

法學譯粹

德國聯邦最高法院裁判

—不自證己罪在臥底偵查的適用界限*（上）

王士帆**

翻譯導言：

本則德國聯邦最高法院第三庭裁判被文獻稱為「歐洲化」的內國裁判¹。該庭於2007年7月26日作成本則裁判，旋引發文獻迴響²，其來有自——這則裁判代表追訴機關隱密探話的新實務發展。隱密探話諸多案例中最具爭議性者，莫過於以電話分機聆聽的【監聽陷阱案】，雖然1996年該院大刑庭【監聽陷阱】裁判³遭受諸多文獻批判，實務仍文風不動，直到2002年歐洲人權法院Allan案⁴出爐，儘管探話招式不同，學理方面卻幾乎否定大刑庭見解，德國學界此後便在觀望，實務如何招架歐洲人權法院帶動的新趨勢⁵。2007年，聯邦最高法院終究無法迴避而須以裁判表態其如何看待自身大刑庭與歐洲人權法院的衝突。本則裁判案情為合法臥底警察祕密對被告探話、進而取得自白，該自白可否作為證據，涉及的法律爭點則為臥底警察此舉，1. 是否違反緘默權告知義務（參照我國刑訴第95條第2款）；2. 是否構成詐欺訊問（參照我國刑訴第98條及第156條）；3. 是否侵害不自證己罪？歸納來說，

* BGH, Urt. vom 26. Juli 2007 - 3 StR 104/07 - LG Wuppertal.

** 王士帆，臺灣大學法律研究所博士生。

¹ Mitsch, Jura 2008, 214.

² 如Bosch, JA 2007, 903 ff.; Jahn, JuS 2007, 1147f.; Meyer-Mews, NJW 2007, 3142 f.; Renzikowski, JR 2008, 164 ff.; Duttge, JZ 2008, 261 ff.; Mitsch, Jura 2008, 211 ff.; Engländer, ZIS 2008, 163 ff.

³ BGHSt 42, 139. 國內文獻介紹，楊雲驊，〈證據使用禁止在個案上的判斷過程——以電話分機聆聽案為例〉，《東吳法律學報》，13卷2期，2002年2月，頁61以下；王士帆，〈隱密探話的發展——從德國法院到歐洲人權法院〉，收錄於：顏厥安、林鈺雄主編，《人權之跨國性司法實踐——歐洲人權裁判研究（一）》，2007年，頁175以下。

⁴ ECHR, Allan v. U.K., 2002. 詳細介紹，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〉，《台灣本土法學》，72期，2005年7月，頁119以下；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〉，《刑事程序與國際人權》，2007年，頁275以下。

⁵ 問題概覽，王士帆，前揭文（註3），頁175以下。

費心調和大刑庭與歐洲人權法院歧異的聯邦最高法院第三庭，以「法律合法授權」發動臥底警察為由，不認為該偵查行為違反告知義務或構成詐欺訊問，但從法治國立場否定了臥底警察對曾向司法警察表示將行使緘默權的被告探話取證的合法性，理由是侵犯被告不自證己罪權利。

一、原文及翻譯

für Recht erkannt:

1. Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 22. August 2006 wird verworfen. Die Kosten des Rechtsmittels und die dem Angeklagten insoweit entstandenen notwendigen Auslagen trägt die Staatskasse.

2. Auf die Revision des Angeklagten wird das oben bezeichnete Urteil mit den Feststellungen aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels und die der Nebenklägerin dadurch entstandenen notwendigen Auslagen, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt und gegen ihn unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem rechtskräftigen Urteil eine Gesamt-freiheitsstrafe von neun Jahren und sechs Monaten verhängt. Hiergegen wen-den sich die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte mit ihren Revisionen.

A. Revision der Staatsanwaltschaft

Die Revision der Staatsanwaltschaft, die mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts die Ablehnung eines bedingten Tötungsvorsatzes

angreift, ist aus den zutreffenden Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts offensichtlich unbegründet.

B. Revision des Angeklagten

Die vom Angeklagten zulässig erhobene Verfahrensrüge führt zur Aufhebung des Urteils.

主文

1. 駁回檢察官上訴(不服 LG Wuppertal 於 2006 年 8 月 22 日之判決)。
救濟費用與被告支出之必要費用，由國庫繳納。
2. 原判決因被告上訴而宣告撤銷。全案重新審理，救濟費用與訴訟參加人之支出亦發回邦法院不同法庭審理。

理由

邦法院以傷害致死罪科處被告 8 年有期徒刑，另合併另一確定判決之刑期，定被告執行刑為有期徒刑 9 年 6 個月。檢察官與被告均不服，提起上訴。

A. 檢察官上訴

檢察官上訴理由，是從實體刑法方面指摘原審拒絕論處被告間接故意殺人罪；惟該上訴書記載之理由顯不充分。

B. 被告上訴

因被告合法上訴指出之程序瑕疵，故撤銷原判決。

I. Nach den Feststellungen betäubte der Angeklagte am 1. August 2002 in seiner Wohnung auf Mallorca ein 15 Jahre altes Mädchen, das danach verstarb. Von zentraler Bedeutung für die Beweiswürdigung der Strafkammer zur Täterschaft des Angeklagten waren dessen Angaben gegenüber einem Verdeckten Ermittler und seine Aussagen in einer anschließend von Kriminalbeamten durchgeführten Beschuldigtenvernehmung. Mit seiner Verfahrensrüge macht der

Angeklagte geltend, dass diese Angaben unverwertbar seien. Ihr liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Im Januar 2003 leitete die Staatsanwaltschaft gegen den Angeklagten, der sich zu dieser Zeit in anderer Sache in Strafhaft befand, ein Ermittlungsverfahren wegen Mordverdachts ein. Der Angeklagte, der durch Presseberichte von dem gegen ihn bestehenden Verdacht erfahren hatte, bestritt gegenüber einem Kriminalbeamten die Tat und teilte mit, er werde auf Anraten seines Verteidigers von seinem Schweigerecht Gebrauch machen und erst nach Akteneinsicht umfassend aussagen. Zu einer förmlichen Vernehmung des Angeklagten kam es zunächst nicht.

Nachdem sich der gegen den Angeklagten bestehende Verdacht trotz umfangreicher polizeilicher Ermittlungen nicht hatte erhärten lassen und weitere erfolgversprechende Ermittlungsansätze nicht bestanden, genehmigte das Amtsgericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft mit Beschluss vom 28. Oktober 2003 den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers. Die Genehmigung wurde mehrfach verlängert. Aufgrund der Beschlüsse wurde vom 16. Dezember 2003 bis 7. Januar 2005 ein Verdeckter Ermittler gegen den Angeklagten eingesetzt. Ein erster Gesprächskontakt fand im Rahmen eines arrangierten Gefangenentransportes statt. In der Folgezeit besuchte der Verdeckte Ermittler den Angeklagten bis Anfang Januar 2005 dreizehnmal in der Justizvollzugsanstalt. Später begleitete er ihn auf zwei Ausgängen sowie zwei eintägigen Hafturlauben, die auf Initiative der Strafverfolgungsorgane bewilligt worden waren. Im Laufe der Zeit fasste der Angeklagte Vertrauen zu dem Verdeckten Ermittler. Dieser war seine einzige Kontaktperson außerhalb der Justizvollzugsanstalt; als solche benötigte der Angeklagte ihn auch für Vollzugslockerungen. Der

Angeklagte erzählte dem Verdeckten Ermittler von den gegen ihn geführten Ermittlungen sowie den ihn belastenden Indizien und überließ ihm Kopien der Ermittlungsakten zur Einsichtnahme. Dabei bestritt er, die Tat begangen zu haben.

Anfang 2005 wurde dem Angeklagten ein einwöchiger Hafturlaub bewilligt. In diesem Urlaub, den er in einer ihm vom Verdeckten Ermittler zur Verfügung gestellten Wohnung verbrachte, sprach dieser ihn am 6. Januar 2005 gezielt auf den Tatvorwurf an. In einem teilweise erregt geführten Gespräch bedrängte der Verdeckte Ermittler den Angeklagten unter Hinweis auf das zwischen ihnen bestehende Vertrauensverhältnis, wahrheitsgemäße Angaben zu machen. Der Angeklagte, der sich im Hinblick auf die weitere Haftzeit und geplante gemeinsame Geschäfte das Vertrauen des Verdeckten Ermittlers erhalten wollte, räumte schließlich seine Täterschaft ein. Er schilderte auf zahlreiche Nachfragen des Verdeckten Ermittlers Einzelheiten des Tatgeschehens, das er allerdings beschönigend darstellte, und beschrieb insbesondere detailliert die Beseitigung der Leiche sowie der Tatspuren. Am nächsten Tag ergänzte er seine Angaben. Die Gespräche wurden auf der Grundlage von Beschlüssen des Amtsgerichts abgehört und auf Tonträgern aufgezeichnet.

Nachdem der am 7. Januar 2004 vorläufig festgenommene Angeklagte über den Einsatz des Verdeckten Ermittlers und die Gesprächsaufzeichnungen informiert worden war, machte er nach Belehrung über seine Rechte als Beschuldigter in einer förmlichen Vernehmung im Wesentlichen dieselben Angaben wie gegenüber dem Verdeckten Ermittler. Vor der Vernehmung hatte ein Kriminalbeamter dessen Vorgehen als rechtlich einwandfrei und die dabei erlangten

selbstbelastenden Äußerungen als gerichtsverwertbar bezeichnet.

In der Hauptverhandlung hat die Verteidigung einer Verwertung der Angaben des Angeklagten gegenüber dem Verdeckten Ermittler und bei der Beschuldigtenvernehmung widersprochen. Das Landgericht hat den Widerspruch zurückgewiesen.

I. 經查，2002 年 8 月 1 日被告在西班牙 Mallorca 島之住處，（以「三氯甲烷」）⁶迷昏一位 15 歲少女，該名少女隨後死亡。原法院形成被告犯罪心證的重要依據為被告對臥底警察之陳述，以及（隔日）緊接著由刑事警察訊問被告取得之陳述。由於（取得自白之）程序瑕疵，被告主張其陳述應不得作為證據。以下敘述之案情著重在程序瑕疵方面。

2003 年 1 月，被告當時因其他裁判服刑中，檢察官以被告具有系爭謀殺案件之嫌疑而對其展開偵查程序。從新聞報導獲知自己涉嫌後，被告向刑事警察否認犯罪，並表示將聽從律師建議行使緘默權以及廣泛閱卷後才願陳述。因此，追訴機關暫時未對被告正式訊問/形式訊問。

之後，儘管警方發動大規模調查，依然未提高被告的嫌疑程度，也沒有其他預估有效的偵查手段，於是，檢察官聲請法院對被告採用「臥底偵查」；2003 年 10 月 28 日法院裁定核准。經過多次核准延長，總計臥底執行期間從 2003 年 12 月 16 日至 2005 年 1 月 7 日。在刻意安排的運囚場合下，該名臥底警察與被告進行第一次談話接觸；直到 2005 年 1 月初，臥底警察探訪被告共 13 次。後來，臥底警察陪伴被告兩次外出，以及兩次各為期一天的拘禁假日—拘禁假日是在刑事追訴機關主動提議下才被批准的。在這段期間，被告對臥底警察產生信賴感，他在監所外唯一接觸的人即是臥底警察。被告也需要一位這樣的人來讓自己執行徒刑時放鬆心情。被告向臥底警察透露，他受到警方

⁶ BGH 裁判當發布日新聞稿，指出被告使用的化學物品為三氯甲烷（Chloroform）。（<http://juris.bundesgerichtshof.de>）

偵查以及不利證據，並把偵查卷宗影本交給臥底警察，供其審閱。在此時，被告否認犯下系爭殺人罪。

2005 年初，被告獲准出獄一週的拘禁假期。被告在臥底警察提供的住處度過這段假期，也在這段期間內，即 2005 年 1 月 6 日，臥底警察特地向被告打探其牽涉的罪行。這次時而出現爭執的談話過程，臥底警察以雙方信賴關係為由，催逼被告必須據實以告。顧慮未來還要持續的拘禁時間以及雙方已規劃共同開業，因此，被告一心想維持臥底警察對其之信賴，最終遂向臥底警察承認犯罪。對於臥底警察的諸多探詢，被告皆敘述出犯罪細節（當然多少有所掩飾），特別是仔細提到清除屍體和犯罪跡證；隔日，被告又補充陳述內容。以上這些談話都被地方法院裁定准予通訊監察（祕密錄音）所錄下。

2005 年 1 月 7 日追訴人員對被告發動緊急拘捕，並對其告知國家先前使用臥底偵查及雙方談話已被錄音之事。拘捕之後，追訴人員告知被告享有之權利並開始正式訊問被告，被告此次所為之陳述與先前面對臥底警察作出之陳述，本質上一致。在訊問前，一位刑事警察特別對被告說，警方的偵辦動作在法律上並無瑕疵之處，他們取得的被告自白在審判上有證據能力。

被告在法院審判時提出抗辯，主張其在臥底警察面前及後續警方正式訊問程序，追訴機關先後取得的自白皆無證據能力。邦法院駁回此項抗辯。

II. Die Rüge, dass die Angaben des Angeklagten gegenüber dem Verdeckten Ermittler und seine Aussagen in der anschließenden Beschuldigtenvernehmung nicht hätten verwertet werden dürfen, ist begründet.

1. Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass gegen den Angeklagten ein Verdeckter Ermittler eingesetzt worden ist. Die Voraussetzungen für den

Einsatz lagen unter den gegebenen Umständen vor (§110 a Abs. 1 Satz 4 StPO). Die nach §110 b Abs. 2 Nr. 1 StPO erforderliche richterliche Zustimmung war eingeholt worden.

Dementsprechend sind im Grundsatz die von dem eingesetzten Verdeckten Ermittler gewonnenen Erkenntnisse verwertbar. Es hätten etwa keine Bedenken bestanden gegen die Verwertung von Wahrnehmungen, die dieser bei Begegnungen mit dem Angeklagten gemacht, oder von Beweismitteln, die er im Rahmen seines Einsatzes gefunden hätte. Insbesondere hätten auch der Verwertung von Äußerungen des Angeklagten keine rechtlichen Hindernisse entgegengestanden, die dieser - jedenfalls außerhalb bestimmter Haftsituationen (vgl. dazu BGHSt 34, 362; 44, 129) - aufgrund des von dem Verdeckten Ermittler geschaffenen Vertrauensverhältnisses diesem gegenüber von sich aus gemacht hätte. Dass ein Verdeckter Ermittler nicht gehalten ist, den Beschuldigten, gegen den er eingesetzt ist, über sein Schweigerecht zu belehren, wenn dieser dazu ansetzt, über die Tat zu berichten, versteht sich aus dem Wesen des von der Strafprozessordnung zugelassenen Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und begegnet auch mit Blick auf die verfassungsmäßigen und prozessualen Rechte des Beschuldigten keinen Bedenken. Solange der Verdeckte Ermittler den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen nicht drängt oder ihm solche nicht in anderer Weise - insbesondere durch gezielte Befragungen - entlockt, dürfen diese verwertet werden. Jedenfalls unter diesen Voraussetzungen ist bei wertender Betrachtung die Situation keine andere, als wenn der Beschuldigte sich einem Freund, Bekannten oder sonstigen Dritten, denen er sein Vertrauen schenkt, in der irrigen Annahme offenbart, dieser werde die belastenden Informationen für sich

behalten und nicht an die Strafverfolgungsbehörden weitergeben.

II. 關於被告抗辯其在臥底警察面前之自白陳述及緊接而來的正式訊問程序再次自白，兩次自白皆不應賦予證據能力一事，本院認為此項抗辯洵有依據。

1. 對被告採用臥底偵查在法律上並無不妥，此點無庸置疑。本案情況符合臥底偵查的發動要件 (§110a Abs.1 Satz 4 StPO)，也有依據《刑事訴訟法》第 110 條 b 第 2 項第 1 款規定取得法官的同意裁定。

相應於此，臥底警察取得的資訊原則上可以作為證據。不管是臥底警察與被告接觸而感知之消息，或在安插臥底之空間內發現的證據方法，賦予其證據能力應無疑義。尤其是，在臥底警察開創、營造的信賴關係裡，面對臥底警察的被告自願陳述之自白，將之作為證據亦無法律障礙表示反對⁷。當被鎖定的被告要自陳犯罪事實，臥底警察無法遵守對其告知緘默權之義務，這從刑事訴訟法容許存在臥底警察的本質而言，乃理所當然，另從被告在憲法或訴訟上的權利以觀，也無疑慮。只要臥底警察未催逼或未以其他方式（特別是刻意打探）引誘被告自白，該自白即可作為證據。如果符合上列條件，進一步思考便可發現臥底警察這樣的取證狀況，至少與被告信賴朋友、熟識或其他第三人而將不利自己之事實透露出去，誤信這些人會守口如瓶且不會把交談內容轉交給刑事追訴機關，並無不同。

2. Verfahrensmäßig unzulässig wurde der Einsatz des Verdeckten Ermittlers hier dadurch, dass er den Angeklagten, der sich für das Schweigen zum Tatvorwurf entschieden und dies einem Polizeibeamten mitgeteilt hatte, unter Ausnutzung des geschaffenen Vertrauens zu einer Aussage gedrängt und in einer vernehmungähnlichen Weise zu den Einzelheiten befragt hatte.

⁷ 惟在特定拘禁條件下則非如此，vgl. dazu BGHSt 34, 362; 44, 129.

a) Ein solches Verhalten beinhaltet allerdings keinen Verstoß gegen §§163 a, 136 Abs. 1 StPO. Diese Vorschriften sind nicht unmittelbar anwendbar, weil zum Begriff der Vernehmung im Sinne der Strafprozessordnung gehört, dass der Vernehmende der Auskunftsperson (also dem Beschuldigten, Zeugen oder dem Sachverständigen) in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr Auskunft (eine "Aussage") verlangt (BGHSt 42, 139, 145 f. - Großer Senat für Strafsachen). Sie sind nach ihrem Sinn und Zweck, den Beschuldigten vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht zu bewahren, auch nicht entsprechend anzuwenden. Mit der Erwägung, es handle sich um eine "vernehmungsfähnliche Situation", lässt sich eine entsprechende Anwendung nicht rechtfertigen (BGHSt 42, 139, 146 ff. - GS). Schließlich stellt sich das in Frage stehende Verhalten des Verdeckten Ermittlers auch nicht als eine unzulässige Umgehung der §§163 a, 136 Abs. 1 StPO dar (vgl. näher BGHSt 42, 139, 148 f. - GS).

b) Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sind seine Angaben gegenüber dem Verdeckten Ermittler auch nicht nach §136 a Abs. 3 Satz 2 StPO unverwertbar. In der das Ermittlungsinteresse nicht aufdeckenden Befragung durch den Verdeckten Ermittler liegt kein Verstoß gegen die - unmittelbar oder entsprechend angewandte - Regelung der §§163 a Abs. 3, 136 a Abs. 1 StPO. Das ergibt sich aus einer systematischen, die anderen in §136 a Abs. 1 StPO aufgeführten verbotenen Mittel berücksichtigenden Betrachtung. Mit der Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln oder Quälerei lässt sich eine verdeckte Befragung des Beschuldigten nicht vergleichen (vgl. BGHSt 42, 139, 149 - GS).

c) Schließlich lässt sich die Unzulässigkeit der Befragung des Angeklagten zum Tatvorwurf durch den Verdeckten Ermittler auch nicht mit der Erwägung begründen, dass das Bild der Vernehmung des Beschuldigten nach der Strafprozessordnung das eines offenen, den amtlichen Charakter der Befragung und das Ermittlungsinteresse offenbarenden Vorgangs ist. Indem die Strafprozessordnung etwa vorschreibt, dass der Beschuldigte zu seiner Vernehmung schriftlich zu laden ist, dass ihm zu Beginn seiner Vernehmung zu eröffnen ist, welche Tat ihm zur Last gelegt wird, und dass er über seine Aussagefreiheit zu belehren ist, untersagt sie den Strafverfolgungsbehörden nicht zugleich (mittelbar) jede andere Art und Weise der "Kommunikation mit einem Tatverdächtigen". Die Ausgestaltung der Vernehmung als eines "offenen" Vorgangs durch die Strafprozessordnung ist nicht Ausdruck eines dem Gesetz als allgemeines Prinzip zugrundeliegenden Grundsatzes, nach dem Ermittlungen und speziell Befragungen des Beschuldigten nicht heimlich, das heißt ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht, erfolgen dürften (BGHSt 42, 139, 149 ff. - GS - mit näherer Begründung).

2. 程序法上安置臥底警察將構成違法的是，當被告決定對指控的罪行使用緘默權並早已向刑事警察申明時，臥底警察依然利用其營造給被告的信賴感，催促被告自白並以類似訊問的方式詳細打探案情。

a) 誠然，這樣的臥底措施不違反司法警察的告知義務 (§§136 I, 163a StPO)。這些條文無法直接適用，因為刑訴法意義的訊問概念是指，訊問人以公職務型態出現在受訊問人面前（包含被告、證人或鑑定人），並以此身分要求受訊問人陳述⁸。根據這些條文的意義與目的，旨在保護被告免於誤認自己有陳述義務，也不得為相關應用。考量所

⁸ BGHSt 42, 139, 145 f.

涉及「類似訊問情境」後，相關應用即不具法律正當性⁹。其結果，本案臥底警察的動作也不會形成違法規避告知義務 (§§136 I, 163a StPO) 的行為¹⁰。

b) 本庭與被告申訴意見不一的是，被告面對臥底警察作成的自白陳述，並非基於不正訊問規定 (§136a III 2 StPO) 而失去證據能力。本庭認為，由臥底警察祕密詢問所代表的偵查利益，不違反不正訊問規定—無論是直接適用或準用 (§§136a I Abs. 1, 163a 3 Abs. 3 StPO) 皆然。這乃是從體系上不同於不正訊問所列舉之禁止手段 (§136a I StPO) 得出的結論：對被告採用臥底探話，不能與影響被告意思決定的凌虐、疲睏、身體傷害、餵食藥劑或折磨等手段等同視之¹¹。

c) 不許臥底警察祕密詢問被告犯罪事實的理由，其實不在於《刑事訴訟法》裡規定訊問被告的圖像（/概念）是一個公開、以公職務角色詢問及顯露偵查利益）的過程。由於《刑事訴訟法》的規定，例如以書面傳喚被告接受訊問、開始訊問時對被告揭示所犯罪名及告知其享有自由陳述權，《刑事訴訟法》並未同時（間接）禁止任何其他「接觸犯罪嫌疑人」的方式。在《刑事訴訟法》，訊問流程採取「公開」的結構設計，並非表徵法律條文將「公開」作為一種普遍原則的硬性基準，倘據此基準，偵查與特殊性質的詢問被告都不得再祕密為之，亦即，追訴機關不得隱藏其偵查企圖¹²。

d) Unter den hier gegebenen Umständen verstößt die Befragung des Angeklagten zu den Tatvorwürfen durch den Verdeckten Ermittler aber gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, insbesondere sich selbst zu belasten ("nemo tenetur se ipsum accusare").

⁹ BGHSt 42, 139, 146 ff.

¹⁰ 更詳細說明，vgl. BGHSt 42, 139, 146 ff.

¹¹ BGHSt 42, 139, 149.

¹² BGHSt 42, 139, 149 ff. 有更詳盡的說理。

aa) Die Selbstbelastungsfreiheit (vgl. BGHSt 42, 139, 151 f. - GS; 38, 214, 220; 36, 328, 332; 34, 39, 46) zählt zu den Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Sie hat in der Strafprozessordnung in den §§55, 136 Abs. 1, 136 a Abs. 1 und 3, §163 a Abs. 3 sowie §243 Abs. 4 Satz 1 Niederschlag gefunden und in Art. 14 Abs. 3 Buchst. g des Internationalen Paktes vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (IPbürgR) in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz zu diesem Pakt vom 15. November 1973 (BGBl II 1973 S. 1533) eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung erfahren. Sie ist verfassungsrechtlich abgesichert durch die gemäß Art. 1, 2 Abs. 1 GG garantierten Grundrechte auf Achtung der Menschenwürde sowie der freien Entfaltung der Persönlichkeit (BVerfGE 56, 37, 43 ff.) und gehört zum Kernbereich des von Art. 6 MRK garantierten Rechts auf ein faires Strafverfahren (EGMR StV 2003, 257, 259). Die Selbstbelastungsfreiheit entspricht der prozessualen Stellung des Beschuldigten im Strafprozess, der Beteiligter und nicht Objekt des Verfahrens ist, und hat Vorrang vor der ebenfalls im Verfassungsrang stehenden Pflicht des Staates zu einer effektiven Strafverfolgung (vgl. BVerfGE 80, 367, 375). Dabei gilt sie unabhängig von der Schwere des Tatvorwurfs; die Strafprozessordnung zwingt nicht zur Wahrheitserforschung um je-den Preis (vgl. BGHSt 14, 358, 365).

bb) Über Inhalt und Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes im Einzelnen besteht - zwischen Literatur und Rechtsprechung aber auch innerhalb der Rechtsprechung - noch keine Einigkeit.

Nach seinen bislang in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannten Ausprägungen beinhaltet der nemo-tenetur-Grundsatz das

Verbot von Zwang. Im Strafverfahren darf - so auch die Formulierung in Art. 14 Abs. 3 Buchst. g IPbürgR - niemand gezwungen werden, sich selbst durch eine Aussage einer Straftat zu bezichtigen und damit zu seiner Überführung beizutragen oder anders als durch Äußerungen zum Untersuchungsgegenstand aktiv an der Aufklärung des Sachverhalts (etwa durch Teilnahme an Tests oder Tatrekonstruktionen) mitzuwirken (BGHSt 42, 139, 151 f. - GS). In der grundlegenden Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen heißt es dazu: "Gegenstand des Schutzes des nemo-tenetur-Grundsatzes ist die Freiheit von Zwang zur Aussage oder zur Mitwirkung am Strafverfahren. Die Freiheit von Irrtum fällt nicht in den Anwendungsbereich dieses Grundsatzes" (BGHSt 42, 139, 153 - GS).

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat demgegenüber festgestellt, dass das Recht zu schweigen und der Schutz vor Selbstbelastung zwar in erster Linie dazu dienen, den Beschuldigten gegen unzulässigen Zwang der Behörden und die Erlangung von Beweisen durch Methoden des Drucks zu schützen; jedoch sei "der Anwendungsbereich des Rechts nicht auf Fälle beschränkt, in denen der Beschuldigte Zwang widerstehen musste". Das Recht, das zum Kernbereich des fairen Verfahrens gehört, "dient prinzipiell der Freiheit einer verdächtigen Person zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen oder schweigen will" (EGMR StV 2003, 257, 259 - Fall Allan v. Großbritannien).

Diese Erwägungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte könnten mit Blick auf andere Fallgestaltungen Anlass zur Prüfung geben, ob an der - anscheinend restriktiveren - Bestimmung der Reichweite des nemo-tenetur-Prinzips durch den Großen Senat für Strafsachen festgehalten werden kann und welche Konsequenzen sich

insbesondere für Fälle der Art ergeben, wie sie in dem damaligen Ausgangsverfahren zur Beurteilung anstanden.

d) 在本案呈現的情況，臥底警察打探被告犯罪事實卻違反一項原則，即沒有人有義務貢獻他自己的罪證，尤其是致使自己受到不利之事（「不自證己罪原則」）。

aa) 不自證己罪¹³是法治國刑事訴訟法的基本原則。此原則表現在《刑事訴訟法》第 55 條、第 136 條第 1 項、第 136 條a第 1 項和第 3 項、第 163 條a第 3 項及第 243 條第 4 項第 1 句，而 1966 年 12 月 19 日制定的《公民及政治權利國際公約》（ICCPR）第 14 條第 3 項第g款——可連結到 1973 年 11 月 15 日的《公約批准法》¹⁴，則明確以法條文字規定此原則。依據《基本法》第 1 條與第 2 條第 1 項擔保的人性尊嚴及人格自由發展權，使不自證己罪取得憲法層次之保障¹⁵，它也屬於《歐洲人權公約》第 6 條公平審判程序權利的核心¹⁶。不自證己罪與刑事被告的訴訟地位相呼應，被告乃程序之參與者而非程序客體；相較於同樣具有憲法位階的國家有效追訴犯罪義務，不自證己罪更具優先性¹⁷。就此而言，不論犯罪事實是否重大、困難，一律適用不自證己罪；《刑事訴訟法》不可不計代價強迫發現真實¹⁸。

bb) 關於不自證己罪內涵與適用範圍的細節問題，文獻與實務、甚至是實務內部，尚無一致看法。

根據本院至今為止的裁判定見，不自證己罪包含強制禁止。在刑事程序，沒有人可以被強制陳述來自我指控（此也形諸《公民及政治權利國際公約》第 14 條第 3 項第g款文字）及以此貢獻他自己的罪證，或其他以調查客體的方式主動協助釐清犯罪事實，例如參與測試或犯

¹³ BGHSt 42, 139, 151 f. ; 38, 214, 220; 36, 328, 332; 34, 39, 46.

¹⁴ BGBl II 1973 S. 1533.

¹⁵ BVerfGE 56, 37, 43 ff.

¹⁶ EGMR StV 2003, 257, 259.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 80, 367, 375.

¹⁸ Vgl. BGHSt 14, 358, 365.

罪模擬¹⁹。一則基礎性的大刑庭裁判對此說道，「不自證己罪保障的對象，是保護被告在刑事程序上有免於強制陳述或協助的自由，至於免於錯誤的自由，則不屬於不自證己罪的適用範圍」。

與之相對的是歐洲人權法院的見解。人權法院表示，緘默權或不自證己罪固然優先強調應保護被告免受國家非法強制或施壓取證，但「其權利適用範圍並不限於被告必須對抗強制力的案件類型」，這個屬於公平審判程序核心的權利，「致力於讓犯罪嫌疑人面對警察詢問，有權自由決定陳述或保持緘默」²⁰。

歐洲人權法院的思路能為其他案件類型開啟檢驗契機，來審查本院大刑庭對於不自證己罪適用範圍（幾乎限制）的意見是否能再堅守，特別是這類型的案件會得出什麼結論，是否如同當時的處理程序般猶豫不決。（待續）

¹⁹ BGHSt 42, 139, 151 f.

²⁰ EGMR StV 2003, 257, 259 - Fall Allan v. Großbritannien.