


國立政治大學法學院碩士在職專班

碩士論文

指導教授：楊雲驊 博士

The logo of National Chengchi University is a circular emblem. It features a central five-petaled flower shape with the Chinese characters '政大' (Chengchi University) inside. The outer ring of the emblem contains the text 'National Chengchi University' in English and '國立政治大學' in Chinese.

證人不自證己罪之特權—
證人證言與被告自白交互運用之探討

研究生：陳慶華

中華民國 101 年 6 月

謝 辭

對一個法律門外漢來說，進入法律殿堂不是件容易的事；對一位法學專業教授來說，要指導一個法律門外漢學習法律甚至撰寫論文，難度是前者的數倍之譜。楊雲驊老師對筆者的指導，筆者無盡感激。

記得 2 年前請楊老師指導論文時，他質疑，公務員不是應該撰寫行政法相關論文嗎？筆者因為過去從事新聞工作多年，對司法相關新聞很有感覺，對程序不正義的偵查、起訴乃至審判過程也頗有感觸，希望藉由就讀法碩專班釐清過去種種疑慮，更希望撰寫出一篇對刑事訴訟程序有些許貢獻的論文（後來發現目標訂高了）。楊老師傾聽了筆者想法後，欣然接下這個「艱鉅」的任務。在選修楊老師刑事訴訟法課程以及撰寫論文過程中，發現以楊老師的刑訴專業素養來指導筆者，真是大材小用，殺雞用牛刀，可是楊老師並不以此為忤，耐心指導，讓筆者有機會更有勇氣完成論文、參加口試。

筆者也要感謝口試委員何賴傑老師以及張明偉老師，對一個不成熟的論文提出諸多醍醐灌頂的質疑與指導，讓這篇論文有機會更接近專業。

最後，最要感謝內人秀娟。筆者在修課期間，無法兼顧家庭生活，下班後必須趕到公企中心上課，下課回到家通常已經夜間 11 點半；假日經常在寫報告中度過，她總默默地把家裡整理得一塵不染，假日還不時準備佳餚幫筆者補補耗去太多的腦細胞。買不起鴿子蛋，這篇論文就獻給她吧！

摘要

「不自證己罪原則」乃刑法之傳統原則，已在絕大多數國家之刑事訴訟法中根植、貫徹。我國刑事訴訟法嗣於 2002 年修訂後，其中第 95 條第 2 款、第 180 條及第 181 條均係對「不自證己罪原則」之貫徹。此原則之適用主體既包括「被告」亦包括「證人」之角色，其表現為「證人」對自己不利之事實可拒絕作證之特權。「被告」與「證人」因訴訟地位不同，其所享有之訴訟權利、承擔之訴訟義務亦大相逕庭。故在「不自證己罪原則」之下，所享有之權利在性質、內容、適用範圍及行使條件與效果等面向存在明顯差別，且其陳述作為「被告自白」與「證人證言」雖同屬言辭證據之形式，然其證據力與證明力及獲取證據之方式亦大有不同。

基此，本文以「不自證己罪原則」為核心，從證人拒絕作證之特權角度分析我國現行刑事訴訟法及實務中對「證人證言」與「被告自白」交互運用之現象分析與考量，集中探討如下之問題：一、交互轉化運用之合法性判斷標準；二、交互轉化運用之程序正義當如何維護：如告知義務之踐行、證人具結義務之履行等；三、交互轉化運用後證據之證明力之判斷。最後，總結理論，針對當前立法之不足、實務之空白，對轉化運用提出參考性建議。

關鍵字：不自證己罪 被告自白 證人證言 共同被告 共犯 緘默權 告知義務 具結義務

目 錄

第一章 序論.....	1
第一節 前言.....	1
第二節 研究緣起.....	2
第三節 研究目的.....	4
第四節 研究範圍.....	4
第五節 研究方法.....	5
第六節 研究架構.....	6
第二章 證人不自證己罪特權之基礎——不自證己罪原則.....	9
第一節 不自證己罪原則之歷史.....	9
第一項、不自證己罪原則起源之爭.....	9
第二項、不自證己罪原則的確立和發展.....	11
第二節 不自證己罪之理論基礎.....	14
第一項、制度面向之理論基礎.....	14
第二項、個人面向上之理論根據.....	20
第三節 不自證己罪之內涵.....	25
第一項、行使主體.....	26
第二項、強迫.....	27
第三項、歸罪——入罪危險.....	30
第四節 違反不自證己罪原則之法律後果——證據排除.....	31

第一項、證據禁止.....	31
第二項、不自證己罪原則與證據排除.....	34
第三章 證人證言與被告自白之比較.....	36
第一節 證人與被告之比較.....	36
第一項、訴訟地位之比較.....	36
第二項、權利義務之比較.....	46
第三項、小結.....	56
第二節 證人與被告不自證己罪特權之比較.....	57
第一項、表現之權利之不同.....	57
第二項、性質之不同.....	58
第三項、拒絕陳述事項之不同.....	59
第四項、適用範圍之不同.....	59
第五項、權利行使之不同.....	60
第六項、拒絕陳述效果之不同.....	60
第三節 證人證言與被告自白之證據形式比較.....	61
第一項、證據資格.....	61
第二項、證明力.....	62
第三項、證據真實性之判斷.....	64
第四章 證人證言轉化為被告自白之運用.....	66
第一節 證人證言轉化為被告自白之情形.....	66
第二節 轉化運用合法性判斷.....	70
第一項、告知義務.....	71

第二項、 是否違反自白任意性.....	73
第三項、 蓄意.....	73
第三節 轉化運用合法性判斷之具體問題探討.....	76
第一項、 可否同時為第 95 條與第 186 條第 2 項之告知義務	76
第二項、 未行拒絕證言之告知義務之情形.....	78
第三項、 踐行第 186 條第 2 項告知而未踐行第 95 條告知義務之情形	83
第五章 被告自白轉化為證人證言之運用—共同被告自白之性質認定及運用..	85
第一節 共同被告之界定.....	86
第一項、 共犯的概念.....	86
第二項、 共同被告的概念.....	87
第三項、 我國法律之規定.....	89
第二節 共同被告自白之性質.....	91
第一項、 共同被告自白之特殊性.....	91
第二項、 我國法律之規定.....	91
第三項、 共同被告自白之性質—證人證言性理由分析.....	92
第三節 共同被告自白之證明力.....	94
第一項、 共同被告自白是否需要證據補強.....	95
第二項、 共同被告之自白是否可以互為證據補強.....	97
第四節 共同被告自白作為證人證言運用之合法性判斷.....	99
第一項、 合法性之判斷標準.....	99
第二項、 共同被告自白作為證人證言合法運用之途徑—程序分離..	102
第六章 結論.....	106



第一章 序論

第一節 前言

1999 年之前，我國刑事訴訟制度尚在承襲大陸法系的「職權進行主義」時代，許多侵害人民訴訟權甚或人權的訴訟行為，實務界多認為「理所當然」，而被告本人只能「自認倒楣」，多數未具法律知識的民眾更認為被告「罪有應得」、「咎由自取」。學者有鑒於程序正義更甚於實質追訴，根據 1999 年全國司法改革會議的共識與結論，大力推動刑事訴訟改行「改良式當事人進行主義」，2002 年修正公佈施行。修法後，訴訟之發起與進行，取決於當事人。檢察官與原告、被告、自訴人一樣是當事人，除訴訟地位無異外，更加重了檢察官實質舉證的責任。

檢察官實質舉證的責任加重後，對犯罪嫌疑人的人權，以及被告的防禦權是種保障。但是，深諳訴訟程序技巧的檢察官，為求順利起訴，偶有創意之舉，「將證人轉被告」就是最典型的傑作之一。證人沒有緘默權，有到場、具結、真實陳述義務，不到場，得處罰鍰或拘提（刑訴 178 I），虛偽陳述，則構成刑法 168 條「偽證罪」；被告依刑事訴訟法第 95 條第 2 款：得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。此二者之差別，何止天壤之距？如今卻有不少檢察官經常技術性忽略刑事訴訟法 181 條：證人恐因陳述致自己或與其有 180 條第

1 項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。這項權利相當於美國憲法第 5 修正案的「不自證己罪特權」（Privilege against Self-Incrimination）。在故意或過失漏未告知證人有這項權利的狀況下，檢察官採取告知證人「無緘默權且有真實陳述義務」的手法採證，陷犯罪嫌疑人於高度危險中，削弱被告防禦權，也侵害了憲法所保障的人民訴訟權。

所幸，已有不少學者大力抨擊檢察官這種手法，而實務上最高法院也以判決指出此種手法為違法，所採供述資料不具證據力，應予排除。然，實務上這種情形還是繼續發生，學界與實務界不得不正視此一嚴重問題，拿出更有效的防制作法，以便保障人民在憲法上所享之訴訟權。

第二節 研究緣起

經常有名人被地檢署傳訊，大批媒體守候地檢署門口，當名人出現時，媒體一擁而上，閃躲不及的名人故作鎮定地告訴媒體記者：「沒事，我今天只是以證人身份出庭。」以證人身份出庭果真就沒事嗎？幾天後，由於該名人「涉嫌重大」，檢察官將他（她）由證人身份轉為被告。

這是最常見的檢察官「實務」作法，利用證人有到場（刑訴 178 I）、具結、真實陳述（刑訴 186）等義務，否則即構成刑法「偽證罪」（刑法 168）的現行刑事訴訟法規定，在取得這名「潛在被告」

(證人) 真實陳述後，再依刑事訴訟法 95 條告知有權保持緘默，無須違背自己意思而為陳述 (刑訴 95 條 2 款)，但為時已晚，證人證言隨著其身分的轉換，亦成為被告的「潛在」犯罪自白。

儘管學者認為這無異是詐欺取得證言 (刑訴 98)，不得採為證據 (刑訴 156 I)。實務上也認為，倘檢察官於偵查中，蓄意規避踐行刑事訴訟法第 95 條所訂告知義務，對於犯罪嫌疑人以證人之身分予以傳喚，命其結陳述後，採其證言為不利之證據，列為被告，提起公訴，無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使，尤難謂非以詐欺之方法取得自白。此項違法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除¹。根據刑事訴訟法第 181 條，證人也有不自證己罪的特權，但沒有觸及檢察官漏未告知證人這項特權時的法律效果。況且，要證明經過深度法律訓練的檢察官「蓄意規避」談何容易，檢察官輕易就能駁回該項指控²，人民訴訟防禦權因此受到嚴重侵害。

證人與被告之間，在訴訟法上地位、選任辯護人權利、到場義務、真實陳述義務、被告知權利等均有很大的不同，檢察官若恣意隨時將證人轉為被告，不但違反證人不自證己罪原則、侵害被告緘默權，也構成詐欺取證，若法院不制止這種作法而承認該證言之證據力，無異使改良式當事人進行主義的三面關係陷於傾頹。

證人與被告的「不自證己罪特權」有何不同，在不自證己罪原則下，是否可以實現證人證言與被告自白之交互運用，如何轉化運用才符合證據規則之要求，是本研究的主要方向。

¹ 92 年臺上字第 4003 號判決。

² 何賴傑，〈2003 年刑事訴訟法判決回顧〉，本土法學雜誌 66 期，2005 年 1 月，頁 143。

第三節 研究目的

當受傳喚出庭作證的民眾，慶幸自己並未被列為被告時，殊不知，檢察官當場或下個程序就將其證人身分轉為被告身分，這種程序到底合不合法？或是先前證言是否具有證據能力，雖然學者與最高法院實務見解皆曰不可，但實務操作上仍有可乘之機。為求便宜行事、順利起訴，檢察官故意或過失忽略對證人「不自證己罪特權」的告知義務，將證人轉為被告的情形仍時有所聞，法院採信檢察官以此類手法所採的證言具證據能力，嚴重削弱被告防禦權，同時也損及人民受憲法保障的訴訟權。

因此，本研究目的在於深究刑事訴訟程序之正義、證人不自證己罪特權之保障、證人證言與被告自白之交互轉化是否符合程序正義之要求，在不自證己罪原則下，如何保障其轉化運用之合法性以及該證據之證明力如何等面向，企圖找出一套符合程序正義，又不增加司法成本之轉化運用之程序。

第四節 研究範圍

本研究以憲法第 8 條人身自由、第 11 條言論自由、刑法第 168 條偽證罪、刑事訴訟法第 76 條、95 條、98 條、156 條、178 條、193 條、179-183 條、185 條，以及 92 年臺上字第 4003 號判決為主軸，

將研究範圍設定在證人不自證己罪權利伸張、證人與被告間訴訟權利與訴訟地位之差別、緘默權與拒絕證言權之異同與適用範圍與人權保障相關法律條文、文獻、學說與實務見解，並交叉探討「證人轉被告」、「不自證己罪特權」等相關實務與學說。

證人不自證己罪之條文雖可稱是歷史悠遠，然對於在刑事訴訟程序中，如何具體實踐證人不自證己罪之權利，仍存有若干疑問，諸如證人得否選擇性陳述、得否事先概括性的拒絕證言或是何時得主張不自證己罪而拒絕證言，均有其探究之必要。

第五節 研究方法

一、內容分析法

針對刑法第 168 條偽證罪、刑事訴訟法第 75 條、95 條、98 條、156 條、178 條、193 條、179-183 條、185 條，以及 92 年臺上字第 4003 號判決、大法官相關解釋案、美國憲法第 5 修正案、德國刑法「不自證己罪」之規定等條文內容、修法理由等面向，分析條文內容真義，以及立法者所忽略的面向探討。

另外也將探究國內外證人與被告之人權保障相關法律條文、立法理由、學說與實務見解，以及證據能力與證據排除法則等相關學說與實務見解。

二、文獻分析法

精選並探討證人與被告「不自證己罪特權」之國內外相關文獻，從文獻中找出相關脈絡，並根據這些脈絡分析整理出適合我國國情，同時也符合世界潮流的證人與被告之人權保障平衡點。

三、 比較研究法

以被告與證人之基本訴訟權利訴訟義務為標的，透過比較分析「不自證己罪特權」對被告與證人之區別，並比較證人證言與被告自白在證據能力、證據之證明力以及證據性質等面向上之異同。

四、 個案研究法

以傳訊證人的方式來訊問被告（即形式上證人，實質上被告），就是常見的「證人轉被告」模式。在國內，屢見不鮮，將從各級法院的形式案例中，找出類似作法，並觀察「不自證己罪」原則被忽略情形、法院的處理態度、以及辯護人的因應之道。

在國外方面，搜尋國外類似「不自證己罪」與「證人轉被告」的相關案情，從中研究該案例的發展過程及結果。他山之石，可以攻錯，透過這些個案分析研究，找出適合我國國情發展的法制建議。

第六節 研究架構

論文結構分為六章，各章討論之重心，分別略述如下：

第一章 序論

本章內容為研究動機與目的、研究範圍及研究方法之說明，並對本論文架構加以概述。

第二章 證人不自證己罪特權之基礎——不自證己罪原則

本章係對不自證己罪原則的系統研究。從不自證己罪原則之起源與發展之歷史入手，研究不自證己罪原則之理論基礎，重點於系統研究不自證己罪原則之內涵、要素，以及違背不自證己罪原則之後果——即證據排除規則。本章力主透過對不自證己罪原則之全面深入研究，為證人證言與被告自白之交互運用之規則奠定基礎。

第三章 證人證言與被告自白之比較

本章內容旨在對證人與被告，證人證言與被告自白作系統比較。從證人與被告之訴訟權利訴訟地位面向上分析得出證人與被告之訴訟地位之根本差別。此差別即使得在不自證己罪原則下，證人與被告雖均為該原則之適用主體，然其所享之不自證己罪權利在性質、內容、適用範圍等面向上存在巨大差別。因被告與證人之訴訟地位之差別，使得雖同為陳述形式，然證人證言與被告自白在證據資格、證據之證明力以及證據價值等面相上存在差異，亦不可等同視之。故其交互運用要符合一定標準才具有合法性。

第四章 證人證言轉化為被告自白之運用

本章內容主要圍繞證人證言轉化為被告自白運用之具體規則進行研究。首先明確實務中證人證言轉化為被告自白之情形，其次以前文研究之結論，具體分析證人證言轉化為被告自白之運用之合法性之判斷標準為何，最後按照所歸納之判斷標準，具體分析相關規則之解釋與適用。

第五章 被告自白轉化為證人證言之運用——共同被告自白之性

質認定及運用

由於被告自白轉化為證人證言之唯一情形即共同被告之自白之運用，故本章圍繞共同被告自白之性質及運用中相關問題加以探討。首先明確共同被告之範疇，並透過共同被告與共犯之比較，具體界定本文所要探討之共同被告自白之情形。其次在不自證己罪原則之前提下，分析共同被告自白之性質，肯定其證人證言之證據性，並探討其證據之證明力如何，是否需要適用證據補強規則。最後，聚焦於保障不自證己罪特權之享有，探討共同被告自白作為證人證言運用之途徑—程序分離。

第六章 結論

歸納前各章節之研究所得，提出研究發現及獲得的結論，總結歸納前述各章之核心觀點與核心結論。

第二章 證人不自證己罪特權之基礎——

不自證己罪原則

第一節 不自證己罪原則之歷史

第一項、不自證己罪原則起源之爭

不自證己罪原則（*nemo tenetur se ipsum accusare*; *nemo-tenetur-Prinzip*），可說是現代法治國的棟樑，歐洲人權法院將其譽為被普遍承認的國際標準（*generally recognized international standards*），屬於公平審判（*fair trial*）原則之核心內涵。根據此項原則，任何人皆無義務以積極作為來協助對己的刑事追訴；反面言之，國家機關亦不得強制任何人積極自證己罪。³

關於不自證己罪原則的起源，學界尚存在兩種觀點。西方傳統觀點認為，不自證己罪原則起源於 17 世紀後期的英國，這種觀點的代表人物是約翰·威格莫爾（*John H. Wigmore*）和倫納德·利維（*Leonard. W. Levy*）。威格莫爾在其著作「普通法審判中的證據法理論」中提出：「1641 年英國議會廢除王室特別法院（星座法院、高等委員會法院）和宗教法院，並禁止「職權宣誓」程序，這對於普通法院產生了決定性的影響，在此後的普通法訴訟中，開始有人明確

³ 轉引自林鈺雄，刑事訴訟法上冊總論篇，頁 155，元照出版社，2007 年 9 月 5 版。

主張任何人都沒有義務對於任何指控（不管它的提起是如何的適當）、在任何法院（不只是在宗教法院或星座法院）自陷於罪。後來，這樣的主張被法官們所接受，...到了查理二世王朝結束時，這種主張在任何法院都不再有疑問，並且援引了 17 個判例作為根據。」⁴威格莫爾的觀點在當時得到了廣泛的承認，在此基礎上，利維進一步強化了這一觀點。利維在其發表的「第五修正案的起源：反對強迫自我歸罪的權利」一文中提出：「不自證己罪特權是英國人創造的，在中世紀英國普通法中存在著深厚的基礎。不自證己罪特權產生於刑事訴訟的兩種對立模式的鬥爭中。一邊是英國普通法，它堅持訴訟主體的權利和自由（儘管它有時也有倒退）。普通法傳統及其實踐者建立了不得被強迫回答自我歸罪的問題的權利。另一邊則是羅馬民法和大陸糾問式訴訟——它被英國教會法庭適用，它的實踐者頑固地反對創設該特權。」⁵

與之相對的以霍爾茨（R. H. Helmholtz）為代表的反對派則認為，不自證己罪原則不可能在 17 世紀起源於英國普通法，它的產生可以追溯到早期吸收了教會法和羅馬法的歐洲普通法。「歐洲法的兩個來源羅馬法和教會法被大陸國家的法律實踐所吸收而形成了普通法（*ius commune*）。這種普通法被英國世俗法庭和教會法庭所採用。

⁴ John H. Wigmore: Evidence in Trials at Common law §2250, 259—290 (John. T. McNaughton 1961 rev. ed.)

⁵ Leonard. W. Levy: Origins of the Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination, 2d, ed. 1986. P.216-218, P.5. The book first appeared in 1968.

正是在這些法庭中，而不是在普通法（Common law）法庭中，⁶該特權首次被英國法律實踐所認可。」⁷

兩方觀點所爭議之核心焦點在於不自證己罪原則究竟是根植於英國普通法，抑或是該原則本起源於歐洲普通法，但因缺乏發展之「土壤」未得到認可，直到傳入英國後，才在法律實踐中得以確認。之所以產生如此觀點爭議，係由 17 世紀「讓被告開口」的刑事訴訟中存在的少數例外所致。在 17 世紀的「讓被告開口」的刑事訴訟使被告不可能在審判中主張不受強迫自我歸罪的特權，而必須對控訴證據及提問作出如實回答和解釋。但這並不能就此否認在 17 世紀該特權的存在。因為即使否認該特權在當時存在的學者也承認，在 17 世紀，確實有少數被告在審判中主張有權不被強迫回答自陷於罪的問題，並得到主審法官的支持，但因數量少而被否定。可以說，在這個時期，強迫自證己罪與不得強迫自證己罪同時存在。強迫自證己罪是普遍的，而不得強迫自證己罪的權利充滿了例外，因此其作用十分有限。此亦是該特權在當時並不成熟之表現。⁸拋開兩方觀點之是非暫且不論，可以肯定的是不自證己罪之原則在兩大法系均具有悠久的法律思想淵源及制度傳統，其對兩大法系之訴訟程序均產生了深刻之影響。

第二項、不自證己罪原則的確立和發展

儘管不自證己罪原則可以追溯到歐洲普通法，在英國得到初步發

⁶ *ius commune* 係指文藝復興後的以古羅馬法研究為基礎而建立起的歐洲法律體系，被譯作“普通法”或“公共法”；而所謂 *Common law* 亦即普通法，通常係指英國 12 世紀左右開始形成的一種以判例形式出現的適用於全國的法律。因此在“普通法”的稱謂中存在兩種不同的解釋和涵義。

⁷ R. H. Helmholz: *Origins of the Privilege against Self-Incrimination. The Role of the European Ius Commune*, 65 *New York University Law Review* 962.Oct.1990.

⁸ R. H. Helmholz: *Origins Of The Privilege Against Self-Incrimination: The Role Of The European Ius Commune*,65 *New York University Law Review* 962.Oct.1990.

展，但不可否認，現代意義上的不自證己罪原則是在美國發展壯大的，並影響到全世界。1776年Georg Mason起草的《維吉尼亞權利宣言》（Virginia Declaration of Rights）中，第8條所載明之：「任何人不論在民事或刑事程序中，均有權詰問原告或證人，有權取得對其有利之證據；有權接受陪審、享有迅速之審判，並且不可強迫其提出對其不利之證據」，被認為是不得自證己罪之明文依據，迄至1791年，美國通過憲法第1至第10條增修條文，即所稱之「人權法案」（Bill of Rights），其中第5條明定：「沒有人...可以在刑事案件中成為對自己不利之證人」（No person..., nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself），使不自證己罪原則具備憲法位階。⁹美國憲法第五修正案規定「任何人不得被強迫作為指控其犯罪的證人」，一般稱此為「不自證己罪之特權」（Privilege against Self-Incrimination），該特權被視為美國憲法的一部分。

隨著人權保護的推進，不自證己罪原則逐漸得到國際社會的普遍認可。除英國、美國外，其他英美法系國家在訴訟制度中也紛紛確立了該原則；即使是實行職權主義之大陸法系國家，其訴訟制度中亦體現出明顯地受該原則之影響。

英美法系國家中，加拿大深受英國法影響，不自證己罪原則在加拿大主要表現為緘默權。1982年「加拿大權利與自由憲章」第11條規定：「任何人受到刑事指控時，都有權不被強迫在針對自己的訴訟程序中充當證人。」而該原則在澳大利亞的規定則主要透過緘默權和

⁹ 王士帆著，不自證己罪原則，春風煦日論壇，2007年6月版，頁95。

非法證據排除規則反映出來。值得注意的是，澳大利亞的緘默權不僅限於個人，公司也可以主張緘默權。這一規定的依據是「澳大利亞公司法典」第 67 條第 1 款規定：「公司享有自然人所享有的一切權利以及 1934 年的一個判例賦予公司反對自我歸罪的權利。」¹⁰

而大陸法系國家雖奉行職權主義訴訟模式，但隨著不自證己罪原則在英美法系國家的普遍確認，其亦逐漸確立了對該原則的適用。德國刑事訴訟法中未明確規定該原則，但從其他條文中亦能推導出該原則之內涵。德國「刑事訴訟法」第 136 條：「初次訊問規定：(一)初次訊問開始時，要告訴被指控人所被指控行為和可能適用的處罰規定。接著應當告訴他，依法他有就所指控進行陳述或者對案件不予陳述的權利，並有權隨時地，包括在訊問之前，與由他自己選任的辯護人商議。此外，對他應當告知可以申請收集一些對自己有利的證據。」
「(二)訊問時要給予被指控人機會消除對他產生嫌疑的理由，提出對他有利的真實。」第 136 條 a 規定了禁止訊問的方法，「(一)對被指控人決定和確認自己意志的自由，不允許用虐待、疲勞戰術、傷害身體、服用藥物、折磨、欺詐或者催眠等方法予以侵犯。只允許在刑事訴訟法准許的範圍內實施強制。禁止以刑事訴訟法的不准許的措施相威脅，禁止以法律沒有規定的利益相許諾。(二)有損被指控人記憶力、理解力的措施，禁止使用。(三)第一、二款的禁止規定，不顧及被指控人的承諾，必須適用。對違反這些禁令所獲得的陳述，即使被指控人同意，也不允許使用。」第 163 條 a 訊問被指控人中規定「(四)

¹⁰ 約翰·w·斯特龍主編、湯維建等譯：「麥考密克論證據」，2004 年 2 月版，頁 233。

警察機構官員第一次訊問被指控人時，應當告訴他所被指控的行為。第 243 條規定，在審判中，審判長應告知被告，可以自行決定對公訴作答辯還是對案情不予陳述。」¹¹上述條文中可以清晰地看到，德國刑事訴訟法對於禁止刑訊逼供的確有十分明確的規定，從初次被訊問到審判，被指控人、被告也有不予陳述的權利，在一定程度上體現了不自證己罪原則。

第二節 不自證己罪之理論基礎

第一項、制度面向之理論基礎

第一款、抑制司法暴力，維護刑事程序之公信力

不自證己罪原則與反對刑訊逼供和職權宣誓¹²是緊密相連的。職權宣誓其實質即強迫自證己罪，職權宣誓下之訴訟中，控辯雙方之地位明顯失衡，代表國家之追訴機關利用職權主動尋求事實真相，而忽略乃至放棄對被告方之對等權利之保障。不自證己罪原則要求不能刑訊逼供，利用非法手段獲取證據，要降低對被告自白之依賴。追訴機關既是訴訟程序之當事人，亦是國家權力之代表，其必然在地位、權利、經濟、效能等各方面較之被告方具有明顯之優勢。不自證己罪原則即係透過對被告方訴訟權利的保障，防止權力濫用、司法暴力，以

¹¹ 約翰·w·斯特龍主編、湯維建等譯：「麥考密克論證據」，2004 年 2 月版，頁 256。

¹² 宣誓在歐洲訴訟歷史上佔有非常重要的地位。早在日爾曼法時期宣誓即係非常重要之證據形式。起初宣誓是控方證人的權利，依靠宣誓以提高控方證人證言之證明力，而後逐漸轉變為被告方之證人義務。1215 年由教會法程序中引入詢問程序，嫌疑人必須宣誓回答對他提出的一切訊問，此即職權宣誓（the oath ex officio）。

平衡訴訟雙方之權利地位，這既是正當程序價值的需要，亦是維護刑事程序公信力之要求。

惟此一立論有抱持不同態度者，蓋「正當法律程序」抑或「公平審判程序」在概念上並沒有一個明確、特定的內涵，雖然從 84 年釋字第 384 號解釋以降，大法官提出其關於「實質正當法律程序」的例示性說明，其後第 396 號（公務員懲戒程序）、418 號（訴訟救濟之管轄）、436 號（軍事審判）、491 號（公務員免職處分）、574 號（民事訴訟法第 466 條財產權上訴第三審限制的合憲性爭議）及第 582 號解釋（共同被告對質詰問權）亦一再宣示「正當法律程序」在憲法上的保障，然而均是針對個別案例明示關於正當法律程序的適用，尚無一具體形貌，而程序上到底正不正當，審判是否公平，其實都是從刑事訴訟的基本原則架構而成，亦即程序的正當與否，必須有所依據或理念，方能夠比較出什麼樣的程序為正當，什麼樣的程序非正當，一言以蔽之，所謂「正當法律程序」，其實就是刑事程序網路的整體綜覽。因此，既有的原則或實質法已有正當程序的脈絡可循下，實不宜跳躍法律層次而太過急切訴諸憲法原則，動輒認定此等刑事程序的要求已歸屬於憲法層次。是以如欲直接以正當法律程序作為不自證己罪原則的憲法位階，恐有落入循環論證之嫌。¹³

第二款、保障證據之可靠性，係自白任意性之要求

證據之證明能力的判斷決定了證據是否被採納，而證據本身之真實可靠性則關乎案件最終判決的正確性。對被告自白的依賴來自於人

¹³ 王士帆著，不自證己罪原則，春風煦日論壇，2007 年 6 月版，頁 88。

不可能作對己不利之自白。但在特定的非常態之下，被告則會迫於一時之壓力或為維護自己之特定利益而作出虛假自白，如刑訊逼供抑或詐欺、脅迫等。因此對於被告自白之信賴，必須以排除違法行為之非常態情形之存在為前提，即此集中體現為自白任意性之要求。

所謂自白任意性係指在刑事訴訟中嫌疑人、被告之自白必須是基於自由意志而作出，否則不具有證據力。對於違反自白任意性之證據排除，具有如下五種理論¹⁴：

一、 虛偽排除說

「此說認為，因基於強暴、脅迫、利誘等方式所取得之自白，其屬虛偽之蓋然性極高，由於供述本身欠缺篤信性，可能導致誤判或罰及無辜之危害，故藉由排除自白之證據能力，得以排除虛偽之自白。日本判例及昔日英美判例之立場均傾向此說。」¹⁵此說是建立在證據真實性之考量基礎上，只關注證據真實與否，而不考量取得方式之合法性，即只要證據是真實的，即使存在取得方式上的瑕疵，亦不可否定其證據能力。此說的弊端在於將證據能力與證據證明力混為一談。對於證據材料，應先判斷其是否可作為證據之資格—證據能力，再判斷其對犯罪事實的證明作用—證明力。而真實性是證明力的核心，以此作為判斷證據能力的標準，是證據規則上的跳躍，因而不妥。

二、 人權擁護說

此說認為，違反任意性之自白不具有證據能力之原因在於其有悖於人權之保障。訴訟權利亦是人權之重要內容，強迫、脅迫方式本質

¹⁴ 柯耀程，自白任意性之探討，警學業刊第 16 卷第 1 期，1985 年 9 月，頁 19-22。

¹⁵ 周瑞芬，刑事被告與證人地位之轉換，國立中正大學法律研究所，2005 年碩士論文。

上是對被告之人權的侵犯，因此即使自白符合真實情形，亦不可作為證據採納。其關注於自白取得之合法性，而不是真實性。我國實務即採納此學說。¹⁶

此學說亦有不妥之處。首先，將自白任意性與被告之緘默權等同，但其各自具有不同之理論基礎，不應將二者完全等同視之。其次，詐欺、利誘之方式歸納為侵犯被告之人權略顯牽強，但其亦屬違背自白任意性之情形，因而此說對違反之情形不能囊括其所有。再者，若有欺詐、利誘等手段，但該手段未實質阻礙被告之自白的任意性，則依此說應具證據能力，亦應作為證據採納，但這又有悖於法律之規定。

三、 違背誠實信用說

此說認為，自白任意性是誠實信用原則要求之一，違背任意性之自白若作為證據被採納，則是對誠實信用原則的根本性悖離。誠實信用原則乃民法中之根本，其強調之民事行為之公示公信力。自白任意性是對刑事證據的考量與選擇，其精神內涵與誠實信用原則差距較大，因此持此學說觀點者較少。¹⁷

四、 情事綜合說（競合說）

此說是為解決虛偽排除說與人權擁護說之弊端。綜合兩者之觀點，即綜合考量自白之真實性與被告自白之心態，凡誘發自白之虛偽情形和侵犯被告自白自由之情形均排除其自白之證據能力。此學說對於虛偽排除說與人權擁護說之優勢只是簡單結合，而未解決兩學說各自之根本性問題，仍存在明顯之缺陷。

¹⁶ 陳樸生著，刑事證據法（重訂版），1992年10月重訂再版，頁204。

¹⁷ 同前註，頁102。

五、 違法排除說

「此說認為排除欠缺任意性之自白，乃在保障自白採取過程之手續必須正當合法，此係為了防止違法手段取證而設立之法則，其理論基礎是建立在正當法律程序上。此乃從侵害辯護人選任權方面求得自白排除法則之根據。廣而言之，採證過程由於不可施以強暴、不可長期不正當之違法羈押，或不可為無任意性供述之偵訊等行為，故應否定經由此行為取得之自白。」¹⁸

六、 小結

綜合比較上述之觀點，對於自白任意性之理解無外乎兩個要素：一是被告之心態，二是證據取得之程序合法性。虛偽排除說與人權擁護說即著眼於被告之心態，其判斷標準係被告之主觀意志是否被強迫或自由被侵犯；而違法排除說則著眼於證據取得的程序，其判斷標準是程序是否符合法律之規定。兩者相比，前者為主觀標準，而後者則為客觀之衡量，不言而喻，違法排除說的可操作性更強。且違法排除說亦能解決了虛偽排除說與人權擁護說之不完整性，將證據能力與證據真實性區分考量，同時亦能包含強迫、欺詐、利誘等所有法律列舉之情形。而違背誠實信用說與情形綜合說之弊端前文已述，持其觀點者甚少，此處不再贅述。故違法排除說理論最為周延。

第三款、 平衡控辯雙方之力量，係無罪推定原則之延伸

「所謂無罪推定原則（德文為 *Unschuldvermutung*，英文為 *Presumption of Innocence*）其意為被告被追訴之犯罪，在法律上被證

¹⁸ 黃朝義，刑事證據法研究，2002年4月第2版，頁104。

明有罪之前，應推定其無罪，詳言之，被告之罪責必須於合乎訴訟規則的程序，被迫證明至令法院產生無合理懷疑之確信心證程度時，法院始能判決被告有罪，但在此時點之前，應推定被告無罪。」¹⁹無罪推定原則之於刑事訴訟法而言具有宣示性之意義，實務中並不能直接援引此原則作為審判之依據，其引導性之作用亦須透過其他規則彰顯。其中最為核心之體現即追訴方對有罪證明之責任的承擔。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；再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；至法院審理刑事案件，檢察官對於控訴被告犯罪事實的證明責任，自包括提出證據的責任與使審理事實之法院相信被告有犯罪事實的心證責任，必須使法院無合理之懷疑，始得認定被告有罪。²⁰若認定被告之罪責，負有舉證之責任一方即應當竭盡之所能，尋求證據，以證明被告有罪之可能超越任何合

¹⁹ 周瑞芬，*刑事被告與證人地位之轉換*，國立中正大學法律研究所，2005年碩士論文，頁56。

²⁰ 94年度臺上字第2508號判決。

理懷疑，達到有罪判決之確信。無罪推定原則下必然要求舉證責任應由追訴機關承擔，若要求被告承擔證明己罪之責任，則無疑是對無罪推定原則之悖離。追訴機關不僅是訴訟中之當事人，亦是國家權力之代表，證明被告有罪之舉證責任由其承擔，亦是對控辯對立雙方力量之平衡，此亦為訴訟模式、訴訟價值目標之追求。

我國刑事訴訟法第 154 條第 1 項「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」此乃我國刑事訴訟法中對無罪推定原則之直接規定。除此之外，亦有眾多條款間接落實該原則之要求。如第 154 條第 2 項「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」第 301 條「不能證明被告犯罪或其行為不罰者應諭知無罪之判決。」而證據之章節亦以無罪推定原則作為所有證據之大前提。不自證己罪原則即不得透過任何違法之手段、方式使得被告做出有罪之自白，既是對被告人權之保障，亦是對有罪之證明責任在於追訴機關規則之執行，此正切合了無罪推定原則之精神。不自證己罪係無罪推定原則之保障，亦為無罪推定原則制度面向上之進一步延伸。

第二項、個人面向上之理論根據

不得強迫自證己罪原則，就個人而言，其產生之初是為保障信仰之自由，避免宗教之迫害而設之特權。隨著近現代個人權利保障之觀念的強化，不得強迫自證己罪原則亦是保障個人之隱私權、言論自由權和基本人權之必要，而最終核心係維護人之尊嚴。

第一款、隱私權

隱私權作為法律概念產生於美國法學家 Samuel D. Warren 和 Louis D. Brandeis 的相關論著中，「被用來保護個人的秘密以免受到大企業化的新聞事業、攝影、記者或者其他現代設備擁有者，錄取景像或音響，或者將錄音錄影重播等行為的侵犯。」²¹而其作為自發原則的意義根本上則在於，保障個人擁有不公開私人秘密之權利。十九世紀後期開始，反對自證己罪之擁護者利用隱私權之保護豐富了不自證己罪原則之理論。²²

隱私權之核心在於政府不得利用行政權力干預乃至強迫私人公開個人之「秘密」，此乃保障個人對其私人之活動、個人之身份關係擁有完全的決定及支配權。國家權力之行使要以尊重個人之自我「空間」為前提，此乃對人最基本之尊重。

我國憲法中對隱私權並未作明文規定，然大法官釋字第 603 號解釋中有相關之表述：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，即保障人民決定是否揭露其個人資料，及在何種範圍內，於何時，以何種方式，向他人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。」可見，依據該款解釋，隱私權亦應包涵在憲法對基本人權之保障範疇。

²¹ Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. NO. 5. 193 (1890)

²² 謝冠正，行政調查中當事人協力義務之界限——以「不自證己罪」原則為中心，國立台北大學法學系，95 年碩士論文，頁 67。

第二款、言論自由

憲法第 11 條規定「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」司法院大法官釋字第 509 號對該條保護之目的作進一步之闡釋：「憲法第 11 條規定，人民之言論自由應予保障，鑒於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民之權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。」司法院大法官釋字第 577 號解釋：「憲法第 11 條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由」。自此可見，我國憲法所保障之公民言論自由包含積極和消極兩方面。

有些學者認為，我國憲法第 11 條所宣稱之言論自由即係「緘默權」在憲法上之依據，即被告有保持緘默之權利，即在行使「消極的言論自由」，進而此條款乃「不自證己罪原則」在憲法上之表達。²³亦有學者存在相反意見，「如果將國家不可以強迫要求人民承認犯罪認為是言論自由之一的話，則此一原則早有憲法明文之基本權利保障，何必需要累贅地另外在訴訟程序上提出所謂具有憲法位階的不自證己罪原則？此外，言論自由固屬憲法基本人權之一，但如同其他絕大部分的基本權利一般，在符合憲法的要求下，是可以收到限制的。但不自證己罪原則可以收到限制嗎？現行法沒有條文允許國家例如在「發現真實之必要」或「維護重要法益時」，可以強制被告承認自己犯罪，甚至刑求被告以逼使其招供？簡言之，如果只是把此一原則認

²³ 蕭明東著，論檢查身體之強制處分，國防大學法律研究所碩士論文，2002 年，頁 13。

為屬於言論自由之一的话，將無法凸顯人民在面臨國家最嚴厲的刑事追訴時，憲法所給予的特殊保障」。²⁴

不自證己罪原則所強調的可以拒絕作對自己不利之陳述，此陳述固然屬於「言論」之表達形式，但其所強調之重點乃在於對人權、尊嚴的保護，對人自我保護本能的尊重，而非憲法所賦予人民的公開表達自己觀點的「言論自由」，不應將憲法第 11 條視為不自證己罪原則之依據。倘若緘默權得以憲法第 11 條言論自由作為保障依據，將有以法律保護原則搓掉緘默權的隱患。²⁵

第三款、人權保障

人權之確切含義目前雖未達成普遍之認識，但世界各國對其基本價值追求之理解是一致的，即「人，因其為人而應享有之權利。」人權的本質特徵和要求是自由和平等。人權的實質內容和目標是人的生存和發展。沒有自由、平等作保證，人類就不能作為人來生存和發展，就談不上符合人的尊嚴、本性的生存和發展，也就談不上人權。另一方面，自由、平等是為人的生存和全面發展服務的。自由、平等的目的是人，是使人擺脫一切壓迫、剝削和歧視，獲得有尊嚴的生存和全面自由的發展。一旦脫離人的生存和發展，自由和平等就必然會流於形式，變得空洞無物、失去意義。因此，所謂人權，就其完整的意義而言，就是人人自由、平等地生存和發展的權利，或者說，就是人人基於生存和發展所必需的自由、平等權利。

²⁴ 楊雲驊，不自證己罪的幾個基本問題，法學座談第 15 期，2003 年 3 月，頁 51。

²⁵ 王士帆著，不自證己罪原則，春風煦日論壇，2007 年 6 月版，頁 108。

依德國學者 Durig 於 1958 年所提出的「議題公平」(Objekt formel) 認為，「凡是具體的個人被貶抑為客體、純粹的手段或是可替代的人物時，其人性尊嚴便受到傷害」，因此，人性尊嚴的核心內涵記載於沒有人能夠支配他人，將他人客體化。我國憲法雖未如德國基本法第 1 條第 1 項明確宣示人性尊嚴的保障，惟通說認為解釋上應將之作為我國憲法的當然前提與內涵，由憲法的整體規範中導出，並且作為基本人權內在的核心概念。²⁶人性尊嚴不可侵犯，乃是「限於國家」之自然法的固法理，而普遍為現代文明國家之憲法規範所確認。憲法保障基本人權，對於每一組織構成社會之個人，確保其自由與生存，最主要目的即在於維護人性尊嚴。蓋人類生存具有一定之天賦、固有權利；在肯定「主權在民」之國家理論下，乃將源諸人類固有之尊嚴，由憲法加以確認為實證法之基本人權。...我國憲法雖未明文宣誓普遍性「人性尊嚴」之保護，但是此項法益乃基本人權內在之核心概念，為貫徹保障人權之理念，我國憲法法理上亦當解釋加以尊重與保護。」嗣後，釋字第 490 號解釋文亦謂：「服兵役之義務，並未違反人性尊嚴，亦未動搖憲法價值體系之基礎。」將人性尊嚴作為審查法律是否危險之標準，足見人性尊嚴在我國已是普遍認定的價值。而人性尊嚴關注的是被告必須能自由決定是否願意將自己作為自己犯罪的證明工具，因此，若強制被告必須成為對自己不利的證人，不僅欠缺期待可能，亦違反人性尊嚴。²⁷

²⁶ 王士帆著，不自證己罪原則，春風煦日論壇，2007 年 6 月版，頁 61-65。

²⁷ 同前註，頁 76。

不自證己罪原則正是建立於對人的尊重，對人自我保護之本能的尊重而確立之原則。就其產生發展之歷史來看，不自證己罪其確立之初衷即為維護宗教信仰之自由而反對職權宣誓制度，此正所謂對基本人權保障之範疇。不自證己罪原則對於證人而言，亦可以避免其被不公平地處於難以選擇之境地：若拒絕回答公訴機關之提問，則會因藐視法庭而受到懲罰；若如實回答提問，則可能因此而向追訴方提供了證明自己有罪之證據且因此而被定罪量刑；倘若懼怕被追訴與懲罰而提供虛假證言，則構成偽證罪，亦會因此遭到相應懲罰。此種無可選擇之殘酷境地顯然對於證人不公平，違背基本人權保障之公平權之要求，因此，不自證己罪原則對於證人而言，亦具備保障基本人權之特殊價值。

第三節 不自證己罪之內涵

不自證己罪原則亦稱為任何人不得被強迫自證己罪，或反對強迫自我歸罪，或禁止強迫自證其罪原則等，其內涵存在不同之表述。「布萊克法律大辭典」(Black's Law Dictionary)認為不得強迫自證己罪「要求政府在沒有被告作為反對自己的證人的情況下證明其犯罪，儘管該特權僅僅保護言詞證據而不是諸如筆跡和指紋等物證。任何違背其意願被傳喚到證人席的證人都可以求助於這一權利，無論是在審判程序、大陪審團聽證程序中，還是在調查前的程序中，但當證人自願作證時該特權則被放棄。」而美國憲法第五修正案及「公民權利和政

治權利國際公約」第 14 條第 3 款(庚)項規定：「不被強迫作不利於他自己的證言或強迫承認有罪」，其原文表述為「Not to be compelled to testify against himself or confess guilt.」本文以此為依據，分析不自證己罪原則之基本內涵。

第一項、行使主體

第一款、被告、犯罪嫌疑人

從不自證己罪原則之發展來看，不得強迫被告、犯罪嫌疑人作不利於自己之陳述為該原則之核心。不自證己罪原則產生之初僅適用於審判階段之被告，而後逐步擴展適用於刑事訴訟程序之各個環節，因此亦適用於犯罪嫌疑人，即從當事人被追訴起即可行使此項權利。但值得注意的是，此原則之行使應當是被告或犯罪嫌疑人之自身權利，律師代為行使要以當事人之授權為前提，而律師不可自行行使該項權利。惟應注意，雖然被告既無陳述之義務，亦無真實陳述之義務，但亦無說謊的權利，不過，被告縱使說謊（例如被告提出的抗辯經證明為虛偽），依現行法也無制裁的法律效果，最多僅會影響法院對其陳述的採信程度而已。²⁸

第二款、證人

證人可依據不自證己罪原則而享有拒絕作證之特權乃係不自證己罪原則之重要特徵之一。刑事訴訟中，證人對於犯罪資訊之獲悉可能基於其參與或親歷行為而掌握，因此證人存在因其證言而使自己轉為刑事訴訟被告之可能，因而允許證人適用不自證己罪原則而拒絕作

²⁸ 林鈺雄，刑事訴訟法上冊總論篇，頁 156，元照出版社，2007 年 9 月 5 版。

證。但證人適用此項原則要受到更多條件之限制：「一、證人必須接受詢問，他不能拒絕站在證人席上，不能拒絕作為證人宣誓，不能免於接受詢問，但對於可能引出自證其罪回答的問題，享有拒絕回答的權利。二、證人不享有在回答問題前事先被告知有關該特權以及該特權因作證而喪失的警告。三、證人負有責任說明拒絕提供證言的理由。」²⁹

有人認為，允許證人適用該項原則而免於作證之義務可能引起刑事偵查工作之困難，其實未必如此。證人以此為理由拒絕作證，即說明其存在被追訴之可能，這必然因其刑事偵查機關將其作為犯罪嫌疑人而進行偵查，只是排除將其證言視為其有罪之證據之可能，允許其同其他犯罪嫌疑人或被告享有同樣之沉默之權利。

第二項、強迫

強迫係不自證己罪原則之核心要件，對強迫的判斷應把握兩個方面：其一，哪些方式可視為強迫？其二，達到何種程度可視為強迫？前者為強迫之方式，而後者為強迫之界限。

第一款、強迫之方式

「公民權利和政治權利國際公約」(International Covenant on Civil and Political Rights) 第 7 條規定：「任何人均不得加以酷刑或施以殘忍、不人道或侮辱性的待遇或懲罰，特別是對任何人均不得未經其自由同

²⁹ 陳樸生著，「刑事訴訟法實務（重訂版）」，1995年3月出版，頁253。

意而施以醫藥或科學實驗。」³⁰人權事務委員會將不得強迫自證其罪與該款聯繫表明，第7條規定的酷刑等措施可能是強迫自證其罪的形式。公約第10條第1款規定：「所有被剝奪自由的人應給予人道及尊重其固有的人格尊嚴的待遇。」³¹這意味著對剝奪自由者以不人道待遇得到的口供也可能構成強迫自證其罪。據此，有學者將強迫自證其罪的方式總結為：酷刑；其他殘忍、不人道或侮辱性的待遇或懲罰；醫藥或科學實驗；其他強迫自證其罪的方式。

對於強迫的認定，德國法學界有獨特之見解。德國學界與實務則採取了主動/被動的二分模式，亦即所謂的不自證己罪原則，係指被告無義務在自己的犯罪認定上的主動/積極協助或主動/積極貢獻（aktive Mitwirkung oder active Beitrag），換言之，被告無主動/積極協助義務，僅有消極協助和消極忍受義務（passive Mitwirkungs- und Duldungspflicht）。這樣的想法其實是從自然法的思想「強迫一個人自證己罪違反人性，不具期待可能性」而來，期待被告主動積極協助國家機關追訴以證明自己犯罪，也是武斷貢獻自己不利之證據。³²因此，根據不自證己罪原則的主動基準，被告享有權利，並非僅是陳述與否的緘默權而已，還包括得拒絕任何在證明自己犯罪方面的主動協助。因為不可能強迫被告陳述自證己罪，乃是基於自然法思想——強迫

³⁰ No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.

³¹ All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.

³² 王士帆著，不自證己罪原則，春風煦日論壇，2007年6月版，頁107。

一個人自證己罪違反人性，不具期待可能性。期待被告主動積極協助國家追訴以證明自己犯罪，也是無端貢獻自己不利證據，陳述和非陳述的協助舉動，本質並無不同。主動基準，根據一個核心宗旨，即刑事訴訟的禁止自我控訴入罪，因其涉入人性尊嚴，而人性尊嚴關注的是，被告必須能自由決定是否願意將自己決定主動配合與否，取決於被告意願，不像被動忍受義務，即便被告不願意配合，國家仍可以主動用強制力命令被告忍受取證，但主動配合義務不同，若無被告主動配合，吐氣、採取聲調、命寫字及陳述，甚至是現場模擬，測謊等，皆不可以強制力取得，若非被告主動配合，上開動作則毫無意義。由此以現，不僅僅被告陳述，被告其他非口語的積極舉動與緘默權本於同一法理，也應該受到不自證己罪原則保障。³³

筆者認為，強迫之方式無外乎兩種，一種針對物質，一種針對於精神。而無論是何種形式，只要具備以下要素即可視為強迫：第一，該方式具有非正當性（非法性）；第二，該方式之行使剝奪了人之自由。

第二款、強迫之界限

美國第五修正案規定被告有絕對之不坐上證人席之權利，而證人則只有當其主張拒絕作對自己不利之證言權利而得不到理睬才會產生強迫之問題。對強迫之界限在相關判例³⁴中有進一步闡釋：「聯邦最高法院認為，這一規則不適用於三種『經準確界定』的情形，這些情形都強烈表明個人作出自由選擇來對於不恰當的提問進行回應的

³³ 王士帆著，不自證己罪原則，春風煦日論壇，2007年6月版，頁105-109。

³⁴ 參見 Brown V. Mississippi, 297 U.S. 278, 282 (1936) Watts V. Indiana, 338 U.S. 49, 54 (1949)

能力受到了削弱，因而不能很清晰地表達出不欲自證其罪的願望。其一是當公民遭受到拘留後的強制法律訊問時。米蘭達案意識到，此時即便該個人未首先明確表達出避免自證其罪的願望，第五修正案特權也應當適用並強制施加某些要求。另一種情形是，當個人援引該特權就會面臨重大的損害時，他放棄援引的行為不能被合理地視為自由的選擇。最後，要求明確主張保持沉默的願望這一點在對賭徒被施加以聯邦稅收的案件中不適用。此類聯邦稅收要求向政府提出有潛在歸罪可能的檔案資料。特別是，在該情形中假如主張該特權本身即可能成為自證其罪，則不應要求有這樣的積極行為。」³⁵

第三項、歸罪——入罪危險

第一款、歸罪之方式

不得強迫自證己罪原則其實質是使被告、犯罪嫌疑人及證人免於作出對自己不利之陳述，而使自己處於入罪危險之中。其歸罪方式包括兩種：其一為「強迫作不利於自己之證言」，此乃證人拒絕作證權行使之前提，即使證人在具結之後，接受詢問之時，證人可拒絕陳述可能使自己受到刑事處罰之資訊。其二為「強迫承認有罪」，此乃對於被告與犯罪嫌疑人之權利。「承認有罪通常認為即係被告自白，自白內容應符合以下條件：(1)必須是完整的承認犯罪；(2)必須包括簡單的和其中重要的構成；(3)自白必須能證明犯罪本身而不需要再進行推論。」³⁶

³⁵ 約翰·w·斯特龍主編、湯維建等譯：《麥考密克論證據》，2004年2月版，頁248。

³⁶ 參見王兆鵬著「論新法之證人不自證己罪」，收錄於氏著「新刑訴·新思維」，2004年10月版第一刷，頁119。

第二款、歸罪之風險

對於何為歸罪之風險須符合以下兩個條件：其一必須是具有承擔刑事法律責任的風險。不自證己罪原則係用以對抗權利人遭受刑事責任之追訴，對於其他可能面臨之風險不在此原則範圍，如宗教之懲罰、社會輿論之壓力，心理精神之傷害等。其二，歸罪之危險必須「真實而可感知的」。此種風險不可為當事人所臆想，而應真實存在的，將來可能遭受此類控訴之危險。但對於如何判斷是否為真實存在抑或為臆想之危險，則依靠法官自由裁量。³⁷

第四節 違反不自證己罪原則之法律後果——證據排除

第一項、證據禁止

證據排除規則乃證據禁止樣態之一。「證據禁止(Beweisverbote)」，乃指禁止特定證據之取得或使用，為限制國家機關職權調查事實真相之義務，同時設定刑事訴訟法上國家機關職權調查原則，以及法官自由心證原則之界限。依德國目前通說，證據禁止，乃「證據取得禁止」(Beweiserhebungsverbote, Beweisgewinnungsverbote)與「證據適用禁止」(Beweisverwertungsverbote)之上位概念。前者乃國家追訴機關取得證據過程之行為規範；後者主要在於禁止法院將已取得之特定

³⁷ 同前註，頁 209。

證據，作為判決基礎，亦有稱之為「證據排除法則」。³⁸而違反「證據取得之禁止」其後果則必然引起「證據使用之禁止」，因而證據禁止其最終法律後果即「證據使用之禁止」，亦可謂之「非法證據排除法則」。

第一款、證據取得之禁止

「證據取得之禁止」主要包括四種態樣³⁹：

(一) 不正訊問之禁止

不正訊問之禁止係對公訴機關訊問獲取證據之手段、方式之規定。我國刑事訴訟法第 98 條規定「訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法。」

第 156 條規定「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。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。」

第 166 條之 7 第 2 款規定「下列之詰問不得為之。二、以恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正之方法者。」

(二) 禁止違反告知義務

³⁸ 周瑞芬，刑事被告與證人地位之轉換，國立中正大學法律研究所，2005 年碩士論文，頁 72。

³⁹ 林鈺著「新刑事訴訟法（上冊）總論篇」，2003 年 9 月第三版，頁 450。

禁止違反告知義務此乃為保證被追訴者有機會獲得公平之辯護、申訴之權利。我國刑事訴訟法第 95 條規定「訊問被告應先告知左列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。四、得請求調查有利之證據。」

第 185 條第 2 項規定「證人與被告或自訴人有第 180 條第 1 項之關係者，應告以得拒絕證言。」

（三）禁止違反拒絕證言權

禁止違反拒絕證言權係不自證己罪原則所賦予證人之特權。此問題在後文證人之權利義務部分有專章論述，在此暫不贅述。

（四）強制處分之要件限制

強制處分措施，如拘提、逮捕、羈押、搜尋、扣押、身體檢查、盤查、監聽等均係對被追訴者之人身自由或基本權利之限制，其目的在於最大可能的創造機會，尋找案件之事實。然若不加以限制，則必然會對無辜之被追訴者造成侵犯和傷害，即使對於最終審判定罪量刑之罪犯，亦可能使其遭受額外之懲處，因而法律對強制處分措施之採取設定了嚴格之條件。

第二款、證據使用之禁止

「證據使用之禁止」又稱「證據排除規則」，分為自主性證據使用之禁止與非自主性證據使用之禁止。⁴⁰「自主性證據使用之禁止」係證據的取得符合法律之規範，但證據本身存在法律禁止之內容，如

⁴⁰ 參見王梅英著「證據排除法則（上）」，司法週刊第 974 期，2004 年 4 月 5 日，頁 34。

證據涉及憲法所保護之個人隱私之內容。「非自主性證據使用之禁止」係證據因其取得之手段、方式抑或獲取之過程違反證據取得之禁止，因而不得被法院採納作為裁判之依據。

第二項、不自證己罪原則與證據排除

違反不自證己罪原則即違反證據取得之禁止。違反不自證己罪原則，顯然應視為違反拒絕證言權，而拒絕證言權之違反本身，亦是對告知義務之違背，同時強迫自證己罪，無論對於被告抑或證人，均有可能存在強暴、恐嚇、威脅、利誘、欺騙之情形。因而違反不自證己罪原則即違反證據取得之禁止，必然引起證據使用之禁止—證據排除。證據排除係違反不自證己罪原則之法律後果，這幾已成普世價值，即使實施共產主義的中國，也聲稱以「尊重保障人權」為原則，將不自證己罪原則列入其刑事訴訟法修正案中，內容體現七大原則：一、在證據制度中，不得強迫任何人證實自己有罪，規定了非法證據排除制度...。⁴¹

中國現行刑事訴訟法對嚴禁刑訊逼供和以其他非法的方法收集證據作了規定。為從制度上進一步遏制刑訊逼供和其他非法收集證據的行為，維護司法公正和刑事訴訟參與人的合法權利，有必要在法律中對非法證據的排除作出明確規定。據此，修正案在刑事訴訟法規定嚴禁刑訊逼供的基礎上，增加不得強迫任何人證實自己有罪的規定。同時，明確規定了非法證據排除的具體標準：採用刑訊逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和採用暴力、威脅等非法方法收集

⁴¹ 特派員林琮盛、宋丁儀、何明國／北京，旺報，<http://news.chinatimes.com/mainland/11050501/112012030500620.html>，2012/3/6 流覽。

的證人證言、被害人陳述，應當予以排除。違反法律規定收集物證、書證，可能嚴重影響司法公正的，應當予以補正或者作出合理解釋；不能補正或者作出合理解釋的，對該證據應當予以排除。還規定了人民法院、人民檢察院和公安機關都有排除非法證據的義務，以及法庭審理過程中對非法證據排除的調查程序。⁴²

如前文所述，我國刑事訴訟法對於證據取得之禁止均做出較為詳細之規定，然對於違反禁止性規則而獲取之證據，其證據能力卻規定未盡翔實明確。如只規定違反不正取證之禁止，而對被告所取得之證據禁止使用，但對證人不正取證而取得之證據，其證據能力卻未明訂。若以證人之名義傳喚訊問，而有意欺詐其違背自己本意而坦白相關罪行，進而又以被告之名義對其所交代之罪行起訴，這種情形下，欺詐之故意違法不正取證之禁止，同時違反告知義務，而其交代自身罪行之結果亦係對拒絕作證權之違反。而我國刑事訴訟法並未對此種情形下之證據能力有明確之規定，此乃立法之漏洞。本文在下文中將會針對此問題專章論述。

⁴² 全國人民代表大會常務委員會副委員長 王兆國：關於《中華人民共和國刑事訴訟法修正案（草案）》的說明，新華社北京 2012 年 3 月 8 日電。

第三章 證人證言與被告自白之比較

第一節 證人與被告之比較

第一項、訴訟地位之比較

第一款、被告之訴訟地位

廣義之刑事訴訟程序包括偵查、起訴、審判及執行四大部分，在廣義刑事訴訟程序中，為刑罰權對象之該特定人，可謂最廣義的被告。就本法的用語而言，除判決確定後或執行中稱為「受判決人」（§420~）或「受刑人」（§§468~）外，無論偵查中或審判中，該特定人統稱為被告，可謂廣義的被告。但是由於被告在偵查中與審判中的地位有別，因而，籠統使用被告此一稱謂時，既不能表明訴訟進行至何種階段，自無法得知其地位如何。⁴³ 偵查、起訴、審判、執行中各階段之追訴主體不同，適用程序及階段之目標亦差別甚大，因而實務中存在與其並列之不同稱謂，我國以「犯罪嫌疑人」與「被告」並列。被告之內涵究竟為何，被告之地位何時成立，學界目前仍未達成一致之共識。

一、我國法律之規定

⁴³ 林鈺雄，刑事訴訟法上冊總論篇，頁 152，元照出版社，2007 年 9 月 5 版。

我國刑事訴訟程序中偵查階段包括司法警察之調查案件階段和檢察官提起公訴之階段，而在此階段將「犯罪嫌疑人」與「被告」同時並用。具體情形如下：

我國刑事訴訟法第 71 條之 1「司法警察官或司法警察，因調查犯罪嫌疑人犯情形及蒐集證據之必要，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問。經合法通知，無正當理由不到場者，得報請檢察官核發拘票。」即在司法警察（官）調查蒐證時，稱「犯罪嫌疑人」。

第 229 條第 2 項：「前項司法警察官，應將調查之結果，移送該管檢察官；如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。」同前條，即在檢察官接手之前，司法警察（官）調查階段以「犯罪嫌疑人」稱之。

第 230 條第 2 項：「前項司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。實施前項調查有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。」

第 231 條第 2 項：「司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官。」

第 228 條第 3 項：「實施偵查非有必要，不得先行傳訊被告。」

第 245 條第 2 項：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。」此時，「被告」與「犯罪嫌疑人」同時併用。

第 246 條：「遇被告不能到場，或有其他必要情形，得就其所在訊問之。」

第 251 條：「檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。被告之所在不明者，亦應提起公訴。」

從以上所列之條款可見，我國刑事訴訟法在偵查階段依追訴機關主體之不同而對應使用不同之稱謂。司法警察調查之特定人謂之曰「犯罪嫌疑人」，而檢察官訊問及提起公訴之對象則表述為「被告」。故可見偵查階段之「被告」，係由追訴主體—檢察官所決定的，即與司法警察（官）之權力行為所對應之對象即為「犯罪嫌疑人」，而與檢查官行為所對應之對象則為「被告」。

二、學界之觀點分析

我國當前學界中對「被告」之內涵未達成統一之共識。以下分析比較主要學者相關觀點，以總結「被告」之內涵。

陳樸生教授認為「被告為『法院』確定具體的刑罰之程序上標的，亦即訴訟法上之名稱，且其認為在偵查中，本無裁判者無被裁判者關係之存在，原無所謂被告之名稱，從因有犯罪嫌疑，而實施偵查，亦僅屬抽象之犯人，換言之，即在未起訴前，本無被訴關係存在，然我國刑事訴訟法未予區分，除稱未知有犯罪嫌疑之人為犯人（第 262 條）；稱知有犯罪嫌疑之人，為犯罪嫌疑人（第 229 條至 231 條之第 2 項）外，不分其偵查結果為起訴或不起訴處分，概稱為被告（第 228 條第 2 項，第 251 條，第 255 條第 2 項），而不曰犯罪嫌疑人，其用語較為含渾，故偵查程序中所稱之被告，除第 251 條外，實指犯人或犯罪嫌疑人而言。」⁴⁴

⁴⁴ 陳樸生著，「刑事訴訟法實務（重訂版）」，頁 62。

林山田教授認為「犯罪發生後，刑事追訴機關即應本其職權開始偵查，此時之刑事追訴程序只是就刑事案件之一切情況與證據，以確定涉嫌本案之一些人，然後再進一步確定某一涉嫌者，以刑事追訴機關對該涉嫌者正式開始刑事偵查程序時，方稱該涉嫌者為犯罪嫌疑人，及至偵查終結，經檢察官認為罪證充足，而依法提起公訴之後，該犯罪嫌疑人方可稱之為刑事被告，故在現行刑事訴訟程序上可作為訴訟主體而參與刑事訴訟之刑事被告，應兼指犯罪嫌疑人及被告，因此於刑事訴訟程序中稱為刑事被告，以別於民事訴訟中之民事被告。」

45

黃東熊教授認為「以涉嫌犯罪而被追訴之人，則稱為被告，在我國，於公訴案件，部分起訴前後，對以犯罪嫌疑被追訴之人，均稱為被告，但於自訴案件，於起訴後，始有被告，易言之，所謂被告，在公訴案件，乃公訴或潛在公訴所指向之人，而在自訴案件，則為自訴之對象人，但不論公訴或自訴，某人之成為被告，並不以起訴之有效為前提。」⁴⁶

學者柯耀程教授認為「稱被告者，係指在刑事偵查程序中為追訴者所追訴之主體，或是在審判程序中，接受審判之被訴對象。通常被告係實現犯罪事實的行為主體，此一行為主體在實體法中，稱為行為人。犯罪行為人受到追訴、審判者，固為被告，但即使雖非犯罪行為人，而仍受到追訴或審判者，亦稱為被告；反之，倘若犯罪行為人未受到追訴或審判者，而仍非屬於被告，係以被告屬程序上之名詞，其

⁴⁵ 參見林山田著「刑事訴訟法」，2004年9月5版，頁184。

⁴⁶ 黃東熊著「刑事訴訟法論」，1991年8月版，頁64。

地位之形成，自然應從程序上考量，亦即僅刑事訴訟程序發動時，方有被告存在之可能。」⁴⁷

蔡墩銘、朱石炎教授認為「因特定的刑事案件而被提起公訴之人，稱為刑事被告；尚未被提起公訴而僅受偵查者，本不應稱為被告，但我國刑事訴訟法不分其為偵查程序或審判程序，將受偵查或審判之標的概稱為被告，按訴訟實際被告為當事人之一，故須已發生訴訟關係者，始可稱之，倘尚未發生訴訟關係，則無被告可言，在偵查程序中既無訴訟關係存在，不應認為有被告存在，故在偵查程序，因尚未提起公訴，宜稱為犯罪嫌疑人。且認為被告之認定標準，分為三說：一，表示說：即以記載於起訴書者，始認為被告；二是意思說：此說不以記載於起訴書者，始認為被告，即檢察官實際上欲使其成為被告而有此表示者，仍應視為被告；三是行為說：即依其是否出現被告之舉動，以為認定之基礎。在刑事訴訟，被告之認定雖應以表示說為是，惟僅採表示說，未免失之過狹，固有兼實行為說之必要。」⁴⁸

三、小結

綜合上述學者之觀點，對於起訴後之審判階段，將被追訴對象稱之為「被告」，均無異議，其主要分歧概集中於偵查階段被追訴對象之稱謂上。一方觀點認為，「被告」乃程序法上之稱謂，即係訴訟程序之一方當事人，故無訴訟關係，即不應用此稱謂。以此觀點判斷，「被告」產生之臨界點應為公訴案件提起公訴之時抑或自訴案件起訴之時，而偵查階段無訴訟關係，則不應對追訴對象使用「被告」之稱

⁴⁷ 柯耀程著，共同被告自白之調查，月旦法學教室第三期，2002年12月15日出版，頁80。

⁴⁸ 蔡墩銘、朱石炎編著，「刑事訴訟法」，1991年9月第5版，頁79。

謂。陳樸生、蔡墩銘、朱石炎等教授持此觀點。另一方則認為，「被告」乃程序中之被追訴主體之稱謂，而廣義之刑事訴訟程序不僅包括審判，亦包括審判之前之偵查、起訴階段，故刑事訴訟之「被告」既包括偵查階段之被追訴之犯罪嫌疑人，亦包括起訴後審判之對象。林山田、黃東熊、柯耀程教授觀點均為此方之代表。

綜合比較各方觀點，對於何為刑事訴訟法上之「被告」，可得出如下之結論：

我國現行之刑事訴訟法中以追訴機關之不同，在偵查階段混用「犯罪嫌疑人」、「被告」之稱謂實有不妥之處。無論結論如何，各學者對於「被告」之理解，均係從程序出發，以其在訴訟中之地位作為考量之標準，使用何種稱謂，實質係體現其在訴訟中之地位，而在偵查階段，無論是司法警察對於嫌疑人之犯罪行為之調查，抑或檢察官對於嫌疑人行為之起訴調查，嫌疑人之被追訴者之地位沒有差別，故因追訴機關主體不同而使用不同稱謂之作法係不當之舉。

「被告」之狹義理解應為審判程序之追訴對象，而不同之稱謂亦體現對其犯罪行為認定及追訴的程度不同，故外國立法例上多在偵查、審判階段，使用不同之名稱。如日本刑事訴訟程序中，偵查階段稱為嫌疑人，而審判階段則稱為被告；而德國區分更為精細，偵查程序之前者，稱為嫌疑人（Verdachtiger），進入偵查程序時，稱為被偵查人（Bechuldigter），經檢察官起訴後進入中間程序者，稱為被控訴人（Angeschuldigter），進入主審判程序後，則稱之為被告（Angeklagter）。故本文認為我國亦應借鏡他國之經驗，按訴訟階段，

統一稱謂，在偵查階段，無論調查主體係司法警察抑或檢察官，均使用「犯罪嫌疑人」之名稱，而進入審判階段後，方再使用「被告」。

在整個刑事訴訟程序中，雖不同階段不同追訴機關之追訴的目標任務不同，而對應被追訴對象使用不同名稱，如偵查階段，司法警察所追訴之目標係與案件相關之一切證據與情形；而審判階段法院之追訴目標則為對被審判對象之犯罪行為作出法律上之評價，但就其本質而言，無論偵查階段抑或審判階段，均係追訴機關依職權對其進行追訴，其在訴訟中始終處於被追訴之地位。因而就訴訟地位而言，對「被告」應作廣義之理解，既包括審判階段之「被告」，亦應包含偵查階段之「犯罪嫌疑人」。刑事訴訟法所賦予「被告」之訴訟權利，其根本目的乃保障其在被追訴之下之對抗的權利和機會，保障訴訟雙方之平衡，進而保障判決之公正。故「被告」所享有之基本權利如無罪推定原則、不自證己罪原則以及緘默權等適用，亦應從其受到追訴之時享有，因而此處之「被告」應作廣義之理解，即從偵查程序正式發動之時起，被追訴之「犯罪嫌疑人」即享有「被告」之基本權利。

第二款、證人之訴訟地位

證人係重要之訴訟參與人，然由於歷史傳統、法律習慣等原因，英美法系和大陸法系對於證人的認識在概念上有很大的差別，這種差別主要體現證人所指的範圍上。而明確證人資格，進而確定證人之範圍，關係到是否可以將證人與被告身份之轉換以及證人證言、被告自白之交互應用。

一、證人之概念

現代訴訟制度對證人資格的規定皆採取寬泛之態度，以每個人均有作證的資格為前提，除非法律有明確規定以外，每一個人都有資格作為證人。而對於證人資格之取得，則最基本之依靠兩因素判斷：「一是證人本身具備相應的認知能力；二是證人對案件事實之感知。」⁴⁹

英美法系之證人範圍非常寬泛，經過宣誓之後在庭審過程中對案件有關事實作證之人均可稱之為證人，既包括通常意義之證人，也包括當事人和鑑定人。如美國依是否具有專業知識，將證人分為非專家證人（laywitness）與專家證人（expertwitness）。非專家證人係憑藉其自身器官對案件事實的感知而作證的，其在訴訟中所作的證言叫做感知證言。專家證人根據其在專門學科的有關學識或經驗而提供意見，故此類證言通常被稱為意見證言。澳大利亞證據法中明確規定「該法所稱證人，包括作證的當事人，在刑事訴訟中包括被告人」。⁵⁰

而大陸法系中之證人乃採狹義之理解，指陳述自己觀察事實之第三人。此處之第三人，即強調當事人之外的人，故排除當事人和鑑定人。在大陸法系國家看來，證人是以其親身所感知的案件事實向事實裁判者進行陳述的，其本身具有不可替代性。因此，將證人與鑑定人進行了較為嚴格的區分。如日本刑事訴訟法學者田口守一認為「證人根據自己的經歷向法院敘述自己所知道的事實。證人是訴訟的第三者。」⁵¹

⁴⁹ 陳樸生著，「刑事訴訟法實務（重訂版）」，1995年3月出版，頁337。

⁵⁰ 參見王兆鵬著，「審判中被告之地位」收錄於「搜尋扣押與刑事被告的憲法權利」2009年初，頁322-335。

⁵¹ 轉引自陳樸生著，「刑事訴訟法實務（重訂版）」，1995年3月出版，頁339。

可見兩大法系在證人概念上之最大差異即當事人與鑑定人是否具備證人之資格。鑑於本文之主題即探討證人證言與被告自白之交互運用，則此處僅就被告是否可作為所涉案件之證人加以討論。

二、 被告能否作為自己案件之證人

對於被告是否能作為自己案件之證人，兩大法系之觀點截然不同，此問題不僅關係到證人範圍之確定，亦決定了被告之陳述在刑事訴訟法上之證據效力。以下以美國和德國為例，運用比較法學之研究方法，洞悉該問題之核心所在。

美國刑事訴訟程序乃採當事人主義之模式，注重強調保障被告之訴訟權利，以求維持控辯雙方訴訟地位平衡。不自證己罪原則係其中被告之第一位之權責，此原則之下，被告享受充份的沉默權，而證明被告有罪之責任由檢察官承擔。檢察官在訴訟中亦沒有訊問被告之權利，而被告可始終保持沉默，由其辯護人代為陳述。⁵²

然沉默權作為被告之權利，當然可允許放棄。在庭審中當檢察官舉證完畢之後，由辯護律師提出證據反駁檢察官之指控。此時被告可決定是否要為自己辯護而陳述。倘若被告決定陳述，則必須放棄沉默權，坐在證人席上，按證人作證之規則，宣誓作證後才有資格陳述，此時即意味著被告放棄不自證己罪之特權，而取得證人的資格，其以後的所有陳述，均為證據法上之證人證言，同其他證人一樣，接受交叉詢問，且須保證所作證言之真實性，並有被指控偽證罪之可能。此規則乃美國聯邦最高法院於 1987 年在 Rock VS Arkansas 案判決中所

⁵² 參見黃東熊著「刑事訴訟法論」，1991 年 8 月版，頁 244。

確立的被告有在審判中宣誓陳述之權利，且聯邦最高法院亦將此宣稱為被告之基本憲法權利。

而不自證己罪原則在大陸法系對於被告及證人之關係上，則呈現不同之規定。德國刑事訴訟法典第 136 條的規定：「任何人有完全的自由，對指控發表意見或對案件不作供述。」故任何人均有對指控發表意見或拒絕供述之權利，因而被告不得作為自己案件之證人。而被告之供述則在證據法作為獨立之證據方法，適用自白法則。德國法上之被告不得作為證人之規定，實質上係避免訴訟角色衝突之安排，證人角色與其他訴訟參與人之身份不相容，因而不允許被告與證人間角色互換。⁵³

三、我國法律之規定

我國刑事訴訟法中雖未有對證人之明確定義，然在相關條款中亦能分析我國證人之基本理論。第 176 條之 1 規定：「除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。」此乃為證人之適合之規則，然在該條款之立法理由中闡述：「證人係指在他人之訴訟案件中，陳述自己所見所聞具體事實之第三人，為證據之一種，故凡居住於我國領域內，應服從我國法權之人，無分國籍身份，均有在他人為被告之案件中作證之義務，並能發現事實真相。」

第 156 條第 1 項規定：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得

⁵³ 參見黃東熊著「刑事訴訟法論」，1991 年 8 月版，頁 245。

為證據。」此款即對被告自白之證據能力之規定，可見被告自白在我國證據法上具有獨立之證據地位。

依上述兩款可見，我國採大陸法系之證人理論，所謂證人係指訴訟程序中訴訟主體之外而憑藉其感官，陳述對案件待證事實之所聞所見之第三人。因而被告不能作為自己案件之證人，而被告之自白則為與證人證言並列之獨立證據形式。

第二項、權利義務之比較

第一款、被告之基本權利與義務

被告係刑事訴訟中被指控犯罪追究刑事責任之人，因而被告在刑事訴訟程序中處於至關重要之地位。糾問式之刑事訴訟程序模式之下，被告僅為程序之客體。而隨著無罪推定原則日益普及，當代之訴訟體系中，無論大陸法系之「職權主義」抑或英美法系之「當事人主義」均將被告視為程序之主體，而更加關注對被告訴訟權利之保障。

一般而言，被告接受被追訴，使自身之行為遭受法律之評價即被告履行其訴訟義務之表現，因而被告之最基本義務則係接受處罰之義務，同時亦應包括對法庭秩序之服從與遵守。刑事被告乃程序主體者之一，有本於程序主體之地位而參與審判之權利，並藉由辯護人協助，以強化其防禦能力，落實訴訟當事人實質上之對等。又被告之陳述亦屬證據方法之一種，為保障其陳述之自由，現行法承認被告有保持緘默之權。故刑事訴訟法第 95 條規定：「訊問被告應先告知左列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名，罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得

選任辯護人。四、得請求調查有利之證據。」此為訊問被告前，應先踐行之法定義務，屬刑事訴訟之正當程序，於偵查程序同有適用。至證人，僅以其陳述為證據方法，並非程序主體，亦非追訴或審判之客體，除有得拒絕證言之情形外，負有真實陳述之義務，且不生訴訟上防禦及辯護權等問題。倘檢察官於偵查中，蓄意規避踐行刑事訴訟法第 95 條所定之告知義務，對於犯罪嫌疑人以證人之身分予以傳喚，命具結陳述後，採其證言為不利之證據，列為被告，提起公訴，無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使，尤難謂非以詐欺之方法而取得自白。此項違法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除。如非蓄意規避上開告知義務，或訊問時始發現證人涉有犯罪嫌疑，卻未適時為刑事訴訟法第 95 條之告知，即逕列為被告，提起公訴，其因此所取得之自白，有無證據能力，仍應權衡個案違背法定程序之情節、侵害被告權益之種類及輕重、對於被告訴訟上防禦不利益之程度、犯罪所生之危害或實害等情形，兼顧人權保障及公共利益之均衡維護，審酌判斷之。⁵⁴因此，檢察官於偵辦中第 95 條之「告知」原則上為絕對義務，被告之「被告知」原則上為絕對權利，蓄意規避為程序違法，所為陳述非但不具證據力，法官依此所作出之裁判，被告得依此提出上訴或抗告。

為保障被告在程序中與追訴機關處於對等之地位，因而刑事訴訟法規定了一系列保障性權利，先將主要權利詳述如下：⁵⁵

⁵⁴ 92 年臺上字第 4003 號判決。

⁵⁵ 參見黃東熊著「刑事訴訟法論」，1991 年 8 月版，頁 255-257。

請求依法審判權。即被告有權要求法院迅速審判從而避免遭受超期羈押之權利。刑事訴訟法第 93 條第 1 項規定「被告或犯罪嫌疑人因拘提或逮捕到場者，應即時訊問。偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起 24 小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之。前項情形，未經聲請者，檢察官應即將被告釋放。但如認有第 101 條第 1 項或第 101 條之 1 第 1 項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得逕命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要情形者，仍得聲請法院羈押之。」

在場權。即被告有權在搜尋、扣押、訊問證人、鑑定人時要求在場之權利。刑事訴訟法第 150 條第 1 項、第 2 項分別規定「當事人及審判中之辯護人得於搜尋或扣押時在場。但被告受拘禁，或認其在場於搜尋或扣押有妨害者，不在此限。搜尋或扣押時，如認有必要，得命被告在場。」第 168 條規定「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得於訊問證人、鑑定人或通譯時在場。」第 177 條規定「證人不能到場或有其他必要情形，得於聽取當事人及辯護人之意見後，就其所在或於其所在地法院訊問之。」

選任辯護權。即被告有為自己辯護之權利，此權利應包括選擇辯護人之權利，以及辯護人在場之權利。刑事訴訟法第 27 條第 1 項規定「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。被告或犯罪嫌疑人之法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親或家長、家屬，得獨立為被告或犯罪嫌疑人選任辯護人。」

被告或犯罪嫌疑人因智慧障礙無法為完全之陳述者，應通知前項之人得為被告或犯罪嫌疑人選任辯護人。但不能通知者，不在此限。」

緘默權。係被告在程序中有保持沉默之權利，此乃無罪推定原則，不自證己罪原則之基本要求。刑事訴訟法第 95 條第 2 款規定「訊問被告應先告知左列事項：得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。」

告知被控事由請求權。刑事訴訟法第 95 條規定「訊問被告應先告知左列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。」此乃告知被控事由之要求。

詰問權。被告有詰問證人、鑑定人之權利，此乃保障證據之真實性之必要。刑事訴訟法第 166 條第 1 項規定「當事人、代理人、辯護人及輔佐人聲請傳喚之證人、鑑定人，於審判長為人別訊問後，由當事人、代理人或辯護人直接詰問之。被告如無辯護人，而不欲行詰問時，審判長仍應予詢問證人、鑑定人之適當機會。」。第 166 條之 6 規定「法院依職權傳喚之證人或鑑定人，經審判長訊問後，當事人、代理人或辯護人得詰問之，其詰問之次序由審判長定之。證人、鑑定人經當事人、代理人或辯護人詰問後，審判長得續行訊問。」

對質權。被告有與證人、共同被告對質之權利，此乃被告最重要之防禦權。刑事訴訟法第 97 條規定「被告有數人時，應分別訊問之；其未經訊問者，不得在場。但因發見真實之必要，得命其對質。被告亦得請求對質。對於被告之請求對質，除顯無必要者外，不得拒絕。」刑事訴訟法第 184 條第 2 項規定「證人有數人者，應分別訊問之；其

未經訊問者，非經許可，不得在場。因發見真實之必要，得命證人與他證人或被告對質，亦得依被告之聲請，命與證人對質。」。

聲請權或請求權。被告在刑事訴訟程序中擁有聲請權、請求權共有如下幾種：請求實施刑事訴訟程序之公務員為有利於己之必要處分（第 2 條第 2 項之規定）；聲請法官、書記官等迴避之權利（第 18 條、25 條）；聲請提出證據或提出證物（第 275 條之規定）。

救濟權。被告對審判不服者可享有救濟之權利，如上訴權（第 344 條之規定、第 403 條第 1 項），聲請再審權（第 420 條、第 427 條之規定）。

第二款、證人之基本權利與義務

一、證人以義務性為在刑事訴訟程序中之地位之基本特徵

權衡比較證人之權利義務，義務性為其訴訟地位之基本特徵。縱觀兩大法系之典型國家，有關證人之規定，均將證人出庭作證作為其基本義務規定，而以拒絕作證為其義務例外之特權。證人出庭作證行為之義務性，係由作證行為之「利他性」及「不可替代性」所決定的。

第一，證人之作證行為屬利他之行為。證人並非刑事訴訟程序之當事人，其既不承擔控訴責任，亦不受其追訴，故不享有辯護之權利。

⁵⁶世界各國家之刑事立法，無論有關證人之概念有何差別，然均包含一個共同之因素：即證人係依其所見、所聞之感官，提供案件事實提供相關說明。故證人所作之證言，既有幫助控方追究犯罪行為之能事，亦是被告辯護之依據，因而根本而言，證人在整個刑事訴訟程序

⁵⁶ 黃朝義著，「無罪推定—論刑事訴訟程序之運作」，2001 年 8 月出版，頁 310。

中乃起協助之作用，而其並不直接涉及其自身利益，證人證言係實現刑事訴訟程序根本目標而利用之材料、工具。概言之，證人之作證行為係利他之行為，而非利己。正因為證人之作證行為並非直接關乎自己之利益，故其在程序中之權利應放在第二位，而應以義務性為其首要。

第二，證人出庭作證具有不可替代性。⁵⁷證人係客觀上瞭解見證案件事實之人。證人對案件事實之認識，係憑藉其自身之感官獲得，這必然受到各方因素的影響。如證人與被告有無關係，證人自身之知識素養或程序化之觀念等，均會對其提供之證言之真實性、準確性造成影響。因而，證人出庭作證，接受詢問，對於法官判斷其提供證言之證據能力至關重要，而此過程亦無法透過其他途徑實現。出庭作證之必要性與不可替代性，即表現為其出庭作證之義務，如「傳喚證人出庭作證」在國內立法中被普遍規定為證人規則之首。

二、證人之權利義務

證人圍繞出庭作證這一核心主要具有三項義務：⁵⁸

（一）到場義務

證人之到場義務應針對廣義之刑事訴訟程序作廣泛之解釋，即不僅包含審判階段出庭作證之義務，亦包括偵查階段接受檢察官傳喚作證之義務。我國刑事訴訟法第 175 條第 3 項規定：「傳喚證人，應用傳票。傳票，於偵查中由檢察官簽名，審判中由審判長或受命法官簽名。」

⁵⁷ 黃朝義著，「無罪推定—論刑事訴訟程序之運作」，2001 年 8 月出版，頁 305。

⁵⁸ 參見黃東熊著「刑事訴訟法論」，1991 年 8 月版，頁 267-271。

第 168 條規定：「證人、鑑定人雖經陳述完畢，非得審判長之許可，不得退庭。」第 168 條之 1 規定：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得於訊問證人、鑑定人或通譯時在場。」

我國刑事訴訟法同時規定了證人違反到場義務，追訴機關可對其採取罰款、拘提之強制措施。我國刑事訴訟法第 178 條規定：「證人經合法傳喚，無正當理由而不到場者，得科以新臺幣 3 萬元以下之罰鍰，並得拘提之；再傳不到者，亦同。」

前項科罰鍰之處分，由法院裁定之。檢察官為傳喚者，應聲請該管法院裁定之。

對於前項裁定，得提起抗告。

拘提證人，準用第 77 條至第 83 條及第 89 條至第 91 條之規定。」

（二）具結義務

具結義務目的乃保證證人能夠知曉其如實陳述職責之重要性之程序，從而保證證言之真實性。早在古希臘法時期，宣誓即為重要之證據形式，而隨著基督教在中世紀之影響，歐美國家多以宗教宣誓作為陳述之前置程序；而我國則採具結—書面保證之形式。前者強調對當事人主觀之約束，而後者更強調客觀法律上之責任。

（三）證言義務

所謂證言義務係指證人負有陳述其所見、所聞、所感之與案件相關之事實之義務，此乃證人作證義務之核心。我國刑事訴訟法第 176 條之 1 規定：「除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。」

我國刑事訴訟法第 186 條規定「證人應命具結。但有下列情形之一者，不得令其具結：

一、未滿 16 歲者。

二、因精神障礙，不解具結意義及效果者。

證人有第 181 條之情形者，應告以得拒絕證言。」

此乃對具結義務與不得具結情形之規定。

同時亦規定了違反具結之義務者，應受到之處罰。如第 183 條第 1 項：「證人拒絕證言者，應將拒絕之原因釋明之。但於第 181 條情形，得命具結以代釋明。」

拒絕證言之許可或駁回，偵查中由檢察官命令之，審判中由審判長或受命法官裁定之。」

證人之權利主要包括兩項，即費用補償權與拒絕證言權，其中拒絕證言權為其最重要之特權。⁵⁹

第一 費用補償權

此乃證人對出庭作證所耗費之精力、財力、時間以及對其工作生活所造成之不可避免之影響獲得補償之權利。我國刑事訴訟法第 194 條規定：「證人得請求法定之日費及旅費。但被拘提或無正當理由，拒絕具結或證言者，不在此限。」

前項請求，應於訊問完畢後者 10 日內，向法院為之。但旅費得請求預行酌給。」

第二 拒絕證言之權利

⁵⁹ 參見黃東熊著「刑事訴訟法論」，1991 年 8 月版，頁 267-271.

證人以作證之義務性為其首要特徵，這是刑事訴訟之價值目標所決定的。然證人亦為普通之公民，理應享有公民之人權保障，故證人之作證義務之要求不可違背保障其基本人權之前提，因法律所追求之公平正義，不可以犧牲他人之正當利益為代價。故證人之拒絕作證之權利乃理論上及制度上對其作證義務之平衡，因而此乃證人最重要之特權。

證人拒絕作證之特權一般包括以下四種原因：⁶⁰

1、因公務關係之拒絕證言

我國刑事訴訟法第 179 條規定：「以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之允許。

前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。」

此項以公務所涉機密為限。在涉及機密之公務中，證人之作證義務應首先遵從行政上之監管規則，且當其作證之義務有侵犯國家利益之可能時，應以國家利益為首要之選，則可豁免證人之作證義務。

2、因業務關係之拒絕證言

我國刑事訴訟法第 182 條規定：「證人為醫師、藥師、助產士、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。」

⁶⁰ 參見黃東熊著「刑事訴訟法論」，1991年8月版，頁277-281。

證人之作證義務應尊重職業之操守，此乃維護行業穩定發展之必要。一些特殊行業之從業者其具有當然之保密義務，如醫生瞭解病人之病情，律師瞭解委託人之案情，神父瞭解信徒之懺悔等，此乃行業之當然規範，若作證義務之履行以違反行業保密義務為代價，則必然影響行業之正常發展，亦可能造成更多之犯罪。

3、因身份關係之拒絕證言

法律程序必須以尊重人類社會之基本道德規範為前提，人與人之間因血緣、婚姻而產生天然之親情關係，此乃人性使然，故親屬之間相互保護亦係社會道德規範之底線。若以作證義務強迫親屬作證，則所獲證言或為包庇親人而作偽證，抑或致使親人反目、家庭破裂，故賦予證人因身份而豁免作證之特權。

我國刑事訴訟法第 180 條規定：「證人有下列情形之一者，得拒絕證言：

一、現為或曾為被告或自訴人之配偶、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。

二、與被告或自訴人訂有婚約者。

三、現為或曾為被告或自訴人之法定代理人或現由或曾由被告或自訴人為其法定代理人者。

對於共同被告或自訴人中一人或數人有前項關係，而就僅關於他共同被告或他共同自訴人之事項為證人者，不得拒絕證言。」

值得注意的是，該條末款係關於共同被告陳述之證據能力之規定，此問題乃本文之重點，後文有專章論述，在此暫不展開。

4、因不自證己罪原則之拒絕證言

我國刑事訴訟法第 181 條規定「證人恐因陳述致自己或與其有前條第 1 項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。」此乃本文之核心。

然不自證己罪之拒絕證言權並非證人之絕對權利。最高法院 99 年度臺上字第 5931 號判決指出，證人之陳述是否因揭露犯行而有自陷入罪之虞，得以行使刑事訴訟法第 181 條之拒絕證言權，必須到場接受訊問後，針對所訊問之個別具體問題，逐一分別為主張，不得以陳述可能致其受刑事訴訟追或處罰之理由，而概括拒絕回答一切問題，以致妨害真實之發現。此由刑事訴訟法並無如民事訴訟法第 309 條第 2 項：「證人於訊問期日前拒絕證言者，毋庸於期日到場」之規定自明。證人與審判中針對個別問題主張行使拒絕證言權，除應依刑事訴訟法第 183 條第一項規定，將拒絕證言之原因釋明（依舊書規定，得命具結以代釋明），其拒絕證言之許可或駁回依同條第 2 項規定，應由審判長審酌後，予以准駁（處分），非證人所得自行恣意決定亦非謂證人一主張不自證己罪，審判長即應准許之。⁶¹因此，主張不自證己罪而拒絕證言並非取決於證人本身意願，而須由審判長准駁之。

第三項、小結

刑事訴訟法中被告地位的形成，並非源自於其為犯罪事實的真正犯罪行為人，而是來自於偵查機關將其認定為具有犯罪行為人之嫌

⁶¹ 最高法院 99 年度臺上字第 5931 號判決。

疑，亦即可得以為合理懷疑其為犯罪行為人，而使之成為刑事追訴的對象。基於被告的角色確認，在程序法中形成應有的權利義務關係。

反觀證人在刑事訴訟程序上的角色，其係對於程序上待證事項親自見聞之人，具有不可替代性的角色關係，證人的屬性，被定位為協助追訴或審判機關釐清犯罪事實存在與否的角色，從而在現行法的規定中，證人除拒絕證言權及請領證人日旅費的規定，屬於證人的權利之外，基本上證人在程序法中多為義務，從作為證人義務、到場之義務、陳述與具結之義務及據實為證言之義務，違反此種義務者，不是受到強制拘提、就是必須受到程序法上罰鍰之處分，乃至於必須受到實體法偽證罪之拘束。故其與被告間程序地位完全不同。

第二節 證人與被告不自證己罪特權之比較

不自證己罪原則之下，任何人不得被強迫做出對自己不利之陳述。我國刑事訴訟法第 95 條第 2 款規定「被告無須違背自己之意思而為陳述」；第 181 條規定「證人恐因陳述致自己受刑事追訴或懲罰者，得拒絕證言」，可見我國刑事訴訟法對被告與證人均承認其享有不自證己罪之特權。但正如前文所述，被告與證人之基本內涵、訴訟地位以及訴訟之權利義務差別甚大，因而在不自證己罪原則之下證人與被告所享有之特權亦不相同。

第一項、表現之權利之不同

對於被告而言，沉默權係不自證己罪原則最為主要之體現。⁶²刑事訴訟程序中，被告無須違背自己意願而作任何之陳述，因此被告可始終保持沉默，沉默是被告所享有之當然性之權利，同時亦不可因被告之沉默而作對其不利之推論。而不自證己罪原則之下，使證人獲得拒絕作證之特權，即證人因基於特定之身份或特定公務之性質，或特定關係所得之資訊，或相互之間特定關係而建立相互之信賴等因素，為維護其身份、公務以及信賴關係之特定性，使其免受損傷，因此證人可行使拒絕作證之特權。因此，不自證己罪原則對於證人而言即賦予其免除作證義務之特權。

第二項、性質之不同

如前文所述，被告乃追訴機關追訴之對象，刑事訴訟程序之目標即透過程序對其行為作出實體法上之評價。為保證被告在刑事訴訟程序中與追訴機關享有對等之權利，處於相對平衡之地位，因而沉默權係法律所賦予被告之當然性的權利，即基於被告之訴訟地位而當然享有，無論事項是否對其不利，亦不論所處程序之階段，被告始終可保持沉默。而證人係依據自身感官所獲之資訊，協助追訴機關尋求事實真相之重要訴訟參與人。證人之作證首先體現為訴訟義務，因而證人已經傳喚即負有到庭、具結及提供證言之義務。而拒絕作證乃其一般

⁶² 就當今世界各國立法來看，大多數國家均將沉默權視為不自證己罪原則之不可缺少之組成部分，理論界亦多數人認為沉默權與不自證己罪原則可視為同一問題。縱觀歷史，沉默權與不自證己罪在歷史淵源及內涵方面存在密切聯繫，然不自證己罪原則亦不完全等同於沉默權，不自證己罪原則在內涵、適用範圍等面向上較沉默權要寬泛許多。主要體現在不自證己罪原則可涉及物證，而沉默權僅涉及言辭證據；不自證己罪原則可適用於任何之調查程序，除刑事訴訟程序外，亦可適用於大陪審團程序、行政程序、民事程序之中，而沉默權僅適用於刑事程序之中。

作證義務之下保護其自身利益需要之特權。證人拒絕作證必須符合基本條件才可行使，且允許其作出放棄特權之選擇。

第三項、拒絕陳述事項之不同

被告可對任何案件事實所涉之事項保持沉默，拒絕陳述，無論事項對其是否有利或不利，其拒絕陳述之事項沒有任何限制。而證人之拒絕作證僅能就對其自身「不利」之事項拒絕作證，而對「不利」之事項有嚴格之界定：「一、將來有受起訴或有罪判決之虞之事項以及加重刑罰事由之事項，以涉及行使責任為限，不及於單純被追究民事責任之事實或僅止於影響名譽之事項。二、所謂之有受起訴或有罪判決之虞的事項，不以該當之犯罪事項為限，得據以推測犯罪事實存在之密接關聯事實，及可能導致發現犯罪事實之線索的事實，均應屬於得拒絕證言之範圍。三、證人得否行使拒絕證言權，應視其陳述之內容而定，並非自始即許其全面的拒絕陳述。」⁶³

第四項、適用範圍之不同

被告之不自證己罪除沉默權所涉之言辭證據外，亦包括物證、書證之其他證據形式，而證人之拒絕作證之特權僅能對其證言所傳達之資訊涉及之事項為限，而不可擴大及於之如身體檢查、指紋痕跡等之物證等其他證據形式之取得。

被告與證人均可放棄權利，但被告放棄沉默權，係針對特定事項之放棄，即對此項事實放棄沉默自願做出自白，而對於此後其他事項仍可繼續保持沉默，其對權利之放棄乃一事一定，不可波及其他。而

⁶³ 陳運財著，沉默權之保障，收錄於其著「刑事訴訟與正當之法律程序」，1998年出版，頁333。

證人放棄拒絕作證之特權，乃整體之放棄，一旦放棄，不可收回，特權全部歸於消滅，對於同一事項不可再次主張拒絕作證之特權。

第五項、權利行使之不同

被告無須聲明任何理由，即可行使沉默權。法律對其行使沉默權未作任何行使方式條件之限制。而刑事訴訟法第 183 條第 1 項規定：「證人拒絕證言者，應將拒絕之原因釋明之。但於第 181 條情形，得命具結以代釋明。拒絕證言之許可或駁回，偵查中由檢察官命令之，審判中由審判長或受命法官裁定之。」可見證人行使拒絕作證之特權，須事先釋明拒絕之事由，且須由檢察官、法官對其釋明之事由進行裁定，裁定許可後，方可拒絕作證，若裁定駁回，則證人仍須履行其作證義務。

第六項、拒絕陳述效果之不同

被告之沉默權係被告之當然權利，被告拒絕陳述，保持沉默乃基於其訴訟地位之需要之必然選擇，因此被告保持沉默不存在任何違反法律義務之可能，因而不會遭到法律之處罰，亦不會影響其他權利之享有。而作證乃證人之基本義務，證人拒絕作證必須以符合法律規定之事由為基本前提。若無正當事由而拒絕作證，則係對法律義務之違反，因此要受到法律之懲處。刑事訴訟法第 193 條即規定了證人違背作證義務之處罰「證人無正當理由拒絕具結或證言者，得處以新臺幣 3 萬元以下之罰鍰，於第 183 條第 1 項但書情形為不實之具結者，亦同。第 178 條第 2 項及第 3 項之規定，於前項處分準用之。」

第三節 證人證言與被告自白之證據形式比較

證人證言與被告自白均為刑事訴訟法之下之重要證據形式，且兩者均係言辭證據，形式上表現為當事人之陳述。但證人證言係知道案件真實情況的人，向辦案人員所做的有關案件部分或者全部事實的陳述，證人不是刑事訴訟當事人；而被告係刑事訴訟當事人，證據是否充份，是否被法官採納，直接決定了對其指控是否成立以及是否承擔刑事責任，因而證人證言與被告自白雖有諸多相似之處，然在證據能力上亦應將兩者區別對待。以下將證人證言與被告自白在證據面相上加以比較論證。

第一項、證據資格

被告自白與證人證言雖均屬傳統之證據形式，然對被告自白之爭議始終存在，主要爭議焦點在於實務中常有被告當庭提出其已作之自白係在不正取供下做出，不應作為對其定罪量刑之依據，而法官往往要求被告對不正取供之情形舉證證明，大多情形下被告只能抗辯而不能舉證，法官多以「其抗辯之詞乃推卸責任之辯解，不應採納」⁶⁴而駁回被告之抗辯。被告自白顯然是對自己不利之陳述，那麼被告在何種情形下所作之不利陳述，該陳述是否真實係問題之關鍵。

⁶⁴ 刑事訴訟法第 156 條第 3 項規定：「被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。」然實務中檢察官與被告其所處地位、掌控資源上差距懸殊，故一般而言檢察官無論是提供證人（實際參與審訊之人）或物證（訊問筆錄、錄音錄影等）均較為方便，而被告若想抗辯反駁，則亦須提供相反之證據，由於被告所處之地位，其提供證人或保留物證之可能微乎其微，因而此條款看似合乎邏輯，而實務效果甚微。

對於被告自白理論界持有兩種觀點。一種主張否定被告自白之證據性，「刑事證據規則基本認知首應改正者，莫過於『自白』應不再是證據，而使其從『證據』的質性上脫離，如此一來，則：一、符合『不自證己罪原則』；二、將導致目前刑事偵查過分依賴『自白』之現象轉而聚焦自白之外那些真正的物證，才是所謂的『必要證據』，而免喪失掉取證之契機。」⁶⁵而另一派則主張，「自白」之證據資格不可全然否定，若一概否定「自白」之證據性，則某些情形下單純憑藉科學之試驗，調查之方法所獲得之物證、書證不能完全證明，且一概否定被告自白之證據資格，亦使對犯罪動機、犯罪主觀心態之調查無從處之。⁶⁶可見，對於被告自白之證據資格應直接否定還是保留其證據資格，完善取得之規則尚存在進一步探討之空間。

第二項、證明力

依英美習慣法（common law）的傳統心證法則，被告之自白及其不利於己之陳述，其證據價值被認為凌駕在其他證據之上，甚至有將被告自稱為「證據之王」。⁶⁷縱觀歷史，被告自白在中外刑事訴訟中都處於首要之地位。我國歷史上即有「首實親供」，而在歐洲，被告自白被視為「證據之王」，英美法系則有「最佳證據」之稱，而日本法制史上亦有「凡斷罪依口供結案」之表述。傳統刑事訴訟法上認為，在所有證據形式中，被告自白之證明力最強。訴訟中所蒐集到之

⁶⁵ 陳志龍，證據法則之修正方向，月旦法學雜誌，民國 88 年 9 月第 52 期，第 61 頁。

⁶⁶ 黃朝義，證人具結取證與證人轉為被告之省思，台灣法學第 145 期，頁 22～24。

⁶⁷ 林輝煌，論證據排除，第三章證據排除法則之適用，頁 63，元照出版社。

各種證據材料，都不可能比被告自己之陳述更直接更清晰。因此一般而言，被告自白之證據能力當然高於證人證言。

然僅依據被告自白是否可對被告定罪量刑仍須依據「證據補強規則」。陳樸生教授認為「為防止侵害人權，禁止採取依強制方法所取得之自白，設定保障自白任意性之規定，且為避免採取虛偽之自白，以至裁判錯誤，並設有補強證據之規定」⁶⁸此乃證據補強規則之理論價值。所謂「任意性法則」，乃謂犯罪嫌疑人之自白必須完全出於其自由意志，不但未受偵訊人員任何強暴、脅迫或利誘，而且須充份瞭解其自白之性質及其後果，唯如此之自白，始能認為出於自由意志而具有證據能力。⁶⁹

兩大法系對於自白之補強有不同規定。英美法系基於辯訴交易制度，因此對於當庭之自白規定無須補強，而法庭外之被告自白則需要證據補強。而大陸法系則不區分法庭內外，凡被告自白均須補強。⁷⁰日本刑事訴訟法第 319 條規定「不論是否被告在公審庭上的自白，當該自白是對其本人不利的唯一證據時，不得認定被告人有罪。」我國刑事訴訟法第 156 條第 2 項規定：「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」98 年台字 3681 號案件判決中對補強證據有進一步之闡釋：「所謂『補強證據』，係指除該自白本身外，其他足以佐證自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據，而該補強證據所補強者，不以事實

⁶⁸ 陳樸生，刑事證據法，三民書局，1979 .509，頁 207。

⁶⁹ 轉引自林輝煌，論證據排除，第三章證據排除法則之適用：Bram v. U.S., 168 U.S. 532, 18S. Ct.187,42L. Ed. 568 (1897) (是美國最早持此種見解之判例)，頁 64，元照出版社。

⁷⁰ 黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，2001 年 10 月，頁 204~205。

全部為必要，祇須因補強證據與自白相互印證，依社會一般通念足使犯罪事實獲得確信者，即足當之。故數共同正犯就原審所為論斷以判決違法上訴，並無可採。」可見，被告自白之證據能力高於證人證言，其被視為「最佳之證據」，然仍不可單純依據被告之自白認定其罪行成立，而必須兼採其他證據以符合證據補強規則之要求。

第三項、證據真實性之判斷

被告自白與證人證言均具有極強的不穩定性，但判斷其真實性之標準卻不相同。一般而言，證人對其所感受之資訊會因證人主觀之感受、態度抑或其以往經歷、知識技能等誇大或曲解，因而並非完全如實反映實際情況。證人證言之真實性主要透過其履行具結及到場接受詢問之訴訟義務進行判斷。如前文所述，我國採用書面保證之形式，要求證人在作證前履行具結之義務，即對其所作之證言保證其真實陳述，若有不實之陳述亦要承擔虛假陳述之責任，其實質即透過具結明確證人之如實作證之法律責任。而在審理中，亦透過追訴機關、被告以及法官對證人之交叉詰問，以考量其證言之真實性。

而被告自白即陳述對己不利之事實，一般而言其真實性較強，但在某些不當之取證手段下，被告亦可能因被脅迫、欺詐或威脅甚或體罰等而被迫作出對己不利之陳述，而此情形下被告自白之虛假性，其證據力應予以排除。但判斷被告自白之真實性以「自白任意性」作為考量標準，只有在自由狀態下所為之供述，才符合「自白任意性」之要求。我國刑事訴訟法的修改方向亦包含此價值目標。透過賦予被告一系列訴訟權利，保證其「自由」狀態，進而保證自白之任意性。同

時刑事訴訟法亦規定相關保障制度，對偵查訊問過程加以監督限制，其中最為重要的當屬全程連續錄音、錄影制度。透過錄音、錄影中偵查人員之語氣、態度以及被告之回答語氣、反應等，判斷訊問過程中是否採用不正當之手段，是否存在強迫自白之情形。



第四章 證人證言轉化為被告自白之運用

證人與被告乃不同之訴訟身份，其享有之權利履行之義務亦大不同，雖均可適用不自證己罪原則，然並非以相同內涵方式適用該原則。故證人與被告所作之陳述，一為證人證言，一為被告自白，然其在證據規則上屬兩類證據，取得證據之訊問規則與所取得之證據之證明力亦不相同。然實務中卻常有轉化運用之情形，問題之關鍵在於轉化運用是否合法，如何判斷其合法性。

第一節 證人證言轉化為被告自白之情形

新瑞都公司大股東、前高雄縣議員蘇惠珍自西元（下同）2002年9月初起，出面指控前國民黨投管會主委劉泰英透過正煒公司負責人李明哲、台火公司負責人李泰祺，在新瑞都公司的「高雄縣大湖工商綜合區」開發案進行過程中，前後索取新臺幣（下同）十億餘元之備金，但卻未履行承諾，導致開發案的增資、聯貸案全告失敗。偵辦一段時間後，高雄檢調辦案人員在同年12月23日兵分多路、南北大舉搜索高縣府、新瑞都公司等13處據點，傳喚新瑞都大股東蘇惠珍、高縣府前建設局長林琦瑞等15人，漏夜偵訊追查有無背信、貪瀆等

不法情事；隔天凌晨檢方依貪瀆及可能串證理由聲押林琦瑞，6名高縣府官員及2名蘇惠珍妹妹被釋回，檢方已將蘇惠珍正式列為被告偵辦。蘇惠珍偵訊前非常不滿的表示，她一直配合檢調偵辦行動，如今卻反遭搜索、約談，使她有「誤入陷阱」的感覺。⁷¹本案蘇惠珍遭以被告身份強制拘提、羈押，使出面爆料的告發人變成了被告，不僅蘇惠珍措手不及，外界也看得一頭霧水。

2007年轟動一時的藝人許瑋倫車禍案亦係如此。車禍發生後近3個月，檢方發現綽號小烏龜的助理林怡汶供詞前後反覆，檢方訊問生還的助理林怡汶，林怡汶說，她們沒有先撞護欄，而是直接被貨車撞上。據苗栗地檢署主任檢察官蔡興華說：「她一開始說被擦撞了3、4次，但是根據跟在其後面的目擊證人說好像並沒有擦撞，是她自己去撞護欄的。」還有一點，「她是說當時是許瑋倫打電話給119報案的，但是我們經過調查，把錄音帶當場播放，聲音應該是屬於這個助理的。」苗栗檢察官發現林怡汶供詞不一又說謊，懷疑車子是林怡汶開的，失控撞護欄才引發追撞，必須負過失責任，由此把她從證人身分改列為被告。⁷²

2012年6月間震驚朝野的行政院前秘書長涉貪案，特偵組為了盡速釐清案情，一個星期內密集地三度以證人身分傳喚林妻彭愛佳到案說明，彭於7月5日才由檢方的「潛在性被告」轉為被告。法界認為，特偵組一再以證人傳喚彭，讓她受限於證人受訊的規定，事實上

⁷¹ 記者鮑建信、蘇恩民、蔡清華／綜合報導，自由電子新聞網，2002年12月24日。

⁷² 參見哈新聞網 http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=suncomedy20070424133111

是剝奪了彭女的辯護權，對她不利。法界人士指出，特偵組表面上用「證人」身分傳喚彭女，實際上卻以調查「被告」的方式，釐清林、彭兩人的犯罪情節，充份運用證人受訊規定，從彭口中突破案情。這種作法恐怕會影響彭的訴訟攻防，對彭極為不利。特偵組昨天（7月5日）三度開出證人傳票傳彭，訊問時間仍將近10小時。由於情況相當罕見，且她獲准由律師陪同接受偵訊，懂法律的人都知道，她恐怕已不是單純的證人身分，將會被轉列為被告。果然，晚間她轉列被告，並被諭令以100萬元交保。有人戲稱，彭的證人價值已用完了。⁷³同案的林益世母親沈若蘭、起先爆料檢舉者陳啟祥與程彩梅都是先歷經證人身分而後因「涉案嚴重」改列被告，其過程是否符合程序正義以及先前證人證言將來是否被當成被告自白，頗值得觀察。⁷⁴

與上述案件相似之做法還有，員警將某犯罪嫌疑人依法逮捕後，透過偵查發現此嫌疑人之外有可能存在其他共犯，但證據尚且不足以將其逮捕。為防打草驚蛇，員警以關係人身份詢問此嫌疑人，即透過詢問使其在毫無防備且不知情之情形下做出對自己不利之陳述。隨後員警以此為證據將兩人一併送至檢察署偵辦。檢察署告知嫌疑人依據刑事訴訟法第95條所享有緘默權，同時亦向其出示說明其於偵查階段所作之陳述，以此為證據，遂將兩人以共同被告之身份提起公訴。與此屬同類之情形者還有，檢察署以證人身份傳喚詢問，而當證人作對己不利之陳述後，以此為證據，將其以被告身份提起公訴。

⁷³ 陳志賢/台北報導，中時電子報「彭三度以證人應訊 少了被告防護罩」，2012年7月6日。

⁷⁴ 本文截稿時，本案尚在特偵組偵辦程序中。

2012年柯居財等人被控偽證案備受關注亦屬此類情形。「柯居財於第一審法院97年度選訴字第32號張輝元等違反公職人員選舉罷免法等罪案件(下稱另案)，於民國97年3月5日偵查中，檢察官逕行拘提到案後自白犯行，經轉換為證人具結後仍為相同不利於張輝元之證述，其後於該案審理中為證人，具結後翻異前供，而為有利於張輝元之證述，有偽證犯行為主要依據。然柯居財於事實審審理中迭次爭執該自白系檢察官以遲延訊問等不正方法所取得，無證據能力；而依卷證，前揭偵訊地點為「台灣雲林地方法院檢察署第一偵查庭」，訊問時間為「下午5時42分」，惟另案第一審勘驗上揭偵查筆錄錄音光碟，開始錄音時間為「19時5分21秒」。柯居財被拘提至該偵查庭時，檢察官及書記官似已在庭，依刑事訴訟法第93條之規定，檢察官本應即時訊問，卻遲延至下午7時5分21秒才開始訊問並錄音，其間有1小時23分鐘之空白。而偵查庭為不公開之偵訊處所，對被告或犯罪嫌疑人而言，其環境具有相當之壓迫性，該段錄音空白之時間，檢察官究竟有何作為？其遲延訊問是否有正當理由？抑或專以取得柯居財之自白及不利於正犯之證據為主要目的？俱與判斷柯居財該偵查中之陳述是否具有證據能力攸關。原判決未予調查釐清，並依第156條第3項命檢察官就該自白出於任意性指出證明方法，遽行判決，尚嫌速斷，難昭折服，此部分有發回更審之原因。其餘上訴人林端嘉、廖世孟部分因上訴無理由，判決駁回。」⁷⁵

⁷⁵ 參見最高法院審理柯居財等偽證案件新聞稿。

從刑事訴訟程序上看以上之偵查方式，不難發現，告發人、關係人⁷⁶在公訴案件中當屬證人之地位，而其所作之陳述按證據蒐集規則來看當屬證人證言，與檢察署傳喚證人詢問性質相同，然檢察署之後卻以共犯之身份將其作為被告起訴，實屬證人轉化為被告之情事，實質上位訴訟地位之根本變化。問題在於：其之前以告發人、關係人及證人之身份所作之陳述，能否在其作為被告被提起公訴後，作為被告自白而當然的轉化運用，作為對其審判之主要證據？

第二節 轉化運用合法性判斷

證據是否合法主要在於取證的方式、手段是否合法，如前文所述，違反不自證己罪原則之直接後果即所蒐集之證據無證據力。證人證言是否可轉化為被告自白運用，關鍵在於轉化後，若作為被告自白，是否有違反不自證己罪原則之情形，是否保障了證人享有拒絕作不利於自己之證言以及被告之緘默權之行使。具體在程序中判斷，須從以下三方面分析判斷，即是否履行告知義務；是否違背被告自白任意性以及訴訟地位之模糊，追訴機關之主觀是否存在蓄意。

⁷⁶ 實務上依據刑事訴訟法第 63 條「審判長、受命推事、受託推事或檢察官指定期日行訴訟程序者，應傳喚或通知訴訟關係人使其到場。但訴訟關係人在場或本法有特別規定者，不在此限。」通知訴訟關係人到場，但對於訴訟關係人之到場說明之性質未有明確規定。學術界中普遍認為其應屬「任意偵查」，如黃朝義教授在「證人具結取證與證人轉為被告之省思」一文中即提出此觀點，故關係人並無必須到場之義務，當然也無證人之具結與真實陳述之義務，同樣也無須保障告知其享有拒絕陳述之權利。因關係人並不當然屬於訴訟參與人，亦非訴訟當事人，其不享有訴訟權利亦不應承擔訴訟義務，故對關係人之約談應以不涉及證人或被告屬性之問題為限。但關係人若自願所作之陳述，應視為證人證言。參見陳樸生著，「刑事訴訟法實務（重訂版）」，1995 年 3 月出版，第 259 頁。

第一項、告知義務

告知義務、自白任意性與追訴機關之主觀態度三項要素中，告知義務處於核心之地位。告知義務係指追訴機關負有及時告知證人、被告所享有之訴訟權利，以便於其在訴訟中及時依法維護自身利益。不自證己罪原則下之告知義務係刑事訴訟法第 95 條，第 186 條第 2 項所規定。

刑事訴訟法第 95 條規定「訊問被告應先告知下列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。四、得請求調查有利之證據。」其中第二款即在不自證己罪原則之下，為維護自白之任意性，應告知被告享有保持沉默之權利。

第 186 條規定：「證人有第 181 條之情形者，應告以得拒絕證言。」（第 181 條規定「證人恐因陳述致自己或與其有前條第 1 項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。」）此款為不自證己罪原則下，對證人拒絕作證之特權之告知義務。

但現行刑事訴訟法未明確告知時間。對被告人之告知義務，在刑事訴訟法第 94 條、第 95 條即作出規定。第 94 條係關於人別之訊問，規定對被告之基本資訊之核查。而第 96 條之後逐條即為對被告訊問之具體規則。而從條款佈局上來看，95 條之告知目的應當係在確認被告身份之後，具體訊問開始之前，首先告知其享有之權利，以保障程序中維護自身之訴訟權利。因此可推定立法之目的即在人別訊問之後即告知其基本權利。對於告知次數，是否在每次訊問之時均須例行

告知之程序，立法亦未作出規定，而理論界也存在諸多觀點。歸納起來大致分為三方觀點：其一認為，被告處於同一訴訟程序同一訴訟地位其訴訟權利相同，因此在首次訊問開始履行告知義務後，毋庸每次訊問均重複告知；⁷⁷其二認為，為確保被告訴訟權利之行使，亦以喚起記憶為目的，每次訊問均須重複告知；⁷⁸其三則認為，是否重複踐行告知義務，要以程序是否間斷而區別對待，若程序中斷，則恢復訊問時仍須再次履行告知義務。⁷⁹但何為中斷，間隔多久可視為中斷，則未能有明確之說明。故本文贊成觀點一之處理，即當被告所處之訴訟程序階段未有變化，訴訟地位訴訟權利未發生變化時，則無須重複踐行告知義務。

證人之告知時間點法律亦未作出規定。同理觀之立法之架構，第 185 條規定證人之人別訊問，而第 2 項則規定「證人與被告或自訴人有第 180 條第 1 項之關係者，應告以得拒絕證言。」可見，在確定證人之人別資訊後，若發現證人具有第 181 條所規定之基於身份關係而拒絕作證之情形，即要當即告知其所享之權利。而隨後第 186 條先規定證人之具結義務，而同條第 2 項即規定告知證人拒絕作證之特權，可同樣推知，立法之本意應為確認證人之身份後，先由證人履行具結之義務，即保證如實陳述，隨即應立即告知其可以因其供述引起對己之不利而拒絕作證之權利。因此項拒絕作證之特權與具結義務之履行密切關聯，故應同時相互履行。

⁷⁷ 林鈺雄著，「刑事訴訟法（上冊 總論篇）」，2003 年 9 月出版，頁 157。

⁷⁸ 蔡墩銘著，訊問被告時之告知罪名，月旦法律教室—刑事法學篇，2002 年出版，頁 243。

⁷⁹ 陳運財著，刑事訴訟與正當之法律程序，1998 年第一版，頁 313。

第二項、 是否違反自白任意性

刑事訴訟法第 158 條之 2 規定：「違背第 93 條之 1 第 2 項、第 100 條之 3 第 1 項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其它不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。」

檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第 95 條第 2 款、第 3 款之規定者，準用前項規定。」

如前文所述，自白任意性之內涵包含兩個要素，即被告之心態與證據取得程序之合法，係主觀、客觀兩方面。而從 158 條之 2 原文理解，應包含兩個層次。首先當具有違背第 93 條之 1 第 2 項、第 100 條之 3 第 1 項規定之情形，此係取得證據程序之違背，不得作為證據。其次，但書部分則為第二層次，即若有上述程序之違反，然其違反並非出於惡意且自白陳述出於自由意志者，仍可保留其證據能力。顯然其中「自由意志者」係對自白任意性之強調，由此可以得出，我國刑事訴訟法現有規定，對自白任意性強調主觀因素，即被告心態之判斷，而程序之違反並不當然等於意志自由之違背，我國目前之立法對於「自白任意性」未採「違法排除說」。故在未行告知之義務情形下，仍不能當然推定排除所有取得證據之證據能力，而仍應從主觀因素考量，是否屬於違反「自由意志」情形下所作之陳述。

第三項、 蓄意

對於證人與被告身份之轉化而引起之證人證言轉化為被告自白運用之情形下，若未踐行告知義務，其證據之轉化運用是否合法，要以造成證人與被告身份轉化之原因中，追訴機關之主觀是否存在蓄意而區別對待。最高法院 92 年臺上字第 4003 號判決中有如下之表述：「倘檢察官於偵查中，蓄意規避踐行刑事訴訟法第 95 條所定之告知義務，對於犯罪嫌疑人以證人身份予以傳喚，命具結陳述後，採其證言為不利之證據，列為被告，提起公訴，無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使，尤難謂非以詐欺之方法而取得自白。此項違法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除。如非蓄意規避上開告知義務，或訊問時始發現證人涉有犯罪嫌疑，卻未適時為刑事訴訟法第 95 條之告知，即將其列為被告，提起公訴，其因此所取得之自白，有無證據能力，仍應權衡個案違背法定程序之情節，侵害被告權利之種類及輕重，對於被告訴訟上防禦不利益之程度，犯罪所生之危害或實害等情形，兼顧人權保障及公共利益之均衡維護，審酌判斷之。」⁸⁰

最高法院 95 年臺上字第 2119 號判決更能反應實務中對此類情形之態度：「本件檢察官於民國 88 年 10 月 20 日及 25 日訊問陳金菊、於 88 年 10 月 27 日、88 年 11 月 3 日訊問徐茂雄，係以關係人名義傳訊，均未於訊問前踐行刑事訴訟法第 95 條之權利告知，而檢察官於 88 年 10 月 20 日之前，即已傳喚關係人即大林建築師事務所陳水生、葉祥南到庭調查大林建築師事務所所有關負責東星大樓結構計算之承辦人員係何人，於 88 年 10 月 20 日訊問陳金菊於大林建築師事務

⁸⁰ 最高法院 92 年臺上字第 4003 號判決。

所擔任何職，經陳金菊告以結構計算，並提示 70 建字第 270 號東星大樓建造執照之結構計算書，經陳金菊答以是其所寫，至此檢察官實已認陳金菊涉有業務過失致死之嫌疑，應適時為刑事訴訟法第 95 條之權利告知，詎檢察官未為上開權利告知，仍進行調查程序，並訊問陳金菊詳述結構計算流程，復於同年 10 月 25 日再傳訊陳金菊調查相關東星大樓之事項，惟仍不為上開權利告知，旋於 88 年 10 月 30 日即於收到台北市土木技師公會 88 年 11 月 2 日發送之「921 集集大地震造成台北市八德路 4 段東星大樓倒塌原因暨責任歸屬鑒定報告書」之前，即以陳金菊涉嫌業務過失致人於死，報結 88 年度他字第 2047 號案件，並對陳金菊簽分偵字案辦理，檢察官未對陳金菊踐行訴訟權利告知，顯有重大違失，侵害刑事訴訟法明文規定之緘默權及辯護權，嚴重不利益於陳金菊之防禦權，是關於陳金菊 88 年 10 月 20 日及同年月 25 日檢察官之訊問筆錄，認無證據能力。⁸¹

如上所述，我國實務中對未行告知義務情形下之證人證言轉化被告自白運用之合法性中，依據追訴機關主觀狀態之不同區分判斷如下：

其一，蓄意情形下，視為詐欺取得之自白，屬於前文所論述之「不正訊問之禁止」，應依據刑事訴訟法第 156 條排除所取得證據之證據能力。

其二，非蓄意情形下，係屬於非出於惡意但自白或陳述並非出於自由意志，則不可適用第 158 條之 2 直接排除證據能力，而應依據第

⁸¹ 最高法院 95 年臺上字第 2119 號判決。

158 條之 4：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」綜合考量犯罪情節之輕重、被告被侵犯自由意志之程度、被告其他訴訟權利是否有機會行使，如選任辯護權等各方面之因素，由審判人員自由裁量。

本文認為不應適用第 158 條之 4 權衡法則作判斷。權衡法則僅適用於非供述證據，而不能適用於供述證據⁸²，其差別在於前者判斷之重點在於違法程度之輕重，而後者判斷重點則為有無危害自白任意性的違法行為，判斷目標並不相同。對於訊問所得到之供述，判斷應以是否違反自白任意性為目標，只要有違反任意性之情形，即使在非蓄意不告知之情形下，亦不可作為證據運用，與權衡利弊並無關係。

第三節 轉化運用合法性判斷之具體問題探討

如上所述，證人轉化為被告，則其之前所為之陳述，是否直接隨之轉化為被告自白運用，要判斷轉化之合法性。而合法性之判斷要以告知義務之踐行為中心，以任意性為根本，同時區分訊問者之主觀心態綜合作出判斷。

第一項、可否同時為第 95 條與第 186 條第 2 項之告知義務

⁸² 楊雲驊，未告知證人拒絕證言權之法律效果，第二屆學述與實務之對話，2007 年，頁 31。

如前文所述，刑事訴訟法第 95 條與第 186 條第 2 項分別規定了對被告與證人之告知義務，即在程序中應對被告與證人分別依據兩條款，告知各自之權利。然在證人轉化為被告身份之情形下，追訴機關可否為避免身份轉化之可能而踐行告知義務之不及時，在訊問之初即同時踐行兩種告知義務，而使無論何時之陳述均為合法取得之證據，具有證據能力。

如前章所述，被告與證人之訴訟地位，訴訟權利義務均不相同，故雖同為不自證己罪原則之主體，但該原則之適用卻有大不同（第三章已作詳細之比較，在此暫不贅述）。第 95 條與第 186 條第 2 項之告知義務係對不自證己罪原則之保障，因而同為告知，但法律意義與告知內容則並不相同。刑事訴訟法採用兩個獨立條款規定，而非採用準用前款之形式，意義亦在於此。固理論上來講，此為兩項告知義務，應各自依其各自之告知時間點而分別踐行。

然實務中常有身份轉化之情形，最高法院 98 年臺上字第 5952 號判決對於共犯情形下，偵查訊問時行兩種告知義務之效果作以下之解釋：「具有共犯關係之共同被告在同一訴訟程序中，兼具被告及互為證人之身份。倘檢察官分別以被告、證人身份而為訊問，並各別踐行刑事訴訟法第 95 條、第 186 條第 2 項之告知義務，使該共同被告瞭解其係基於何種身份應訊，得以適當行使各該當權利，不致因身份混淆而剝奪其權利之行使，則檢察官此種任意偵查作為之訊問方式，尚難謂為於法有違。至若同時以被告兼證人之身份兩者不分而為訊問，則不無將導致共同被告角色混淆，無所適從或難以抉擇之困境。」可

見，是否可以同時踐行兩種告知義務，關鍵在於程序中是否使受訊問之人清楚瞭解自己之身份以及相應之權利。若檢察官與被訊問之人均可清楚區分此係對被告之訊問抑或對證人之訊問，則可視為兩種告知義務均已履行，所取得之證據亦為合法證據，證人證言可以轉化為被告自白而運用。若兩者身份混淆不清，則應視為程序違法，而不可轉化運用。

本文認為此種身份是否清晰之判斷，應以被訊問人為主，因訊問方掌握轉換之主動，因此判斷之意義在於程序中是否被訊問方清楚瞭解自己之身份才更具法律意義。

第二項、未行拒絕證言之告知義務之情形

在以證人身份接受訊問時，若程序中未踐行第 186 條第 2 項之告知義務，當證人轉化為被告時，先前所作之證人證言是否可同時轉化為被告自白而用作審判其自身案件之依據？

第一款、檢察官未告知之情形

檢察官以證人身份傳喚並訊問證人時，若未依第 186 條第 2 項踐行告知義務，而證人作不利於己之陳述，待轉化為被告時，先前之證言可否作為被告案件之證據，最高法院 96 年臺上字第 1043 號判決中已作出解釋：「……至若該證人因此成為『被告』追訴之對象，則其先前居於證人身分所為不利於己之陳述，基於不自證己罪原則及法定正當程序理論，應認對該證人（被告）不得作為證據。」故實務中認為此種情形係對不自證己罪原則與正當程序理論之違反，應排除其證據能力。

目前理論界對此情形多採肯定說，即贊同實務之作法應當排除其證據能力，但其推論依據並不統一。如何賴傑教授認為該判決採「權利領域理論觀點」，贊成採用肯定說。⁸³而王兆鵬教授則認為，此種情形下排除其證據能力之原因係此取證之方式使證人於「陳述真實，自入於罪」、「陳述不實，受偽證處罰」、「不為陳述，受罰則處罰」之三難境地，此乃國家利用具結義務與偽證之處罰之矛盾而以不正當之方式取得，故應排除其證據能力。⁸⁴而黃朝義教授則從立法理論之角度全面否定檢察官具結取證之權利，此情形下之前以證人身份所作之陳述亦要排除其證據能力，對於是否可轉化運用更不具可討論性。⁸⁵林俊益教授則有不同之意見，其認為既無法之明文規定，應當回歸第 158 條之 4 之規定，綜合考量各種因素權衡審酌。⁸⁶

類似情形在 94 年度臺上字第 51 號判決中進一步延伸。此案中，法官並未踐行告知義務，而告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結，證人恐供述危及自身陷己於被起訴之不利情勢，故未作真實之陳述。51 號判決稱：民事訴訟法第 307 條第 1 項第 3 款規定：

「證人所為證言，足致證人或與證人有第 1 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 181 條規定：「證人恐因陳述致自己或與其有前條第 1 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

⁸³ 何賴傑，違反刑事訴訟法第 181 條告知義務之證據禁止之效力，月旦裁判時報第 1 期，頁 164-168。

⁸⁴ 王兆鵬，論新修刑訴之證人不自證己罪，台大法學論壇第 34 卷第 1 期，頁 47。

⁸⁵ 黃朝義，證人具結取證與證人轉為被告之省思，台灣法學第 145 期，頁 26。

⁸⁶ 林俊益，論拒絕證言權之告知，台灣本土法學第 61 期，頁 170。

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 307 條第 2 項及刑事訴訟法第 186 條第 2 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。」⁸⁷由此可知，實務中認為證人不自證己罪特權旨在保護證人本身，因而要從證人立場考量是否對其踐行全部之義務。上述案件之情形下，無異於強迫上訴人(原審證人)作出可能使自己入罪之陳述，為保護自己以免受刑事詐欺罪之追訴、處罰，所作不實之陳述乃人類保護自己之本能也，不能以偽證罪論處，在此情形下所取得之證言亦係非法之證據，不可轉化為其犯偽證罪之證據而適用。

第二款、偵查階段警察未告知之情形

⁸⁷ 94 年度臺上字第 51 號判決。

上述情形若發生於偵查階段，司法警察通知訊問證人程序中未行告知義務，因司法警察與檢察官之地位義務不同，對於是否排除證據能力之判斷則不應相同處理。

刑事訴訟法中對於司法警察調查詢問犯罪嫌疑人之規定以「準用」前款檢察官訊問證人之規定形式列出。第 196 條之 1 規定：「司法警察官或司法警察因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書通知證人到場詢問。」

第 71 條之 1 第 2 項、第 73 條、第 74 條、第 175 條第 2 項第 1 款至第 3 款、第 4 項、第 177 條第 1 項、第 3 項、第 179 條至第 182 條、第 184 條、第 185 條及第 192 條之規定，於前項證人之通知及詢問準用之。」可見，司法警察詢問並不準用第 186 條之第 2 項告知義務，然第 181 條拒絕證言之權利則在所列準用條款之中。由此可以推知，偵查階段司法警察詢問證人或相當於證人之關係人、告發人，其可準用第 181 條享有恐因陳述致自己不利而拒絕證言權。但司法警察對其所享之此項權利，不具有告知之義務。問題關鍵在於，在相同之情形下，偵查階段司法警察未行告知而訊問證人、關係人或告發人，其並不構成取證程序之違反，但事實上是被詢問之證人、關係人或告發人未行使本享有的拒絕作證之特權，此情形下先前所為之證人證言是否就可以轉化作為被告陳述運用呢？

眾所周知，偵查中常有犯罪嫌疑人不明之案件，而司法警察以關係人之名詢問情況乃偵查功能之本，無可厚非。但法律中偵查司法警察雖無未踐行告知之義務，然實務中亦非完全肯定其陳述之證據力。

最高法院 97 年臺上字第 225 號判決中稱：司法警察官或司法警察偵查犯罪時，如以刑事訴訟法所無之「關係人」名義傳喚犯罪嫌疑人到場詢問，詢問之內容亦係關於犯罪嫌疑之實質調查，而藉以規避踐行刑事訴訟法第 95 條所定之告知義務，無異剝奪犯罪嫌疑人之防禦權、緘默權、辯護權等正當權益之行使，或於並非蓄意規避上開告知義務，而係於詢問「關係人」時始發現該人涉有犯罪嫌疑，卻未適時依法為刑事訴訟法第 95 條之告知，致影響於該犯罪嫌疑人之防禦權、緘默權、辯護權等正當權益之行使之情形，其因此所取得自白，自應認為係違背法定程序所取得證據。而在上述情形，該自白之證據能力如何，因該犯罪嫌疑人並非受拘提、逮捕等違反其意志之強制力拘束而到場接受司法警察官或司法警察之詢問，與刑事訴訟法第 158 條之 2 規定之要件不符，而無該項規定之適用，然而該自白既仍屬實施刑事訴訟之公務員因違背法定程序所取得之證據，其有無證據能力之認定，自應依同法第 158 條之 4 規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護而認定。」⁸⁸最高法院 97 年臺上字第 2956 號判決對此作出如下之解釋：「該證人於司法警察（官）詢問時所為不利己之陳述，於嗣後成為被告時，基於不自證己罪特權，仍不得作為證據。不因司法警察（官）調查時以『證人身份』或『犯罪嫌疑人身份』通知到案而有不同。……上訴人於該次調查局詢問之陳述內容，既係以證人身份為不利於己之陳述（且調查局人員無從踐行刑事訴訟法之第 95 條之告知）即屬不自證己罪特權之範疇，依前揭之說明，與其嗣後成為

⁸⁸ 最高法院 97 年臺上字第 225 號判決。

被告時，先前之證言自不得作為證據，否則無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使。」可見實務中認為司法警察詢問雖不準用第 186 條之告知義務，然此情形下獲取證據仍是對不自證己罪特權之違反，應當排除其證據能力。

本論文認為既然司法警察官詢問程序中準用第 181 條，即證人無論被檢察官訊問抑或是司法警察詢問，均係在公法程序體系之下，均享有第 181 條所列之不自證己罪之拒絕作證特權。但第 186 條第 2 項之告知此特權之義務卻只有檢察官負有，而司法警察不承擔，顯然是不合邏輯的。故此乃立法之疏漏，因此司法警察亦應當然準用第 186 條之第 2 項，同樣負有告知義務，此疏漏應依靠法官造法日後加以彌補解決。

第三項、踐行第 186 條第 2 項告知而未踐行第 95 條告知義務之情形

若行證人訊問時踐行第 186 條第 2 項之告知義務後，而未踐行第 95 條之告知義務之情形，其陳述是否仍可轉化，該問題實質係第 186 條第 2 項之告知義務與第 95 條告知義務之綜合推斷。對此情形之判斷，實務與理論界觀點可分為主觀區分說與不區分主觀說兩種。而主觀區分說亦在實務及理論界均占多數之分類。⁸⁹

主觀區分說須考量偵查機關在此程序中之主觀心態，即其對於被訊問者之身份之轉化是否存在主觀蓄意而區別對待，前文已對此詳細論述，在此不再重述。而不區分主觀說對於偵查機關蓄意與否對於告

⁸⁹ 參見蔡墩銘，刑事訴訟法論，第四版，頁 243。

知義務之踐行是否產生影響，則認為，蓄意與否難以判斷，且實務見解之下若為非蓄意規避第 95 條告知義務之情形，採用權衡法則判斷有無證據能力，其錯誤在於供述證據根本不應適用權衡法則（前文對此亦有論述），且每當公共利益與人權保障進行權衡，皆有可能為了公共利益追求而犧牲個人以取得證據能力，使違反告知義務規定且侵害當事人權利重大取得之證據因為權衡最終反而具有證據能力。因為同一程序之中同一證據不應既為證人證言又作為被告自白，兼任兩類之證據，故應根本性排除轉化之可能，即訴訟關係人到案後如果發現具備證人之資格且其掌握之情況對於證明被告之犯罪行為不可或缺，而確定用證人方式訊問取證之後，嚴格禁止將其轉列為被告，以防止偵查機關利用具結義務逼供，故此情形下已作之陳述喪失證據能力。

第五章 被告自白轉化為證人證言之運用——共同被告自白之性質認定及運用

一般而言，在同一訴訟程序中，一人僅可處於一個訴訟地位，擔任一個訴訟角色。特別是被告作為訴訟程序中被追訴之物件，原則上不得轉換為證人，因此其陳述只能作為被告自白而不能視為證人證言使用。唯一之例外情形，即共同被告在其所涉之案件中，對於其他共同被告，屬於訴訟主體之外之第三人，故其陳述對於其他共同被告而言，可能成立證人證言。我國刑事訴訟法嗣於 2003 年 1 月 14 日修正後，其中第 156 條第 2 項在原規定基礎上增加了「共犯之自白」，而修正為「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」該條款之核心意思係強調被告或共犯之自白，不得作為唯一證據而認定其有罪，而必須要求證據補強。但該條款之隱含前提係承認共犯之自白可作為定罪證據使用，此處僅可能理解為作為「證人證言」使用。同時第 287 條之 2 規定：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。」由此可知，我國已明確承認共同被告自白之證人證言之效力。但就共同被告自白之認定及運用仍存在諸多問題尚無法適從。如「共同被告」之範圍為何？其與「共犯」係何種關係？又如對於共同被告之自白該如何質性，係僅能作為被告自白或證人證言，亦或兩者之間可以轉換運用？若可以轉換，轉換運用之合法性該如何考

量？本章將圍繞共同被告之自白質性，對上述系列問題一一加以研究探討。

第一節 共同被告之界定

被告自白轉化為證人證言運用之唯一可能情形即共同被告之自白之運用，然我國目前刑事訴訟法中存在「共同被告」與「共犯」兩種表達，其內涵為何？外延上又是何種關係？準確把握「共同被告」之範疇，須先從「共犯」概念入手。

第一項、共犯的概念

「共犯」乃刑事實體法之概念，係基於共同犯罪事實而產生。犯罪行為有由一行為人單獨完成，亦存在兩人以上，以不同的參與程度，不同的協力形態而實現之情形。刑法將前者評價為單獨犯，而後者即兩人以上共同參與完成犯罪之情形，學理上將之視為「廣義共犯」。由於各參與人所參與之形態、程度不同，學理上對共犯存在諸

多分類方案。⁹⁰然學理上亦長期以來對「共犯」與「正犯」之關係爭論不休，力求尋求一種清晰明確之邏輯體系闡述兩者之關係，但目前為止仍未達到令人滿意之結果。⁹¹我國「刑法」嗣於2006年7月修改之後，將第四章名稱由原來的「共犯」修改為「正犯與共犯」，其中第28條係對「共同正犯」之規定，第29條及30條係分別對「教唆犯」與「幫助犯」之規定。由修訂後之條款佈局可推定理解為，正犯係指共同正犯，而共犯僅指教唆犯與幫助犯。

第二項、共同被告的概念

「共同被告」乃程序法之概念，在同一刑事訴訟程序中被起訴，且在同一審判程序中接受審判之兩人以上被告者，即為共同被告。德國法制上，是將被告與證人在程序法上之地位予以清楚明定，定位後，被告與證人在程序法上，原則上不能再任加更動，接著再針對「共同被告」的概念予以限定，認為在「共同被告」的範圍內，原則上是

⁹⁰ 蔡墩銘教授將共犯種類分為6類12種：1.依共犯的成立範圍，可分為廣義的共犯和狹義的共犯。廣義的共犯包括正犯、教唆犯與從犯。狹義共犯則只包括教唆犯與從犯。2.依共犯在刑法中所規定的性質如何，可分為任意共犯與必要共犯。3.依共犯參與時間的不同，分為事前共犯、事中共犯和事後共犯。4.依共犯的意思聯絡之程度如何，分為普通共犯與片面共犯。5.依共犯之加工方法如何，分為有形共犯與無形共犯。有形共犯即以有形行為加工於犯罪，如供給工具。無形共犯即以無形行為加工於犯罪。6.依共犯參與方式不同，分為直接共犯與間接共犯。見蔡墩銘.刑法總論[M].台北：三民書局，1998。陳樸生教授主張分為5類10種：1.任意共犯與必要共犯。2.有形共犯與無形共犯。3.縱的共犯與橫的共犯。縱的共犯，乃延長其因果關係，教唆犯、從犯屬之；橫的共犯，系擴張其因果關係，共同正犯屬之。4.事前共犯、事中共犯和事後共犯。5.雙面共犯與片面共犯。陳樸生.刑法總論[M].台北：正中書局，1969。塗春金教授認為，可分為4類8種：1.必要共犯與任意共犯。2.有形共犯與無形共犯。3.事前共犯、事中共犯與事後共犯。4.獨立共犯與從屬共犯，獨立共犯可獨立成立犯罪，如共同正犯、教唆犯。從屬共犯必須從屬於正犯才能成立犯罪，例如幫助。見塗春金.刑法概要[M].台北：中華電視股份有限公司，1999。
⁹¹ 有學者反向思考，提出以單一行為人概念，將心思致力於個別行為不法與行為人責任之認定上。參見柯耀程著，刑法單一行為人概念評析，收錄於「變動中的刑法思想」，1999年9月出版，頁213。

適用被告之程序角色，享有被告之權利，不能適用證人之程序角色。因而界定共同被告之範圍，僅關程序上應適用被告或證人之選擇，甚為重要。⁹²可見在德國法上，共同被告亦為完全的程序性概念，且刑法理論上對共同被告之概念亦存在不同學說：

「『形式的共同被告』指透過訴訟程序的形式加以定義，亦即只要在同一個訴訟程序中，共同地進行追訴，即屬於共同被告。」⁹³「採實質共同被告者說認為，凡事有犯罪嫌疑而刑法要對之有訴訟狀況的人，就是被告，包括因同一犯罪事實或相牽連之犯罪事實而被起訴的人，也包括不管同時起訴或追加起訴或合併起訴，或一在偵查、一在審判程序，或有的上訴，有的沒上訴，均屬共同被告範疇。兼採形式與實質共同被告說，又區分限縮的實質共同被告概念和擴張的形式共同被告概念。前者係指以犯罪事實的關聯性作為認定共同被告之依據，但不以犯罪嫌疑為已足，而是以刑事追訴機關開始追訴為準。但既然重視實質的觀點，則是否進行至同一審理階段，在所不問。而後者係指因為同樣的被追訴事實而被審理或調查，而在某個相同的程序階段被追訴之人，皆是共同被告，而共同的程序不必達於共同的被審訊作供述的階段。」⁹⁴

由此可見，「共犯」與「共同被告」一為實體法之概念，一為訴訟法之概念，其存在領域與界定標準迥異。然兩者之間必然存在交叉關係。即共犯基於共同參與犯罪之事實，有合併審理之必要，即成為

⁹² 周瑞芬，刑事被告與證人地位之轉換，國立中正大學法律研究所，2005年碩士論文，頁76。

⁹³ 顧立雄、許恆達著，共同被告自白與供述證據，月旦法學教室第三期，2003年3月，頁71。

⁹⁴ 參見從被告詰問權之保障論共犯或共同被告陳述之處理，王澤瑋，東海大學法律系碩士論文，2004年7月。

共同被告，當然共同被告亦不僅限於共犯之情形，下文有詳細論述，在此暫不贅述。

第三項、我國法律之規定

我國刑事訴訟法中所規定的對數人提起共同訴訟，在同一程序中進行審判之情形有以下三種：

刑事訴訟法第 15 條規定：「第 6 條所規定之案件，得由一檢察官合併偵查或合併起訴；如該管他檢察官有不同意者，由共同之直接上級法院首席檢察官或檢察長命令之。」

刑事訴訟法第 6 條規定：「數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄。」此乃基於牽連管轄而合併審理。

刑事訴訟法第 265 條規定：「於第一審辯論終結前，得就與本案相牽連之犯罪或本罪之誣告罪，追加起訴。追加起訴，得於審判期日以言詞為之。」

利用同一刑事程序而合併偵查、起訴、審判一人以上的被告者，例如數人共犯一罪或數罪、數人同時同地犯罪或犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者，為共同被告。⁹⁵可見我國對數案件適用同一程序合併審理之前提係案件之牽連性。而刑事訴訟法第 7 條對牽連案件之規定共包括如下 4 種情形：(一)一人犯數罪；(二)數人共犯一罪或數罪 (三)數人同時在同一處所個別犯罪者；(四)犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。而其中一人犯數罪，其行為人為單一行為人，而犯罪事實為多個，因此並不

⁹⁵ 林鈺雄，刑事訴訟法上冊總論篇，頁 153，元照出版社，2007 年 9 月 5 版。

存在共同被告之問題。而其餘三種情形，均係兩個以上行為人參與之犯罪情形，依據刑事訴訟法之解釋，均可以適用合併審理，均可構成共同被告之情形。

從上述條款規定可以看出，我國刑事訴訟法對共同被告之界定較為接近形式的共同被告說。而將第7條之牽連案件之情形與前文所述刑法中之共犯概念一併考量，又可將後三種情形再劃分為兩種：數人共犯一罪或數罪之情形，當屬有共犯關係之共同被告；而數人同時在同一處所個別犯罪和本犯之後續之藏匿犯、湮滅證據、偽證與贓物犯均屬無共犯關係之共同被告。

本論文研究之目的，旨在同一程序之中，基於身份之特殊性，被告之間存在一定的共同性，才會產生對於每個單一個體而言，本人係自己之案件之被告，而對於同一程序中之他人，又基於其存在之共同性，有可能瞭解其犯罪行為之資訊，因而可能成為證人之角色。若不存在任何之共同基礎，而僅僅是適用於同一程序審判而成為共同被告，則沒有討論其陳述是否可轉化作為證人證言運用之必要，因為一完全對立於案件之外之第三人，當然可作為證人。因而按此邏輯分析，數人犯一罪或數罪，屬事實共同，具有共同性之基礎，當屬討論之範疇；犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者，屬事實牽連關係，亦具有共同之基礎；而數人同時在同一處所個別犯罪，其共同之因素僅為時間、地點同一，而犯罪行為係個別獨立之犯罪，其既無事實之共同又無事實之牽連，將其視為牽連案件之一，欠缺共同性之基礎，且亦不屬於本論文所研究之範疇。

第二節 共同被告自白之性質

第一項、共同被告自白之特殊性

如前文所述，共同被告間必然存在共同性之基礎，或為共同之犯罪事實，亦或是牽連之犯罪事實，這就使得共同被告之陳述較獨立個案之被告之陳述具有特殊性，而不能簡單比照獨立被告自白處理。

其一，由於共同被告之共同性基礎，其陳述不僅涉及自身犯罪行為之事實，同時必然牽連涉及共同參與者即其他共同被告之行為，這就使共同被告之陳述具有雙重影響。特別是在多人共同參與犯罪之情形下，若其中部分被告作出任意之自白，供述自己犯罪事實，而其餘共同被告並未作出相同之陳述，但其自願陳述之事實必然會涉及其他共同參與人行為之描述，對其他未作出陳述之共同被告構成不利之事實。

其二，共同被告之陳述具有極高的證據價值。共同被告間必然具有牽連關係，他們必然共同參與經歷了犯罪過程，因此作為共同參與者之共同被告，對於完全獨立之案外人而言，對於犯罪動機、目的及行為過程等必然更加瞭解。若僅就其對案情掌握之可能性來看，共同被告之陳述具有極高之證據價值。

其三，共同被告之陳述虛假可能性較大，具有不確定性。共同被告在陳述過程中，為自己切身利益考量，往往會推卸責任，或減輕自身之責任，而加重其他共同被告之責任，且由於多人參與，情節相當複雜，實務當中往往陳述極易反覆，具有較大的不確定性。

第二項、我國法律之規定

對於共同被告自白之性質學術界存在「被告自白說」與「證人證言說」兩種觀點。其爭論之核心問題即被告自白本應是對自身犯罪行為為犯罪事實之描述，但當其中涉及共同被告之犯罪行為時，即此自白對共同被告構成不利之事實，此自白對於其他共同被告是否可作為證據使用，若作為證據運用，是應仍視為被告自白運用，亦或作為證人證言運用？

我國刑事訴訟法第 287 條之 2 規定：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。」且大法官會議釋字第 582 號解釋曰：「共同被告對於其他共同被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人。」故依此可得，我國承認共同被告自白之證據力，且其性質屬於證人證言，適用證人證言之相關規定。

第三項、共同被告自白之性質—證人證言性理由分析

本文贊同我國對共同被告自白之性質採證人證言說之規定，即共同被告人之間是證人關係，在審判被告本人案件時共同被告所為之陳述屬於證人證言，即共同被告人之間可以互為證人，理由如下：

其一，共同被告符合證人資格之要求，具有證人適合性。我國刑事訴訟法第 176 條之 1 規定：「除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。」可見，法律對證人資格之規定係開放性的，證人資格的取得僅需具備兩個要素，即證人具有對事實之感知接受能力與證人對案件事實的感知資訊、內容。只要具備感知能力且瞭解掌握相關事實，即具有一般的證人資格。而刑事訴

訟法人證之章節在第 176 條之 1 規定證人作證義務之後，在第 179 條到第 183 條規定了拒絕作證之情形，從條款間之邏輯關係可以推斷，除法律又明文規定外，任何當事人以外之第三人均有作證之資格。共同被告之身份並不與此規定相衝突。

其二，共同被告自白之證據力之缺損與其是否可作為證人證言運用是完全獨立的兩個問題。如前文所述，共同被告基於自身利益之考量，其可能有意推卸自身責任而加重共同被告責任，即共同被告自白虛假性較大，且具有不確定性，然此問題係對證據之證明力之判斷，而並非證據資格之問題。共同被告之自白是否可作為證人證言運用，係證據資格之判斷，而其是否真實，是否可如實反映案件之事實，係證據之證明力大小之問題。兩問題間之邏輯關係應為判斷共同被告自白是否可作為證據，且是否可作為證人證言運用係前提，而在肯定其證據性基礎上才可判斷其證據力之大小。故因其真實性之瑕疵而否定其證據資格是不能成立的。

其三，共同被告自白具有較高之證據價值，將其視為證人證言運用，有利於快速、準確地查明事實，審結案件。如前文所述，共同被告之自白相比較之普通證人證言而言，具有更高的證據價值，其有利於全面、詳細、深入瞭解案件事實，查明情況，從而對其罪責進行判斷。若完全否定其證據性，可能會使得某些案件之調查陷入困境而增加司法成本。

其四，在不自證己罪原則下，共同被告之自白只能作為證人證言，適用人證之傳聞證據規則，而不能將其與獨立案件之被告自白

等同視之。共同被告係具有共同性基礎適用同一審判程序審理之被告，由於其在犯罪事實上具有共同性或牽連性，則使得其陳述具有涉己涉他（共同被告）之兩面性。在承認並肯定共同被告自白之證據資格之前提下，若被告之自白中涉及其他共同被告之不利事實，而直接推定作為其他共同被告之自白適用，顯然間接剝奪了其他共同被告之緘默權，同時該自白亦非其親口自願而為，因此亦是對自白任意性之違背，其根本上是違反了不自證己罪原則，故共同被告之自白具有證據力，但其只能作為證人證言之證據使用。

第三節 共同被告自白之證明力

2003年修訂前我國刑事訴訟法第156條第2項規定為：「被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」此乃關於證據補強之規定。其中「被告之自白」是否包含「共同被告之自白」未有明確之規定。2003年1月14日修正後，在原規定基礎上增加了「共犯之自白」，而修正為「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」然如前文所述，「共犯」乃實體法之概念，而「共同被告」乃程序法之概念，其係交叉之關係，而不可等價視之。故共同被告之自白是否也適用156條第2項之證據補強之規定仍未明確。確認共同被告之自白是否應適用156條第2項之規定，不僅應從共同被告與共犯概念之間關係入手，亦應從貫徹不自證

己罪原則之根本面向上進行研究。

第一項、共同被告自白是否需要證據補強

第一款、學界觀點

學界對共同被告之自白是否需要證據補強存在肯定說與否定說兩派觀點。

肯定說認為：「我國現制，仍採職權訴訟模式及自由心證原則，既不認當事人有反對詰問權，亦不採排除傳聞之法則，因此，共同被告所為不利於己之陳述，無論其在審判上或審判外為其自己案件之證據，固為被告之陳述，即為他共同被告犯罪之證據，亦得作為被告之自白在內；惟如無刑事訴訟法第 7 條之相牽連關係，其陳述則為證人之證言。」⁹⁶

否定說則認為：「即使為共同審理之共同被告，在與被告之關係裏，其本質是被告之外之第三者，而與被害人或其他單純無關之證人並無不同之處。審判官如能由共同被告之自白，獲得被告有罪之心證，同時，被告亦對該共同被告作了反對詢問後，並不能揭出該共同被告之自白有任何虛偽之處，在無法動搖審判官之有罪心證下，可知該自白為真實性之或然性甚高，故縱使依該自白來認定被告有罪，亦無不可。」⁹⁷

第二款、本文見解

對於共同被告之自白是否適用第 156 條第 2 項補強證據，本文贊成肯定說之觀點，即共同被告之自白作為證人證言，不能作為有罪判

⁹⁶ 陳樸生著，刑事證據法，1992 年 10 月重訂再版，頁 360。

⁹⁷ 黃東熊著，刑事訴訟法論，1990 年 8 月再版，頁 366。

決之唯一證據，必須由其他證據補強。所不同的是，傳統肯定說之理由，皆是從證據之真實性角度討論，因共同被告具有共同性之基礎，然其陳述時為自己利益考量而作推卸責任或減輕責任之陳述，必然會構成對共同被告之不利事實，其證據虛假性概然性較高，證明力上存在瑕疵，故當需要其他證據補強。

本文認為，除證據真實性之角度考量外，以不自證己罪原則衡量此問題，也必然得到肯定之唯一答案。如前文所述，不自證己罪原則之下，作為被告之自白必須符合自白任意性之要求，即被告之自白應當在其完全自願且清醒認識其自白後果之情形下作出，凡在逼迫、欺詐等情形下所取得之被告自白，皆侵犯了被告之緘默權，且是對不自證己罪原則之當然違反。共同被告者，係基於共同或牽連之事實而在同一程序中接受審判，因其共同參與之過程，其所作之陳述當然具有兩面性之特徵。對於其自身而言，其自願非被欺詐之情形下作任意之自白，即屬於被告之自白，當然可適用第 156 條第 2 項之規定，須證據補強，而不得單獨作為有罪判決之依據；而對於其他共同被告而言，其所作之自白若構成對共同被告不利之事實，只能將其視為證人證言之證據形式，否則即等同於間接逼迫其作出自白之陳述，此乃對不自證己罪原則之違反。若將其視為證人證言運用，但不須證據補強而可單獨作為證據認定其他共同被告之罪責，即可推出如下之邏輯：僅依一人之自白，不得認定其自身之罪責，然卻可以以此認定他人之罪行。邏輯顯然是荒謬的，且是對不自證己罪原則之實質性違背，故共同被告之自白應當適用第 156 條第 2 項之證據補強之規定。

第三款、共同被告之具體情形分析

如前文所述，本文所研究之共同被告係依據刑事訴訟法第7條之牽連案件之規定而確定，依其牽連之形態不同，對證據補強之要求亦有所差別。數人共犯一罪或數罪之情形，即共犯之範疇，當然應適用第156條第2項而補強證據；而犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者，其雖具有事實之牽連關係而適用同一程序審理，成為共同被告，但卻不屬第156條所指之共犯範疇，不應適用第156條第2項之規定；而數人同時在同一處所個別犯罪者，其連接點乃共同之犯罪時間與地點，此實質上並不具有共同之基礎，將其合併審理，更多可能處於節省司法成本之考量，故其當然不應適用第156條第2項之規定；最後，一人犯數罪之情形，屬單獨犯罪之情形，並無共同被告問題存在，故不再贅述。

第二項、共同被告之自白是否可以互為證據補強

確定共同被告之自白可適用第156條第2項之規定不可作為有罪判決之唯一證據，而應當適用證據補強規則。但接下來的問題是共同被告之自白是否可以作為補強證據運用，即兩個以上之共同被告自白是否可互相補強而作為有罪判決之依據。

第一款、學界觀點

(一)肯定說認為，共同被告者間具有犯罪事實之共同性或牽連性，然其所作之自白具有相對之對立性，可以相互求得證實，故共同被告自白一致之情形下，只要透過其相互印證，可證明其自白之真實性，即可達到補強證據之目的，則縱使僅以共同被告之自白當做補強

之證據而做出有罪之判決亦無可厚非。⁹⁸

(二) 否定說認為共同被告雖然可以互為證人，然若再無其他證據，而僅有共同被告之自白，則不能對被告定罪，即便共同被告之自白一致且可以相互印證，因為即使是被告之自白作為證人證言運用，仍不能避免其虛假性和不確定性。「一個共同被告之自白不可作為另一共同被告之自白，此實由於自白應由被告親自為之，不能委由他人為之，否則此非其本人之自白，而係他人之自白，不僅共同被告自白不能視為其他共同被告之自白，即使在其他共同被告亦有自白之情形，亦不可將其作為另一共同被告自白之補強證據。」⁹⁹

(三) 折衷說之主要觀點認為只有符合一定條件下，共同被告之自白可以相互補強而做出有罪之判決。此條件力主排除證據虛假之可能，故所作之陳述除應當相互一致相互印證外，在獲得之程序上著重強調各共同被告之自白係獨立程序之獲得，以此降低串供、虛假證據之可能。¹⁰⁰

第二款、 本文見解

本文贊同折衷說之觀點，即共同被告之自白可以互為證據補強而運用，但仍須按照不同情形而區別對待。若其他之共同被告未作任意之自白，而僅依共同被告之自白不能作出有罪之判決，此情形之下其補強之證據應當高於共同被告自白之證明力，亦即即使存在兩個以上共同被告之自白，且可相互印證之情形下，亦不可排除串供陷害之可

⁹⁸ 黃東熊著，刑事訴訟法論，1990年8月再版，頁458。

⁹⁹ 蔡墩銘著，刑事證據法論，1999年5月出版，頁66。

¹⁰⁰ 黃朝義著，無罪推定——論刑事訴訟程序之運作，2001年8月出版，頁211。

能，故不可僅以此共同被告之自白作為有罪判決之依據。而若被告本身作出有罪之自白，而其他共同被告之自白亦與其自白相一致，且內容上相互印證，則在此情形下僅需按照證人證言之規則考量其獲得程序之合法性，以此作為其真實性之保證，即可承認其相互補強證據之作用。

第四節 共同被告自白作為證人證言運用之合法性判斷

共同被告之共同性基礎使得共同被告之自白具有雙重屬性，既對於其本犯自身而言，係被告自白之性質，而對於其他共同被告而言亦可能作為證人證言，此乃被告之自白轉化為證人證言運用之唯一情形。然縱使存在特殊性，其轉化運用仍應符合不自證己罪之基本原則。

第一項、合法性之判斷標準

共同被告之自白轉化為證人證言運用之合法性之判斷標準，其研究角度很多，如從被告與證人之訴訟權利之保護考量，又如可從詰問程序規則角度衡量，而本文則以不自證己罪原則之要求為切入點，分析研究其轉化運用之合法性之判斷標準。

第一款、不自證己罪原則之要求

不自證己罪原則即任何人不得被迫證明自己的犯罪行為，前文已分析不自證己罪原則其適用主體既包括被告亦包括證人，然兩者在不自證己罪原則下所享有之權利並不相同。共同被告者之間因其共同性

之基礎，使得其兼具被告與證人之雙重身份，故共同被告之自白即要同時符合不自證己罪原則下對被告自白與證人證言之要求。

其一，共同被告之自白應當符合自白任意性之要求。不自證己罪原則下，被告在審判程序中，適用無罪推定之前提，享有緘默權之訴訟權利，故其對自身之犯罪行為所作之陳述，應當以自願為前提，其不負供述之義務。當然被告亦可放棄緘默之權利，自願對己之犯罪行為加以供述。只有在符合自白任意性之前提下，其供述作為自身之被告自白才具有合法性，可作為證據使用。

其二，共同被告之自白應當保障證人之拒絕作證之特權。證人以作證為其當然之義務，然在不自證己罪原則下，證人享有拒絕作證之特權，即證人就對其自身不利之事項而拒絕作證。刑事訴訟法第 287 條之 2 規定：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。」故在共同之審判程序中，共同被告可作為證人陳述，但其作為證人身份時，除具有作證之義務外，亦享有拒絕作證之特權。若共同被告作為證人接受訊問時，對於可能引起對己不利之事實，可以主張行使拒絕作證之特權，而審判官不得拒絕。

第二款、共同被告自白之困境

如上所述，共同被告之自白須符合不自證己罪原則下對被告自白任意性之保護以及對證人拒絕作證權之保障，方才具有證據之合法性。然在同一審判程序之中，共同被告之雙重身份使得追訴機關保障被告與證人之不自證己罪之權利而須踐行之告知義務處於履行之困境，同時證人之具結義務之要求，亦會對共同被告作為被告之自白任

意性構成威脅。

（一）告知義務

刑事訴訟法第 95 條與第 186 條第 2 項規定了對被告及證人之告知義務（前文已作詳細論述，在此再不重述）。最高法院 98 年臺上字第 5952 號判決中闡述：「具有共犯關係之共同被告在同一訴訟程序中，兼具被告及互為證人之身份。倘檢察官分別以被告、證人身份而為訊問，並各別踐行刑事訴訟法第 95 條、第 186 條第 2 項之告知義務，是該共同被告瞭解其係基於何種身份應訊，得以適當行使各該當權利，不致因身份混淆而剝奪其權利之行使，則檢察官此種任意偵查作為之訊問方式，尚難謂為於法有違。」由此可知，實務中告知義務要以其被訊問之對象是否確認自己之身份而接受訊問為標準，若在同一程序之中，共同被告兼具被告與證人雙重身份，則會導致其對角色產生混淆之認識，而無所適從不能適時行使其緘默權與拒絕作證之特權。

（二）具結義務

證人接受訊問，如實作證係其基本義務，而拒絕作證係其享有之特權，故證人拒絕作證之事項當符合法律所列舉之情形，且不能完全拒絕履行作證之義務。按照刑事訴訟法所規定之證人證言之調取方式，證人負有到庭、具結、證言之義務。故當共同被告作為證人身份時，亦須履行具結之義務，以保障其證言之真實性。然共同被告具有雙重之身份，倘在同一程序之中，其雙重身份難以區分之情形下，強制其履行證人之具結義務，可能會造成其不得緘默之誤解。若其拒絕

履行具結之義務，又會使審判官對其行為產生有罪判斷之懷疑。

因此，在同一程序中，由於共同被告之身份之混淆，履行追訴機關告知義務和要求共同被告履行具結之義務均陷入違背不自證己罪原則之困境。

第二項、共同被告自白作為證人證言合法運用之途徑—程序分離

如前文所述，共同被告之雙重身份在同一審判程序中會使得履行不自證己罪原則陷入困境，而傳統之理論亦禁止一人在同一程序之中擔任兩種及以上之訴訟角色。為解決上述之問題，德國實務上發展出「暫時性分離」之概念。¹⁰¹我國刑事訴訟法嗣於2003年修訂後，引入程序分離之作法。刑事訴訟法第287條之1規定：「法院認為適當時，得依職權或當事人或辯護人之聲請，以裁定將共同被告之調查證據或辯論程序分離或合併。前項情形，因共同被告之利害相反，而有保護被告權利之必要者，應分離調查證據或辯論。」第287條之2規定：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。」然問題在於第287條之2是用人證之規定是否以第287條之1之裁定程序分離為前提，即對此可產生兩種理解：其一，之1係之2之前提，即只有裁定程序分離時，才適用人證之規則，共同被告須履行具結之義務；第二種解釋為，之1並非之2之前提，即無論程序合併或分離，共同被告均須適用人證之規則，履行具結之義務。

但是，是不是只要遇到有共同被告的案件都一定要進程序分離

¹⁰¹ 參見黃東熊著「刑事訴訟法論」，1991年8月版，頁285。

呢？倒也未必，實務上也有解套之道。德國實務上最常發生的案例係對於某已經自白之被告加以分離，讓該被告得以先行裁判，其後再將他當作其他共同被告之證人，以便在接下來的主要審判程序中出現作證。¹⁰²學者舉出德國法上應然作法：1.在程序分離後（包括暫時之分離），訊問該先前之共同被告所未曾參與、與已遭控訴之犯罪無關之另外獨立之起訴犯罪事實。2.共同被告經由法院依第205條規定宣布「暫時停止」程序，或依檢察官要求根據第154條第2項而「停止」程序後，程序分離將該先前的共同被告當作證人訊問。3.依據刑事訴訟法第153、206a及206b等規定，在終局的宣告程序停止後（nach endgültiger Einstellung），或經有罪或無罪判決確定後，將該先前的共同被告當作證人訊問。¹⁰³由於被告權利與證人地位有天壤之別，為了避免以暫時性分離而壓縮被告的權利或規避對被告地位之保障，故暫時性分離階段，共同被告也不是當然具有證人適格，而是依照其陳述性質來作區分，得以證人地位訊問分離之共同被告（A人）的項目，主要是關於受訊問者（A人）並未共同參與且僅涉及被告本人（B人）的犯罪部分，例如分離後的A在對B的程序證稱其目睹B另案所犯之他罪。反之，針對共同被告（A人）也參與實施的犯罪部分，也就是A本身即是所訴犯罪的共犯情形，縱使對其進行暫時性分離，還是不得將其轉換為證人地位使其接受訊問。¹⁰⁴

¹⁰² 參見楊雲驊「大法官釋字 582 號的意義與影響」，發表於 2004 年 10 月 2 日臺灣大學工學院應用力學研究所國際會議廳之釋字 582 號解釋對刑事訴訟實務之影響研討會。

¹⁰³ 同前註。

¹⁰⁴ 參見林鈺雄「蓋上潘朵拉的盒子--大法官釋字 582 號終結第六種證據方法？」，發表於 2004 年 10 月 2 日臺灣大學工學院應用力學研究所國際會議廳之釋字 582 號解釋對刑事訴訟實務之影響研討會。

司法院所舉辦之刑事訴訟新制法律問題研討會提案第14號有兩種不同之看法：

「甲說：新修正刑事訴訟法第287條之1、第287條之2係參考日本刑事訴訟法第313條之立法例而設。依該國之判例及實務通說見解，合併審理中之被告本人與共同被告均不具有證人適格，必須先分離被告與共同被告之證據調查程序，使共同被告成為訴外第三人時，始能以證人身分傳喚或拘提到庭，由被告本人行反對詰問。若未分離證據調查程序，則被告本人及共同被告均屬同一審判程序之當事人，並無證人之適格，故本例應採肯定說。

乙說：考察新修正刑事訴訟法第287條之1、第287條之2之立法沿革，其原修正條文草案規定「法院認為適當時，得依職權或當事人或辯護人之聲請，以裁定將調查證據程序或辯論程序分離或合併。前項情形，因被告防禦之利害相反，而有保護被告權利之必要者，應分離調查證據或辯論」(第287條之1)「前條情形，如法院以裁定將共同被告與被告本人之調查證據程序分離，而就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告具證人適格。」(第287條之2)。惟上開修正條文草案在立法院司法委員會審查時，第287條之2修正為「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。」此即立法院通過之現行條文，其立法理由略謂：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告具證人適格，故應準用有關人證之規定。」故以立法本旨及文義解釋而言，只要法院就本人之案件調查共同被告時，該共同被告即具證人之適格，應準用人證之規定，不須由法院依

第287條之1之規定，以裁定將共同被告之證據調查程序分離。本例應採否定說。」¹⁰⁵

本文贊成肯定說之觀點。以前文所述，在同一程序之中，證人之具結義務之履行會使其陷入違反不自證己罪之困境，故在程序分離前，同一審判程序之中，被告之訴訟地位身份只能是唯一的，故在合併審理之時，法院不得命其履行具結之義務；唯在程序分離之後，其才可能對自己之身份有清晰之認識，當共同被告在分離後之程序中作為證人之身份接受訊問之時，當然應當履行具結之義務，適用人證之規定。故在不自證己罪原則之要求下，共同被告之自白轉化為證人證言合法運用之途徑即程序分離，惟程序分離，才可解決共同被告雙重身份之問題，從而實現其被告自白轉化為證人證言之合法運用之要求。

¹⁰⁵ 轉引自吳淑娟，共同被告之自白於法定證據方法中之定位，台大法學院法律研究報告，頁3。會議結果乙說以微弱優勢勝出，採乙說。

第六章 結論

本文研究成果，分點說明如下：

一、不自證己罪原則在制度層面上係抑制司法暴力，維護刑事訴訟程序之公信力，係保障證據之可靠性，係自白任意性之要求，同時亦是平衡控辯雙方之力量，是無罪推定原則之延伸，在個人層面上係隱私權、言論自由以及人權保障之要求。

二、對於自白任意性之理解無外乎兩個要素：一是被告之心態，二是證據取得之程序合法性。虛偽排除說與人權擁護說即著眼於被告之心態，其判斷標準係被告之主觀意志是否被強迫或自由被侵犯；而違法排除說則著眼於證據取得的程序，其判斷標準係程序是否符合法律之規定。兩者相比，前者為主觀標準，而後者則係客觀之衡量，不言而喻，違法排除說的可操作性更強。且違法排除說亦解決了虛偽排除說與人權擁護說的不完整性，將證據能力與證據真實性區分考量，同時亦包含強迫、欺詐、利誘等所有法律列舉之情形。而違背誠實信用說與情形綜合說之弊端前文已述，持其觀點者甚少，此處不再贅述。故違法排除說理論最為周延。

三、證據禁止包括證據取得之禁止和證據使用之禁止。違反不自證己罪原則即係違反證據取得之禁止。違反不自證己罪原則，顯然應視為違反拒絕證言權，而拒絕證言權之違反本身，亦是對告知義務之違背，同時強迫自證己罪，無論對於被告抑或證人，均有可能存在強暴、恐嚇、威脅、利誘、欺騙之情形。因而違反不自證己罪原則即係

違反證據取得之禁止，必然引起證據使用之禁止—證據排除。證據排除係違反不自證己罪原則之法律後果。

四、刑事訴訟法中被告地位的形成，並非源自於其為犯罪事實的真正犯罪行為人，而是來自於偵查機關將其認定為具有犯罪行為人之嫌疑，亦即可得以為合理懷疑其為犯罪行為人，而使之成為刑事追訴的對象。基於被告的角色確認，在程序法中形成應有的權利義務關係。反觀證人在刑事程序上的角色，其係對於程序上待證事項親自見聞之人，具有不可替代性的角色關係，證人的屬性，被定位為協助追訴或審判機關釐清犯罪事實存在與否的角色，從而在現行法的規定中，證人除拒絕證言權及請領證人日旅費的規定，屬於證人的權利之外，基本上證人在程序法中多為義務，從作為證人義務、到場之義務、陳述與具結之義務及據實為證言之義務，違反此種義務者，不是受到強制拘提、就是必須受到程序法上罰鍰之處分，乃至於必須受到實體法偽證罪之拘束，故其與被告間程序地位完全不同。

五、不自證己罪原則之適用主體既包括被告亦包括證人。然不自證己罪原則在權利之表現、權利之性質、拒絕陳述之事項、適用範圍、權利行使以及拒絕陳述之效果等面向上均存在區別。

六、證人證言與被告自白均屬言辭證據之形式，然在證據資格、證據之證明力以及證據之真實性面向上均存在差別。

七、證人證言是否可轉化為被告自白運用，關鍵在於轉化後，若作為被告自白，是否有違反不自證己罪原則之情形，是否保障了證人享有拒絕作不利於自己之證言以及被告之緘默權之行使。具體在程序

中判斷，須從以下三方面分析判斷，即是否履行告知義務；是否違背被告自白任意性以及訴訟地位之模糊追訴機關之主觀是否存在蓄意。告知義務、自白任意性與追訴機關之主觀態度三項要素中，告知義務處於核心之地位。

八、告知義務履行之時間刑事訴訟法未作明確之規定。從條款分佈之邏輯關係可推知，對被告之告知義務，當在被告身份確認之後，開始訊問之前告知；而對證人之告知義務，則應當在證人身份確認之後，證人履行具結義務之時告知其享有之權利。

九、自白任意性之內涵包括兩個要素，即被告之心態與證據取得程序之合法，係主觀、客觀兩方面。而從 158 條之 2 但書部分理解，我國刑事訴訟法現有規定，對自白任意性強調主觀因素，即被告心態之判斷，而程序之違反並不當然等於意志自由之違背。

十、在證人轉化為被告，其證人證言是否可作為被告自白以運用要視造成身份轉化之原因是否係追訴機關蓄意而區別對待。本文認為若此轉化乃追訴機關蓄意所造成，則當屬不正訊問之禁止而排除其證據能力；而在非蓄意之情形下之轉化運用，則不應適用第 158 條之 4 權衡法則作判斷，而應著重判斷是否違反自白任意性為目標，只要有違反任意性之情形，即使在非蓄意不告知之情形下，亦不可作為證據運用。

十一、對於可否同時為第 95 條與第 186 條第 2 項之告知義務，本文認為當以被訊問人是否清晰自己接受訊問之身份為準。在被訊問人清晰自己接受訊問之身份時，可推定同時踐行了第 95 條與第 186

條第 2 項之告知義務。因訊問方掌握轉換之主動，故判斷之意義在於程序中是否被訊問方清晰瞭解自己之身份才更具法律意義。

十二、在未行拒絕證言之告知義務之情形下，本論文認為既然司法警察官詢問程序中準用第 181 條，即證人無論被檢察官訊問抑或是司法警察詢問，均係在公法程序體系之下，均享有第 181 條所列之不自證己罪之拒絕作證特權。但第 186 條第 2 項之告知此特權之義務卻只有檢察官負有，而司法警察（官）卻不承擔，顯然是不合邏輯的。故此乃立法之疏漏，因此司法警察（官）亦應當然準用第 186 條之第 2 項，同樣負有告知義務，此疏漏應依靠法官造法日後加以彌補解決。

十三、「共犯」與「共同被告」乃不同之概念。「共犯」係實體法上之概念，依修訂後之刑法條文推定，正犯指共同正犯，而共犯則指教唆犯與幫助犯。「共同被告」係程序法上之概念，我國目前刑事訴訟法係採形式上的共同被告說，即透過訴訟程序的形式加以定義，亦即只要在同一個訴訟程序中，共同進行追訴，即屬於共同被告。

十四、綜合刑事訴訟法中有關合併審理之條款以及第 7 條牽連案件之規定分析，（一）一人犯數罪，屬單獨犯罪，沒有共同被告之問題；（二）數人共犯一罪或數罪，此乃共犯之表述，其具有共同之事實，應屬共同被告之範疇；（三）數人同時在同一處所個別犯罪者，其共同之基礎僅限於同時、同地，而其本質上屬於獨立犯罪之行為，其欠缺實質共同性之基礎，不應在共同被告之範疇；（四）犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者，具有事實上之牽連性，應視具體情形，可以納入共同被告之範疇。

十五、共同被告之自白，對其自身而言，係被告之自白，當然具有證據能力。然本文所討論的係共同被告之自白對於其他共同被告是否具有證據力。共同被告具備證人之資格；共同被告之自白具有較高之證據價值；是否具有證據力與證據之證明力大小係完全不同的兩個問題，故共同被告自白之真實性之瑕疵不能否定其具有證據能力；在不自證己罪原則下，共同被告之自白對於自白被告之外之其他共同被告，具有證據力，且只能作為證人證言之證據形式，適用人證之規定。

十六、刑事訴訟法第 156 條第 2 項之證據補強規定可適用於共同被告之自白。若共同被告之自白不須證據補強，而可以作為唯一之證據，而對共同被告作有罪之判決，是對不自證己罪原則之實質違反。當被告作出有罪供述時，共同被告之自白可作為證人證言，作為其被告自白之證據補強；而沒有被告本人之自白，而僅憑兩人或兩人以上共同被告之自白，很難避免串供之可能，故在此情形下，共同被告之自白不可相互補強，而對該被告作有罪之判決。故對共同被告之自白作為證人證言運用時，當運用高於其證明力之證據補強。

十七、不自證己罪原則下，共同被告自白作為證人證言之合法性之判斷標準當兼顧自白任意性之要求及證人拒絕作證之特權之保障。而在同一程序之下，追訴機關踐行對被告及證人之告知義務以及證人履行具結義務，均因共同被告之雙重身份之混淆而陷入困境。故惟有解決共同被告之身份混淆之問題，才可保障不自證己罪原則之貫徹實行。因此，程序分離係共同被告之自白作為證人證言合法運用之有效途徑。

十八、刑事訴訟法第 287 條之 1 係對程序分離之規定，而第 287 條之 2 則規定共同被告之自白當屬證人證言之性質，故應適用人證之規定。是否要求共同被告履行證人之具結義務，與程序分離之間之關係存在兩種理解：肯定說認為程序分離係履行具結義務之前提，而否定說則認為無論程序是否分離，法院均可要求共同被告承擔證人之具結義務。本文認為在不自證己罪原則之下，在無法分離其雙重身份之前，為避免身份混淆之後果，即程序分離之前，不得要求共同被告履行證人具結義務，只有當程序分離，且共同被告對其證人之身份有清楚之認識時，方可要求其履行具結之義務，當然也享有證人之拒絕作證特權。故本文贊成採用肯定說之觀點。

參考文獻

一、書籍

1. 林山田著「刑事訴訟法」，2004年9月第五版。
2. 林鈺雄著，「刑事訴訟法（上冊 總論篇）」，2003年9月出版。
3. 約翰·w·斯特龍主編、湯維建等譯：「麥考密克論證據」，2004年2月版。
4. 塗春金著，「刑法概要」，1999年3月版。
5. 陳運財著，「刑事訴訟與正當之法律程序」，1998年5月出版。
6. 陳樸生著，「刑事訴訟法實務（重訂版）」，1995年3月出版。
7. 陳樸生著，「刑事證據法（重訂版）」，1992年10月重訂再版。
8. 黃東熊著「刑事訴訟法論」，1991年8月版。
9. 黃朝義著，「刑事證據法研究」，2002年4月出版。
10. 黃朝義著，「無罪推定—論刑事訴訟程序之運作」，2001年8月出版。
11. 蔡墩銘、朱石炎編著，「刑事訴訟法」，1991年9月第五版。
12. 蔡墩銘著，「刑事證據法論」，1999年5月版。
13. 蔡墩銘著，「刑法總論」，1998年4月版。
14. 王士帆著，「不自證己罪原則」，春風煦日論壇，2007年6月版。

二、期刊文獻

1. 王兆鵬，「論新修刑訴之證人不自證己罪」，台大法學論壇第34卷第1期，2005年2月。

2. 何賴傑，「違反刑事訴訟法第 181 條告知義務之證據禁止之效力」，月旦裁判時報第 1 期。
3. 林俊益，「論拒絕證言權之告知」，台灣本土法學第 61 期。
4. 柯耀程，「共同被告自白之調查」，月旦法學教室第 3 期，2002 年 12 月 15 日。
5. 柯耀程，「刑法單一行為人概念評析」，收錄於「變動中的刑法思想」，1999 年 9 月出版。
6. 柯耀程，「自白任意性之探討」，警學業刊第 16 卷第 1 期，1985 年 9 月。
7. 陳志龍，「證據法則之修正方向」，月旦法學雜誌，民國 88 年 9 月第 52 期。
8. 黃朝義，「證人具結取證與證人轉為被告之省思」，台灣法學第 145 期，2003 年 3 月。
9. 楊雲驊，「不自證己罪的幾個基本問題」，法學座談第 15 期，2003 年 3 月。
10. 蔡墩銘著，「訊問被告時之告知罪名」，月旦法律教室——刑事法學篇，2002 年出版。
11. 顧立雄、許恒達著，「共同被告自白與供述證據」，月旦法學教室第 3 期，2003 年 3 月。

三、學位論文

1. 王澤瑋「從被告詰問權之保障論共犯或共同被告陳述之處理」，東海大學法律系碩士論文，2003 年。

2. 吳淑娟，「共同被告之自白于法定證據方法中之定位」，台大法學院法律研究報告，2005年。
3. 周瑞芬，「刑事被告與證人地位之轉換」，國立中正大學法律研究所碩士論文，2005年。
4. 王士帆，不自證己罪原則，2004年7月 政治大學法研所。
5. 謝冠正，行政調查中當事人協力義務之界限—以「不自證己罪」原則為中心，國立台北大學法學系碩士論文，2006年。

外文文獻

1. John H. Wigmore: Evidence in Trials at Common law§2250，259—290(John. T. McNaughton 1961 rev. ed.)。
2. Lenard. W. Levy: Origins of the Fifth Amendment: The Right against Self-Incrimination, 2d, ed.1986. P.216-218, P.5. The book first appeared in 1968.
3. R. H. Helmholz: Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune, 65 New York University Law Review 962.Oct.1990.
4. Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis , The Right to Privacy. 4Harv. L. Rev. NO.5.193(1890)