪之權利，柯某就其所涉寄藏槍彈之犯行，始終坦承不諱，其於九十四年三月十七日偵訊時，指扣案槍彈係上訴人所交付等語，係就該槍彈來源所為之供述，姑不論其是否得因此適用槍砲彈藥刀械管制條例中關於自白槍械來源、去向得減免其刑之規定，此部分供述究無使其因此自陷於刑事追訴或處罰可言，應無上開得拒絕證言規定之適用，上訴意旨執其主觀上對法律之誤解，以檢察官未告知柯某得拒絕證言，主張其此部分陳述無證據能力，而指摘原判決採證違法，自難謂為適合。」

<sup>28</sup> 至於這個問題能不能直接藉由憲法優位性原則來解決，則是取決於對不自證己罪原則之憲法位階的認知與判斷。關此，歷來大法官解釋，直接提及者，僅釋字第 582 號解釋許玉秀大法官的協同意見書而已。

附帶說明，德國憲法（基本法）與我國相同，條文並未提及不自證己罪原則，關於各種可能憲法位階的論證，詳見 Bosch, a.a.O.(Fn. 2), S. 27ff.；類此，歐洲人權公約亦未直接規範不自證己

根據筆者的分析與判斷，最高法院已經意識到該條項後段有違反不自證己罪之虞，因此才予以「實質凍結」，形成雖有條文但幾乎不見裁判的「有行無市」情形。不過，由於最高法院的正式決議及裁判，皆未言明該段條文已經違反不自證己罪原則，因此，還是可以見到不假思索加以援引的下級審裁判，如台灣高等法院台南分院九十四年重上更(二)字第三一七號判決，也就是前引九十五年度台上字第九一三號判決所撤銷的原審判決，即是一例。值得注意的是，儘管撤銷原審判決，但最高法院在本案仍然沒有點明立法錯誤，甚至於也沒有直接提到不自證己罪原則，而是以間接迂迴的法律解釋手段，藉由對加重要件的嚴格解釋來限縮其適用，亦即，認為「否認犯罪」情形並不符合「(拒絕供述或)供述不實」的加重要件。

就本案判決結論言，最高法院撤銷原審判決固屬正確，但就判決理由言，實在沒有必要如此迂迴，更何況這會衍生解釋上的問題：例如，假使下級審要追問，到底「否認持有槍砲」和「拒絕供述槍砲來源」兩者要如何區分，試問要如何回答？難道只有「承認持有槍砲但拒絕或不實供述來源」才得加重其刑？就算是好了，萬一真的碰到這種案例，最高法院基於禁反言，豈不是就要「放行」了？如此一來，最高法院實質凍結的努力，豈非功虧一簣？

其實，上開加重其刑規定，可謂依法強制問題叢當中，最簡單的問題，答案明確。真正的理論挑戰，反而是在前段的「刑罰優惠」，類似且更為全面性的問題，乃我國於二〇〇四年新增的協商規定（本法第四五五條之二以下），一言以蔽之，就是對於接受協商者施予的刑罰優惠，是否相對地造成對於拒絕協商者的間接強制問題，進而違反不自證己罪或無罪推定原則<sup>29</sup>。這是歐洲法目前如火如荼檢討的議題<sup>30</sup>，方向與美國法<sup>31</sup>有別，未來我國最高法院是否及如何對此表態，可能牽動整個刑事訴訟制度的走向<sup>32</sup>，必須密切注意。

## 肆、刑事要素：非刑事程序之不自證己罪？

### 一、基本問題：刑事程序以外之陳述及協力義務

「非刑事程序」有無不自證己罪原則之適用？亦即，刑事程序以外是否即容許課予（可能招致刑事追訴或其他制裁的）「供述義務」？結合上文（貳及參）所提的供述要素與強制要素之後，進而衍生的疑點是：「刑事程序以外的非供述證據」，是否也在

---

罪原則，但歐洲人權法院以緘默權及不自我入罪特權乃「普遍被承認的國際標準」（generally recognised international standards）為論據，藉由判例法將其納入公約第 6 條公平審判條款的核心內涵（see ECHR, *John Murray v. U.K.*, Reports 1996-I, §45）。這點，其實和釋字第 582 號解釋以「普世價值之基本人權」為由，將詰問納入受我國憲法保護的權利，有異曲同工之妙。

<sup>29</sup> 請參閱林鈺雄，〈協商程序與審判及證據原則（上）〉，《月旦法學教室》，25 期，2004 年 11 月，頁 80 以下。

<sup>30</sup> Vgl. Arzt, *Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo*, 1997, S. 24f.; Bosch, a.a.O.(Fn. 2), S. 137; Braun, *Die Absprache im deutschen Strafverfahren*, 1998, S. 49ff., 67ff.; Esser, a.a.O. (Fn. 2), S. 608ff.; Stuckenberg, a.a.O.(Fn. 19), S. 113f., 566ff.; Verrel, a.a.O. (Fn. 2), S. 44ff.

<sup>31</sup> See *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978).

<sup>32</sup> 在此，尤指從「原則取向」（das prinzipienorientierte Prozessmodell）到「契約取向」（das vertragsorientierte Prozessmodell）的訴訟模式之變革：vgl. Sinner, *Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht*, 1999, S. 33ff.

不自證己罪原則的射程距離？刑事程序以外，國家機關是否即可課予被告（或相對人）積極配合之協力義務（Mitwirkungspflicht），並對不配合者施加間接強制的制裁效果<sup>33</sup>？這是基本問題。

## 二、實務見解

九十四年度台上字第五一號判決，可能是迄今為止，最高法院關於不自證己罪原則最為重要的一則判決，案例涉及非刑事程序之證言與不自證己罪原則的關連，最高法院在此表達相當先進的觀點：「民事訴訟法第三百零七條第一項第三款規定：『證人所為證言，足致證人或與證人有第一款關係（即證人之配偶、前配偶、未婚配偶或四親等內之血親、三親等內之姻親或曾有此親屬關係者）或有監護關係之人受刑事訴追或蒙恥辱者，得拒絕證言。』及刑事訴訟法第一百八十一條規定：『證人恐因陳述致自己或與其有前條第一項關係之人（現為或曾為證人之配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親、或家長、家屬者，與證人定有婚約者，現為或曾為證人之法定代理人或現由或曾由證人為其法定代理人者）受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。』旨在免除證人陷於抉擇控訴自己或與其有一定身分關係之人、或陳述不實而受偽證之處罰、或不陳述而受罰鍰處罰，甚而主觀上認為違反具結文將受偽證處罰之困境。又證人此項拒絕證言權，與被告之緘默權，同屬不自證己罪之特權，為確保證人此項權利，民事訴訟法第三百零七條第二項及刑事訴訟法第一百八十六條第二項均規定，法官或檢察官有告知證人之義務；如法官或檢察官未踐行此項告知義務，而告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結，將使證人陷於如前述之抉擇困境，無異剝奪證人此項拒絕證言權，強迫其作出讓自己入罪之陳述，違反不自證己罪之原則，自係侵犯證人此項權利。經查合作印染公司在上開民事事件上訴於第三審審理中，於八十六年三月二十六日，以上訴人意圖自己不法之所有，於八十四年五月間，冒用樂紡公司名義，向伊公司訂購前開布匹，伊公司不知有詐，而將布匹全數交付上訴人，詎上訴人收受後，樂紡公司竟稱上訴人早已離職，並未授權上訴人訂購布匹，而上訴人亦避不見面，顯見上訴人觸犯詐欺罪等情，向台北地檢署提出告訴，經該署受理後交由檢察官偵查，於八十六年九月二十七日終結，以八十六年偵字第七七三一號檢察官起訴書提起公訴，嗣經台灣高等法院於八十九年十月十一日以八十七年上易字第二七三〇號刑事判決判處詐欺罪刑確定，有上開刑事案件歷審案卷及起訴書、判決書影本在卷可稽；上訴人既未經樂紡公司授權，而冒用樂紡公司名義向合作印染公司詐購布匹，則其在此詐欺犯罪行為，尚未受追訴、處罰前，以證人身分於上開民事事件審判中到場具結，如為真實之陳述，無異證明自己未經授權而冒用樂紡公司名義向合作印染公司詐購布匹，足使其受刑事詐欺罪之追訴、處罰，依民事訴訟法第三百零七條第一項第三款之規定，享有不自證己罪之拒絕證言權，而法官依同法條第二項，亦有告知上訴人享有此項權利之義務；然依卷附上開民事事件之筆錄記載，上訴人在該民

<sup>33</sup> Vgl. Aselmann, Die Selbstbelastungsfreiheit im Steuerrecht im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NStZ 2003, 71ff.; Bärlein/ Pananis/Rehmsmeier, Spannungsverhältnis zwischen der Aussagefreiheit im Strafverfahren und den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren, NJW 2002, 1825ff.; Dingeldey, Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei außerstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten, NStZ 1984, 529ff.; Verrel, Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, NStZ 1997, 361ff., 415ff.; Wolff, a.a.O.(Fn. 2), S. 145ff.

事事件審判中，於八十五年十月十六日到場作證，法官並未踐行民事訴訟法第三百零七條第二項之告知義務，卻對上訴人告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結，依前開說明，無異剝奪上訴人不自證己罪之拒絕證言權，並強迫其作出讓自己入罪之陳述，應係侵犯上訴人此項權利。上訴人在不自證己罪之拒絕證言權被剝奪之情況下，為保護自己以免受刑事詐欺罪之追訴、處罰，而基於人類的本能為不實之陳述，何以得以偽證論罪科刑？又此種因侵犯上訴人不自證己罪之拒絕證言權所取得之證言，對上訴人而言，似非適法之證據，何以得採為認定上訴人犯偽證罪之判斷依據？原判決俱未說明其根據及理由，同有可議。」

### 三、本文評釋

傳統上，不自證己罪原則可以說是刑事法的「專利」。我國法迄今為止的發展如此，歐洲法早期的發展亦同。在歐洲個內國法方面，一九八一年德國聯邦憲法法院作成聞名的破產人裁判（*Gemeinschuldner-Entscheidung*）<sup>34</sup>，掀起了在非刑事法領域全面檢討不自證己罪的大海嘯，並導致德國民事、行政相關法規的修法浪潮，迄今仍然餘波蕩漾。在跨國性的歐洲法層次，歐洲人權法院在一九九三年作成的 *Funke* 案，更將非刑事領域的不自證己罪問題步步推向高峰，在隨後幾年間，法國的海關法、英國的公司法、瑞士的稅法<sup>35</sup>，一一成為被歐洲人權法院指摘的箭靶所在。值得注意的是，*Funke* 案是歐洲人權法院關於不自證己罪原則的第一則標竿裁判（*leading case*），而這則裁判不但不是針對核心內涵的「供述」證據而發，甚至於也不是針對典型運用領域的「刑事」程序，反而是針對（法國）海關法的配合提出文件義務，而且判決結果是法國違反不自證己罪原則！基於歐洲人權法院判例法的影響力與拘束力，歐洲法（含英國法）就不自證己罪原則的發展軌跡，大方向就此定調，而歐盟系統制訂的歐盟刑事法典草案，也明確繼承了歐洲人權法院判例法揭示的基本方向<sup>36</sup>。

鑑於問題的複雜性，在此僅就與九十四年度台上字第五十一號判決直接有關的問題，援引兩種指標，以便從光譜中來分析本案的定位。第一個指標是在非刑事法領域的不自證己罪問題，再分為「產生刑事法關連」（下稱 A 類）與「不產生刑事法關連」兩種情形（下稱 B 類）。後者（B 類），也就是純粹的非刑事法領域之不自證己罪問題，例如對拒絕配合行政檢查者施以非刑罰制裁（如罰鍰），或秩序罰等問題<sup>37</sup>。

以上兩類，前者（A 類），是指可能產生或後來產生刑事法關連的非刑事程序，在此統稱為「前置程序」，可能是民事程序（如系爭最高法院判決及前述德國破產人裁判），也可能是行政程序（如歐洲人權法院的 *Funke* 判決；典型事例是行政檢查後發現不法而移送刑事機關追訴的情形）。A 類共通的問題層次有二：一是，非刑事程序可否基於

<sup>34</sup> Vgl. BVerfGE 56, 37ff.; Anm. dazu vgl. Streck, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zum strafrechtlichen Verwertungsverbot bei Aussagen des Gemeinschuldners und seine Auswirkungen im Steuerstrafrecht, StV 1981, 362ff.; Stürner, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrens-förmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, 1757ff.

中文文獻：王士帆，註 2 論文，頁 286 以下；林鈺雄，註 2 文，頁 31 以下。

<sup>35</sup> ECHR, *Funke v. France*, 1993, Series A no. 256-A; *Saunders v. U.K.*, Reports 1996-VI; *J.B. v. Switzerland*, RJD 2001-III.

<sup>36</sup> Vgl. Esser, a.a.O.(Fn. 2), S. 520ff.; see Trechsel, *supra* note 2, pp. 340-359; 請參閱林鈺雄，註 2 文，頁 27 以下、39 以下。

<sup>37</sup> 這點也可能涉及立法的形成原則。以德國法為例，其社會秩序罰程序，就屬於不自證己罪原則的適用範圍：vgl. Bosch, a.a.O.(Fn.2), S. 19.

某種理由而課予相對人特定的協力義務，例如課予破產程序中的破產人特別的財產揭示義務（如德國破產人裁判所示情形），或如課予公司負責人對行政檢查員特定的據實答覆或文件提出義務（如歐洲人權法院的 *Saunders* 裁判<sup>38</sup>）；二是，如果可以，那麼，被告在該前置程序階段所供述或提出的證據，在後來的刑事程序有無證據能力。這兩個問題的層次有別，肯定了第一個問題，不等於回答了第二個問題，不得混淆<sup>39</sup>。假使國家機關在前置程序課予相對人（後來的刑事被告）某種供述或配合義務，就算這種協力義務在該非刑事法領域有其必要，但是，結合後來的刑事程序「整體觀察」，就可能產生強制被告自證己罪的問題，這才是刑事程序要專注處理的部分，也是前述德國法及歐洲法裁判的突破點。

第二個指標，也就是前述的「供述、非供述證據」，區分前置程序所取得的證據種類。其中，相對簡單的是的前置程序的供述證據，尤其是非刑事法的規範本身，已經考慮到不自證己罪問題的情形（例如已經明文賦予證人因不自證己罪之拒絕證言權<sup>40</sup>），系爭本案即是一例，下面就集中討論此類。

系爭判決援引的民事訴訟法第三〇七條第一項第三款，既然已經賦予證人因不自證己罪之拒絕證言權，爭點就集中在一個關鍵問題上：到底後來的刑事程序，援引被告在民事程序所為證詞的前提要件是什麼？換個角度來看，其實這也是先前民事程序與後來刑事程序，到底是要合併觀察還是分離觀察的問題。一九八一年德國聯邦憲法法院的破產人裁判，以及一九九六年歐洲人權法院的 *Saunders* 案，同樣處理這個關鍵問題，而且都是採取合併觀察法，並據此導出先前所取得證據在後來刑事程序不得使用的結論！尤其是後案，假使我們將兩段程序分離觀察，前置程序本身並非刑事程序，發動行政檢查時刑事被告地位也尚未形成，因此就不適用不自證己罪原則，也無違反問題；但歐洲人權法院斬釘截鐵判定應該合併觀察。這不難理解，否則，只要各內國法都在前置程序取證完畢之後，再來發動刑事程序，即可輕易規避刑事被告受不自證己罪原則保護的基本要求。說得白話些，先強迫自證己罪之後的不自證己罪特權，根本是虛晃一招。

從這個角度來看，九十四年度台上字第五一號判決可以說是「里程碑」！最高法院在此宣示的正是：前民事與後刑事程序要「合併觀察」，而且會連結到刑事程序的「證據使用禁止」！如果瞭解這個「任督二脈」在不自證己罪原則發展史上的重要性<sup>41</sup>，當

---

<sup>38</sup> ECHR, *Saunders v. U.K.*, Reports 1996-VI。本案涉及英國公司法所定公司負責人接受行政檢查的據實答詢義務及違反的制裁，也是典型的 *legal compulsion*。英國在檢查發現疑點後發動刑事追訴程序，檢方並且援引 *Saunders* 在檢查程序的陳述，作為對其不利的證據。

<sup>39</sup> 但陳運財，〈論緘默權之保障〉，《刑事訴訟與正當之法律程序》，頁 347-349，1998 年，卻未區別「行政法規可否基於其特殊性而課予陳述等義務」與「因此所得陳述可否作為刑事程序之定罪證據等」這兩個不同層次，故於肯認第一層次合乎比例原則後，隨即得出「不構成緘默權之侵害」的結論。

關此，說明與批評，請參閱林鈺雄，註 2 文，頁 31 以下。

<sup>40</sup> 如前所述，德國破產人裁判引發非刑事法領域的大海嘯，但其所直接衝擊者，多半是「非供述證據」的各種提出或配合義務，這是因為在「供述證據」部分，由於德國基本法生效後所制定的各類德國行政法規，幾乎都有相關人得以自證己罪為由而拒絕陳述或證言的明文規定，因此，就此範圍不致於產生違憲的疑慮。這點，和我國法的情形有別（我國非刑事法領域中，有違反不自證己罪之虞的規定頗多，在此不贅，例示請參閱王士帆，註 2 論文，頁 312 以下）。

<sup>41</sup> 正是因為這兩點，所以在德國聯邦憲法法院破產人裁判之後，引發了德國非刑事法領域全面性檢討不自證己罪原則的骨牌效應。

可大膽地說，本判決足以晉身我國最高法院的標竿裁判之列。打通這個任督二脈之後，接下來的問題就簡單多了。依照合併觀察法，先前民事程序取得證言的過程，若因未盡告知義務而違反不自證己罪原則，後來的刑事程序（詐欺罪或偽證罪）便不得將系爭證言採為裁判的基礎。儘管涉及的是在非刑事領域中相對簡單的類型（指已產生刑事關連的前置程序，且屬已有不自證己罪的拒絕證言規定之供述證據），但無論是推理或結論，本判決皆是難得的佳作<sup>42</sup>。

## 伍、結語

最後，總結本文評釋的論點如下：

一、「不得強制刑事被告作出自我入罪的供述」，也就是緘默權，固然是不自證己罪原則的核心內涵，但後者的射程距離大於前者。本文以「非供述證據」、「於法有據的間接強制」及「非刑事領域」等三個不自證己罪原則的外延問題為例，選錄最高法院相關裁判，予以評釋。

二、不自證己罪原則亦適用於「非供述證據」，此與緘默權有別。分析相關裁判亦可得知，最高法院並未將不自證己罪原則的射程距離侷限在供述證據；命被告提出非供述證據以自證清白，同樣是違反不自證己罪原則，此點結論同「主動基準」。但因最高法院並未明確、全面在刑事程序採行主動基準，因此仍遺留諸多疑點，尤其是強制被告主動配合的干預性措施（如命被告為現場模擬），是否違反不自證己罪的問題，仍未解決。

三、即便是「於法有據的間接強制」，仍然可能屬於侵犯不自證己罪原則之「不當強制」，我國槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第四項即是明證。最高法院就此以限縮解釋的迂迴管道，架空了該條項後段對拒絕或不實供述者的加重其刑規定。儘管說理不夠直接、徹底，但就結論言，最高法院終究在個案中，正確地拒絕了該條項後段的適用。

四、非刑事法領域，也有不自證己罪原則的適用問題，尤其是產生刑事法關連的非刑事程序（前置程序）。關此，最高法院亦明白以先前民事程序未依法對享有拒絕證言權者盡告知義務為由，判定違反不自證己罪之先前證言，後來不得作為刑事程序的證據使用。這是相當具突破性的實務見解，值得大力稱道。

---

此外，這兩點也正是歐洲人權法院與英國政府在 *Saunders* 案的見解歧異所在，並且，英國於本案敗訴後，隨即從善如流，在 1999 年修法，將歐洲人權法院的見解轉化為其內國法（see *Mowbray, supra note 2, at 300*）。

<sup>42</sup> 不過，筆者必須提醒，以上所述的指標性意義，其實還缺了「臨門一腳」。這是因為 94 年度台上字第 51 號判決的系爭刑事程序是「偽證罪」，而非「詐欺罪」，最高法院質疑下級審認定被告構成偽證罪的理由，其實混合了實體法（偽證罪成立要件）與訴訟法（證據禁止使用）兩個面向，說理彼此交雜不清，以致於稀釋了不自證己罪問題的濃度，因此難以絕對論斷，假使後案是詐欺罪時應如何處理。

反之，前述破產人裁判及 *Saunders* 判決，純粹是以不自證己罪為導向的論證，所以能夠廣泛地運用在「（後來）產生刑事法關連的前置程序」。簡單地說，假如將此兩裁判見解，套用到我國上開後案是詐欺罪的情形，答案一樣清楚：不能以先前民事程序違反不自證己罪所得的陳述，作為後刑事程序被告犯詐欺罪的有罪證據。我國最高法院未來會不會踢出這個臨門一腳，將是觀察重點所在。

五、就以上三點，最高法院的相關裁判，水準超越國內通說，發展方向也與歐洲人權法近年來跨國性整合的趨勢吻合。這對我國法與普世人權基準的銜接，立下良好的典範。

