

論告知義務

—刑事訴訟法第 95 條第 1, 2, 3 款規定與證據使用禁止—

*張永宏・陳昭龍

壹、前言

1966 年 12 月 16 日聯合國大會第 2200 號（XXI）決議通過「公民及政治權利國際盟約（International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR）」，並於 1976 年 3 月 23 日生效¹。關於被告受審判之權利有以下之相關規定²：

第 9 條（人身自由與逮捕程序）第 2 款規定³：

「任何被逮捕的人，在被逮捕時應被告知逮捕他的理由，並應被迅速告知對他提出的任何指控。」

第 14 條（受公平審判之正當程序）第 3 項第 b, d, g 款規定⁴：

「在判定對被告提出的任何刑事指控時，人人完全平等地有資格享受以下的最低限度的保證：

- b. 有相當時間與資源以準備其辯護並與其親自選定的律師聯絡；
- d. 出席受審並親自替自己辯護或經由其親自所選擇的法律援助進行辯

*張永宏，台灣台北地方法院法官，政治大學法律系博士生，東京大學法學院客座研究員，執筆本文貳、參部分。

陳昭龍，政治大學法學碩士，執筆本文壹、肆、伍、陸部分

¹ http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm (last visited Apr. 19, 2007)。

² 由於篇幅關係，本文不另介紹其他相關國際公約規定。詳另請參照歐洲人權公約第 6 條規定與歐洲人權法院對該條之適用。

³ Article 9
2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.

⁴ Article 14
3. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:
(b) To have adequate time and facilities for the preparation of his defense and to communicate with counsel of his own choosing;
(d) To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;
(g) Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

護；如果被告欠缺法律援助，須**通知其享有這種權利**；在司法利益有此需要的案件中，應為他指定法律援助，而且在其資力不足以償付法律援助的案件中，毋須其付費；

g. **不被強迫作不利於被告自己的證言或強迫承認犯罪。**」

對於被告的告知義務，經由公民及政治權利國際盟約的生效施行，確實可認為係普世認可的刑事正當程序之一，惟該公約並未規定違反之效果，對此則由各國的刑事訴訟實務依照公約之精神予以發展。

本文擬以我國刑事訴訟法第 95 條第 1、2、3 款規定之內容為綱，依警、偵、審階段不同說明告知義務的內容與適用，並輔以援引我國繼受國家（德、美、日）的告知義務相關見解，闡釋本文著重核心——被告的權利如何保護（證據禁止使用之開展、上訴理由），藉此探討我國實務在面對被告的自白應有的處理態度與精神。

貳、 告知義務之時點

一、 告知義務發生時點——被告地位之形成

討論刑事訴訟法第 95 條各款之告知義務，必須先討論義務發生之時點為何，由於告知義務是訊問權人對於受訊問人所負之義務，且依刑事訴訟法第 95 條規定，此處所稱之受訊問人，限於被告及犯罪嫌疑人⁵，而不包括證人在內，且除了刑事訴訟法第 95 條第 1 款後段罪名變更之告知義務（詳見後述）外，其他告知義務必須要在**第 1 次**訊問被告（犯罪嫌疑人）時即履行⁶，否則，至少該次訊問程序即屬違法⁷，故判斷受訊問人是否為被告（犯罪嫌疑人）即屬判斷告知義務之產生與否之重要根據。

然而，除了在審判程序中，被告（已無犯罪嫌疑人之概念存在）與證人可截然劃分外，在檢察官或司法警察（官）為訊問權人之偵查程序中，被告（尤其是犯罪嫌疑人）與證人之定位往往模糊不清，經常有以證人身分接受傳喚或通知，到場後卻是訊問該「證人」自身有關之犯罪事實之情形，此種情形，可能是事態

⁵ 由刑事訴訟法第 100-2 條規定司法警察(官)對於犯罪嫌疑人之詢問準用同法第 95 條之規定，即可得出此一結論；另請參照松本一郎，〈適正な取調を保障する手段〉，載於渥美東洋等著，《增補刑事訴訟法》，1980，第 35 頁。

⁶ 林鈺雄，〈論告知義務〉，《月旦法學雜誌》，第 60 期，2000.05，頁 101。

⁷ 關於其後之訊問是否要加重告知義務之討論，詳見後述。

自然演變所導致的（例如該證人到場後開始陳述自己之犯罪事實），也可能是訊問權人故意或過失忽略受訊問人之被告地位所導致的，於此等情形，是否有違反告知義務之情形，即有探討之必要，而在此要討論的，就是被告地位形成之時點。

二、 認定標準

討論被告地位形成之時點，約有以下幾種標準⁸：

1. 主觀說：此說以訊問權人是否視受訊問人爲被告（犯罪嫌疑人）爲標準。此說主要立論基準在於探討違反告知義務人之主觀心態，以其主觀心態作爲是否違反告知義務之標準，換言之，若訊問權人知悉受訊問人實爲被告（犯罪嫌疑人），則應踐行告知義務，否則即屬違反告知義務，但訊問權人若不知悉受訊問權人爲被告，不論有無過失，因非「故意」違反告知義務，即無違反告知義務可言，此說因標準過於模糊不明確，且有害於告知義務之規範目的，故深受批評⁹。

2. 客觀說：此說以純粹客觀第三者之角度觀察，當偵查或訴訟程序之進行已經可認爲係到達以被告爲重心時，該實程序之對象已居於被告之地位，此說遭受批評之處在於侵犯偵查機關行使偵查權限時，對調查犯罪嫌疑人之手段及認定上享有的「判斷餘地」。

3. 主客觀混合理論：此說認爲被告地位是否已形成，係以「當警察、檢察官等或其輔助人員以及刑事法官採取的措施，已可顯現是針對某特定人可能涉及刑事犯罪而爲之時，該特定人已經居於被告之地位。」

以上三說中，所謂客觀說與主客觀混合理論，事實上並無區分之實益，蓋二說均以訊問權人之客觀上行爲是否實際上已經置受訊問人於被告之地位作爲判斷之依據，至於「侵害判斷餘地」之批評，則不切實際，蓋此屬於事後審查，且對於告知義務是否被正確地履行，本來就有判斷之必要，故本文認爲客觀說可資贊同。

在具體案例中，受訊問人是否以居於被告地位而有對之踐行告知義務之必要，往往因偵查之手段與發動方式而異，例如逮捕現行犯、準現行犯（刑事訴訟法第 88 條第 1 項）、通緝犯（同法第 87 條第 1 項）或逕行拘提（同法第 76 條）、緊急逮捕（同法第 88-1 條第 1 項）之情形，對之進行訊問，當然應該認爲受訊問人已立於被告之地位。至於非現行犯或通緝犯之情形，狀況比較複雜，以搜索而

⁸ 楊雲驊，〈被告地位之形成與告知義務〉，《臺灣本土法學》，第 44 期，2003. 03，頁 146。

⁹ 林鈺雄，前揭註 8 文，頁 102。

言，若在搜索票中已明確記載被告或犯罪嫌疑人之姓名年籍時，應認為該受搜索人已屬被告，而有於搜索時對之踐行告知義務之必要，否則不得對之為訊問，若在聲請搜索時從相關聲請資料中已經可認定受搜索人即為被告或犯罪嫌疑人，但因姓名、年籍資料不明而未具體記載於搜索票中時，於實行搜索時倘已可辨明在場受搜索人為何人時，亦有對之踐行告知義務之必要；司法警察通知（刑事訴訟法第 71-1 條）或檢察官傳喚（同法第 71 條）之情形，則首先應從客觀上觀察司法警察或檢察官通知、傳喚該受訊問人到場之目的為何，若可認為係欲調查受訊問人有無涉及待偵查之犯罪（例如有人陳述受訊問人即為犯罪行為人），則有先踐行告知義務之必要，若非如此情形，則應視受訊問人之於受訊問時之陳述內容客觀上是否已足以使受訊問人產生訊問人已涉及犯罪之推測而定，若然，則此時亦應踐行告知義務，否則不得再加以訊問¹⁰。至於司法警察或檢察官在知悉有犯罪行為發生、但無法確知何人為被告或犯罪嫌疑人時，對於某人進行訊問，情形與前開對被告或犯罪嫌疑人進行搜索，但搜索票未載明被告或犯罪嫌疑人之姓名年籍之情形相同，凡於訊問時可確定該人即為犯罪嫌疑人或被告時（例如該人坦承其為犯罪人，或在場已有其他人指稱該人為犯罪人，或從相關客觀事證已可認定該人為犯罪人時，例如殺人案現場，有一人混身是血、手持兇刀、面貌猙獰），即應對之踐行告知義務，反之，在尚未能確定何人為犯罪嫌疑人或被告時，所為之訊問（例如在犯罪現場隨意詢問在場之人），因客觀上無從認定受訊問人已居於被告地位，自無對之踐行告知義務之必要。

參、 告知義務—犯罪嫌疑及罪名

一、 「犯罪嫌疑及罪名之告知義務」之規範基礎

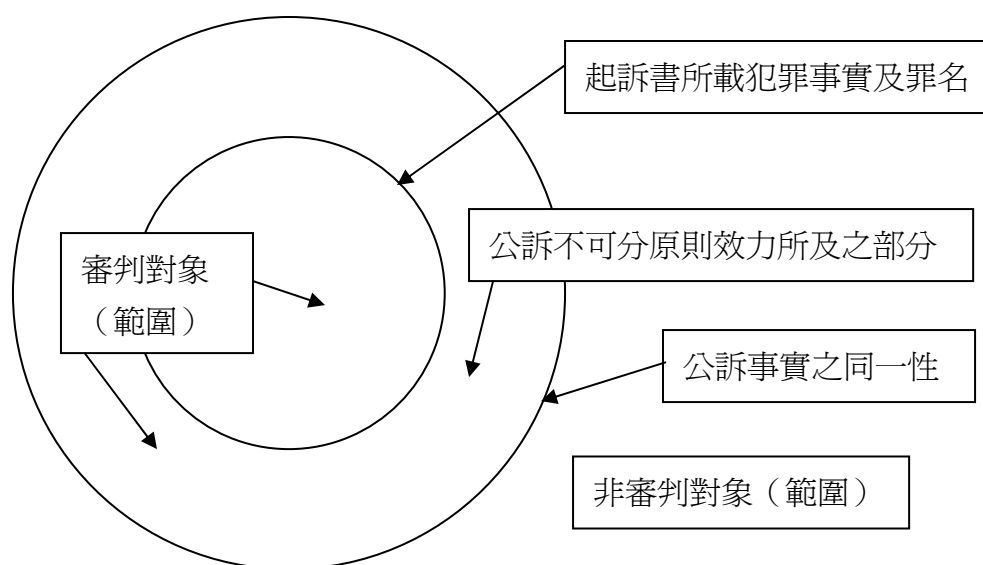
依我國刑事訴訟法規定，檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部（刑事訴訟法第 267 條），此即單一案件之「起訴不可分原則」，依照實務見解，舉凡實質上一罪（繼續犯、接續犯、加重結果犯、結合犯、集合犯）或裁判上一罪（想像競合犯、刑法修正前之牽連犯、連續犯），檢察官僅就其一部犯罪事實起訴者，因具有單一關係，在實體法上為一罪，刑罰權即屬一個，在訴訟上自不得分別為數個訴訟客體，故其在法律上之事實關係仍屬一個，依刑事訴訟法第 267 條規定，其起訴效力及於全部犯罪事實¹¹，該業經起訴之一部犯罪事實，稱為顯在性事實，

¹⁰ 林鈺雄，前揭註 8 文，頁 103。

¹¹ 最高法院 93 年度台上字第 1264 號判決，60 年度台非字第 77 號判例。

因起訴效力所及之其他部分，稱為潛在性事實。

因為起訴不可分原則之拘束，事實上法院審理之範圍未必等於檢察官起訴書所載之事實，而有擴張審理範圍之可能，此外，檢察官起訴之罪名及犯罪事實並不拘束法院，法院仍可在「公訴事實同一性」之範圍內，自由地認定事實、適用法律（除了在判決中要引用刑事訴訟法第 300 條變更起訴法條外）¹²。因此，除了偵查階段檢察官或司法警察因證據蒐集之時程，對於被告所涉之犯罪嫌疑及罪名之概念係浮動的之外，在審判中被告所觸犯之犯罪及其罪名也是浮動的。茲以圖表來輔助理解：



在此種濃厚職權主義色彩之立法下，為了保障被告之防禦權利，即有將被告被起訴之罪名及變更後之罪名告知被告之必要，所謂變更，包含質的變化（A罪變B罪）及量的變化（A犯行變為A、B二犯行（二犯行間具有實質上一罪或裁判上一罪關係）），實務見解認為其中量的變化，如最後依罪數論認定之罪名與檢察官起訴之罪名無異者，或比較新舊法而致罪名變更之情形，即無告知罪名變更之必要¹³，顯已曲解告知罪名變更以提供被告就事實與法律辯論防禦之意義，並非可採。又其中被起訴之罪名「通常」被告可由起訴書之記載而得知（但也有起訴書也看不出來究竟起訴之被告罪名究竟為何或是起訴書中暗藏玄機（於犯罪事實欄中曖昧地指出被告尚有其他犯罪）的情形¹⁴），固無問題，然變更後之罪名（例如起訴恐嚇取財、法院認為係強盜，或起訴侵占遺失物（行動電話）、法院認為尚有違反電信法之犯行），若非經檢察官當庭聲請變更者，事實上僅藏在審判者的心中，他

¹² 最高法院 92 年度台上字第 4402 號判決，92 年度台上字第 4140 號判決。

¹³ 最高法院 93 年度台上字第 1179 號，91 年度台上字第 2394 號判決。

¹⁴ 故日本刑事訴訟規則第 194 之 3 條才規定準備程序中應「明確訴因及罰條」。

人無從得知，若未將之告知檢察官、被告，事實上檢察官與被告即有受突襲性裁判之危險（但因為判決結果是不利於被告，故檢察官所受突襲較不重要），故德國刑事訴訟法第136條第1句前段規定：「初次訊問開始時，應告以其所涉案之犯罪行為及有關之刑罰法規。」¹⁵，第265條規定「法院以異於准許開始公判時公訴所引法條而認為被告有罪時，必須重新使被告知悉關於法律見解之變更，並給予防禦之機會。（中略）法院容許新的事實，適用較准許開始公判時公訴所引法條更不利於被告之法條，或有前項所定之新事實時，若被告對此有爭執，或主張防禦準備不充足時，應依其請求延期公判。」¹⁶，我國刑事訴訟法第95條第1款規定：「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。」其理在此。

以上規定，可簡稱為「犯罪嫌疑及罪名之告知」，所謂犯罪嫌疑及罪名之告知，其內容應包犯罪嫌疑事實之大要及罪名，不得僅為單純「罪名標語式之告知」，否則仍屬未盡告知義務¹⁷，學者有認為此僅係告知被告之「處境」，並無創設被告程序權利，故應理解為單純的告知規定¹⁸，但本文以為該款實係作為被告防禦權行使前提之重要規定，立法規範目的在藉由法院等訊問權人之告知，使被告得知國家機關係以何種罪名及犯罪嫌疑對其進行追訴審判，而得針對受追訴審判之罪名行使其防禦權（包含聲請調查對其有利之證據），若未踐行罪名之告知義務，即無廢續給予被告充分辯明之機會（刑事訴訟法第96條、第162條、第163條第1項、第166條、第173條）可言，是以，本文認為該款係兼含有保障被告防禦權及課予國家告知義務之雙重作用。

又刑事訴訟法第95條係規定於總則編，理論上法院、檢察官、司法警察（官）對於被告之訊問均有其適用，且刑事訴訟法第100-2條又規定「本章（含第95條）之規定，於司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時，準用之。」，是於司法警察（官）詢問被告時，自應於人別詢問後、事物詢問前¹⁹履踐刑事訴訟法第95條第

¹⁵ 蔡墩銘譯，《德日刑事訴訟法》，1993，頁58。

¹⁶ 松尾浩也，《刑事訴訟法（上）》，1979，頁159。

¹⁷ 林鈺雄，前揭註8文，頁104。

但實務上曾有不同見解，認為檢察官雖於訊問時僅告知被告「涉嫌著作權法罪」，但法律並未規定需就所犯法條之具體犯罪構成要件詳加告知，且上訴人遭警查獲移送偵辦，對於自己之涉案事實，當已知曉，檢察官告知被告「涉嫌著作權法罪」，以足供其行使辯論，且本件經檢察官以違反著作權法常業犯罪名起訴後，1、2審均未變更罪名，即無突襲裁判妨害防禦權之違法云云，見最高法院91年度台上字第7436號判決，此一判決完全誤解告知「犯罪嫌疑」之意義，不可為訓。

¹⁸ 林鈺雄，前揭註8文，頁100；楊皓清，《論我國刑事訴訟法第95條告知事項之遵守及其法律效果》，司法研究年報第23輯，2003，頁7。

¹⁹ 林鈺雄，前揭註8文，頁101。

1 款之「犯罪嫌疑及罪名告知義務」，然因德國刑事訴訟法第 136 條罪名告知之規定，並不適用於司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人時²⁰，且有認為司法警察相較於檢察官及法官，顯屬於對於法律較不熟稔之人，且刑罰罪名往往隨著偵查活動之進行而不斷變化，要求司法警察精確告知被告所犯罪名，顯屬苛求，亦不切實際，而主張此部分應修法改進云云²¹。然本文認為，僅要求司法警察（官）告知被告犯罪嫌疑，往往會產生司法警察（官）刻意簡化省略犯罪嫌疑內容之危險，在偵查不公開及罪名（或犯罪嫌疑之偵辦方向）再度變更亦無庸告知之雙重作用下，將導致司法警察（官）之告知義務形同虛設，嚴重不利於被告防禦權之行使。更何況，重點根本不在於誰對法律熟稔而應被課予較高義務，即令一般人認為具備法律專業之法官、檢察官，對於本案所涉及之犯罪嫌疑或罪名亦未必能充分掌握（否則，就沒有規定準備程序或變更起訴法條之必要），故以司法警察不具備法律專業素養作為排除（減縮）其告知義務之理由，並不具備說服力，在基於保障被告防禦權之基本立場下，本文認為仍有積極要求司法警察（官）履踐罪名（及變更後罪名）告知之義務。

再者，若有罪名或犯罪嫌疑變更時，法院應於何時點前告知被告？本文認為，應區分罪名變更之情形而作不同之處理，若僅係罪名變更而未涉及犯罪事實之變動者，亦即單純法律評價失當者（例如檢察官起訴被告 A 持刀強命被害人交出財物，卻認為係犯刑法第 326 條之加重搶奪罪，經法院變更為刑法第 330 條之加重強盜罪），至遲應於最後一次審判期日前告知被告及其辯護人；若罪名變更同時導致法院認定之犯罪事實與檢察官起訴之犯罪事實間產生變動者（例如檢察官起訴被告 A 持刀飛車強搶被害人財物，係犯刑法第 326 條之加重搶奪罪，經法院審理結果，認為被告實係被告 A 持刀強命被害人交出財物，係犯刑法第 330 條之加重強盜罪），即令僅係些微構成要件之差異，因已涉及法院審理事實之改變，法院至遲應於最後一次審判期日之前一次期日告知被告及其辯護人，二次期日間應酌留適當時間，換言之，法院於告知被告及其辯護人罪名變更後，應酌留適當時間再行開庭，以利被告及辯護人就變更後之罪名行使防禦權²²，此方與德國刑事訴訟法第 265 條之規範意旨相符。最高法院並未區分 2 種情形，認為均應「至遲於審判期日踐行上開告知之程序，使被告知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益。」²³，雖已意識到被告防禦權之重要性，但其保障仍非充

²⁰ 德國 §163a StPO（刑事訴訟法第 163 條 a）僅規定司法警察應告知被告所涉嫌之犯罪事實，而無庸告知所涉嫌之罪名，亦無罪名變更後再行告知之義務。

²¹ 林鈺雄，前揭註 8 文，頁 104；楊皓清，前揭註 18 書，頁 90。

²² 何賴傑，〈告知義務及第三審上訴之限制〉，《臺灣本土法學》，第 1 期，1999. 04，頁 129。

²³ 最高法院 93 年度台上字第 5623 號、93 年度台上字第 3037 號、93 年度台上字第 2150 號、92 年度台上字第 5582 號判決。本文完成後，經匿名審稿人指明，最高法院 96 年度台上字第 2597 號判決，已有明確要求應告知「擴張之新事實、新罪名」，否則訴訟程序即屬瑕疵。特此致謝。

足。

二、違反「犯罪嫌疑及罪名告知義務」之效果

（一）作為上訴或非常上訴之事由

我國實務上對於違反刑事訴訟法第 95 條第 1 款告知義務之法律效果，所著判決汗牛充棟，其中絕大多數係針對未於審判期日時就罪名變更部分履行告知義務之法律效果而申論，析言之，最高法院之判決見解可區分如下：

1. 區分違反之情節而為區別處理，亦即若（1）法院僅就原起訴之犯罪事實及罪名調查，辯論終結後，擅自擴及起訴書所記載者以外之犯罪事實或變更起訴書所引應適用之法條而為判決者，即屬判決違背法令，得據為上訴第三審及非常上訴之理由。（2）若被告已知所防禦、已提出防禦或事實審法院於審判過程中已就被告所犯罪名、應變更罪名之構成要件為實質之調查者（亦即踐行第 96 條、第 288-1 條、第 289 條規定），則屬訴訟程序違背法令，但顯然於判決無影響，不得據為上訴第三審及非常上訴理由者²⁴。
2. 逕自認定判決違法者²⁵。
3. 若未採取被告供述作為認定事實之依據即屬顯然於判決無影響者²⁶。
4. 若嗣後已補告知罪名變更者，則顯然於判決無影響者²⁷。

本文基本上贊成最高法院區別情形而異其處理之態度，但僅限於認為被告就

²⁴ 最高法院 93 年度台上字第 1204 號、92 年度台上字第 5582 號判決、92 年度台上字第 2354 號、91 年度台上字第 3643 號、91 年度台上字第 2034 號、91 台非字第 70 號、91 年度台上字第 1436 號、90 年度台非字第 312 號、90 年度台非字第 172 號、90 年度台非字第 130 號、90 年度台上字第 1496 號、89 年度台非字第 322 號、89 年度台非字第 208 號、89 年度台上字第 2595 號、89 年度台上字第 309 號、88 年度台上字第 5233 號判決。

²⁵ 最高法院 92 年度台上字第 4161 號、91 年度台上字第 5792 號、90 年度台上字第 3955 號、90 年度台上字第 2654 號、90 年度台上字第 1467 號、89 年度上字第 4707 號、88 年度台非字第 254 號、88 年度台上字第 2282 號、88 年度台上字第 832 號、87 年度台上字第 4342 號、87 年度台上字第 4140 號判決。

²⁶ 最高法院 89 年度台上字第 3506 號判決。

²⁷ 最高法院 89 年度台上字第 1133 號判決。

罪名及犯罪嫌疑之變更已知所防禦、已提出防禦之情形，始能認為疏未告知罪名及犯罪嫌疑之變更僅係訴訟程序違背法令，至於事實審法院於審判過程中已就被告所犯罪名、應變更罪名之構成要件為實質之調查者，由於何謂實質調查？標準難期客觀，且本款目的在於保障被告之防禦權而非法院審判之確實性，故以法院有無對變更之罪名及犯罪嫌疑進行實質調查，作為判決有無違背法令之標準，自非允當；且正因為本款保障的是被告之防禦權，與同條第2款、第3款賦予被告保持緘默拒絕供述或與律師諮商後供述之權利，均僅與被告該次供述有關者不同，即令被告供述不被採取，亦不因而即可肯認被告之防禦權未受侵害，只不過被告於欠缺告知義務履行下所為之供述，是被告防禦權受損害之下的「第一個受害者」，並不能因此忽略造成其他訴訟程序違法之處，自不宜以嗣後有無採取被告供述作為認定事實之依據作為判決是否違背法令之基準²⁸。至於嗣後補行告知罪名變更者，僅能使嗣後之訴訟程序合法，而不能逆向地推導出先前已進行之訴訟程序違法亦已「治癒」，況學者多認為，在此情形下，國家負有「加重告知」之義務（或稱特殊的告知義務）²⁹，還負有必須告知被告先前違法訊問將導致證據使用禁止之法律效果之義務，故最高法院認為嗣後補行罪名告知即可「治癒」先前違法之訴訟程序之見解，並非允當。

（二） 影響證據能力

刑事訴訟法第158-2條第2項規定「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。」亦即在（1）被告或犯罪嫌疑人係受拘提或逮捕而人身自由受拘束時，由檢察事務官、司法警察官或司法警察對之進行詢問，（2）違反第95條第2款、第3款之規定而未盡告知得保持緘默、選任辯護人之義務時，因此取得之供述原則上無證據能力，但例外證明其違背非出於惡意，且自白或陳述與事實係出於自由意志者，則可取得證據能力，但關於違背第95條第1款之告知義務時，其證據能力為何，立法者則未有明文。

最高法院92年度台非字第177號判決認為：「訊問被告前應告知其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，刑事訴訟法第九十五條第一款固有明定。惟如違反此項規定而取得之證據，究竟有無證據能力，依原

²⁸ 林鈺雄氏雖認為如果判決並未以被告之陳述為基礎，於訴訟程序自然無所影響，見前揭註8文頁107，但氏並未區別情形而為不同處理，自非允當。

²⁹ 林鈺雄，前揭註8文，頁107；楊雲驊，〈被告地位之形成與告知義務〉，《臺灣本土法學》，第44期，2003.03，頁147。

審判決時（民國87年7月23日）之現行刑事訴訟法，並無明文規定不得作為證據。而92年2月6日總統令公布（於92年9月1日始施行）之修正刑事訴訟法第158-2條第2項，僅就違反刑事訴訟法第95條第2款、第3款之情形者，規定原則上不得作為證據，至於違反同法第95條第1款告知罪名義務而取得之證據，是否有證據能力，則適用同法即92年2月6日總統令公布（於92年9月1日始施行）之修正刑事訴訟法第158條之4規定『除法律另有規定外，實施刑事之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』，予以處理。」換言之，依據刑事訴訟法第158條之4所揭櫫之「權衡原則」判斷因此取得被告供述之證據能力有無。

然而最高法院92年度台上字第4003號判決則認為：「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九十五條所定之告知義務，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九十五條之告知，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。」換言之，最高法院在此提出了兩個判斷基準：（1）國家機關是否惡意違法？若是，則當然無證據能力，若否，則（2）依據刑事訴訟法第158條之4所揭櫫之「權衡原則」判斷因此取得被告供述之證據能力有無。

學者有提出違反告知義務證據能力有無之三階段判斷基準者，認為先判斷國家機關是否惡意違法，次判斷若使用該證據，是否將進一步損害取證規範之規範目的，再以被告之權利保護與國家之追訴利益權衡判斷³⁰，亦有認為若法院嗣後以被告犯罪嫌疑不足判處被告無罪或裁定駁回自訴，縱未盡該款之告知義務，因不影響被告之訴訟防禦權，即無違反告知義務之問題³¹。亦有認為未告知被告罪名（包

³⁰ 林鈺雄，前揭註8文，頁109。

³¹ 楊皓清，前揭註18書，頁91。

含變更後罪名)及犯罪嫌疑,不應導致自白之排除,因為被告事實上是否知悉所犯罪名,與自白是否任意性或出於自由意思無關³²。

本文認為,違反罪名及犯罪嫌疑告知義務者,雖然未必導致被告自白欠缺任意性之結果,但自白欠缺證據能力之情形,並不以自白有無任意性為唯一之判斷基準,罪名及犯罪嫌疑之告知義務,係保障被告防禦權之前提,若有違反,仍屬有害於被告防禦權之情形,不能以自白出於自由意志或任意性,即認為縱使違反該款告知義務,仍會導出自白有證據能力之結論(第158-2條第1項參照)。故本文以為,違反該款之告知義務,是否產生無證據能力之結論,仍應以(1)訊問權人是否惡意違反告知義務,(2)被告是否不待告知即已知悉罪名(含變更後之罪名)、犯罪嫌疑而得行使防禦權,若前者為肯定或後者為否定,即屬侵害被告防禦權之情形,仍應認為因此取得之被告自白,欠缺證據能力³³。

三、日本訴因制度下被告防禦權之保障

日本採取訴因制度,亦即規定起訴狀記載公訴事實時,為了明示、特定公訴事實,必須以明示日時、場所、方法之「訴因」形式記載公訴事實(日本刑事訴訟法第256條第2項),進而言之,舉凡犯罪主體(被告)、犯罪之日時、場所、方法、行為之態樣、被害法益之內容、被害人、共犯關係等均應包含在內³⁴,且檢察官於公判期日之冒頭程序(審判期日的首次程序)中必須朗讀起訴書(日本刑事訴訟法第291條第1項)。

戰前日本舊刑事訴訟法第291條第1項規定:訴訟因檢察官之公訴提起而被開始,檢察官於起訴狀中表明「犯罪事實」。但是,當時法院受到職權主義之支配,法院是以起訴狀所載之「犯罪事實」作為審判之「機會」「線索»,然並不受此拘束,亦即在「事件同一性」之範圍內法院具有自由地發現真實、基於此確定事實之權限與義務,例如檢察官起訴竊盜罪之情形,法院若認為係屬強盜罪,彼此間並無何抵觸之處,換言之審判之對象係事件,亦即公訴事實,以事實之同一性為基準,決定訴訟繫屬及既判力之範圍³⁵,此種情形,究竟法院審判之範圍為何,

³² 王兆鵬,〈如何確保自白之任意性〉,收錄於氏著《搜索扣押與刑事被告的憲法權利》,2000,頁241;楊皓清,前揭註18書,頁160。

³³ 何賴傑,前揭註22文,頁127。

³⁴ 渥美東洋,〈訴因の機能〉,載於渥美東洋等著,《增補刑事訴訟法》,1980,頁162。松尾浩也,前揭註16書,頁249。

³⁵ 三井誠,〈訴因制度の意義—訴因対象説の展開—〉,載於松尾浩也編,《刑事訴訟法の争点》,ジュリスト増刊,1979,第125頁。

往往不能單純由檢察官之起訴書為準。但是訴因制度導入後，檢察官以訴因之形式向法院提示公訴事實，就其存否請求法院審判，訴因並非賦予法院審判之開端，法院僅能以訴因所示之事實之存否為範圍進行審判活動，換言之，法院不再是以訴因為「線索」積極追求真實之機關，而僅是判斷檢察官實現刑罰權之要求是否正當之機關³⁶。

反之，日本於採行訴因制度後，已經揚棄了「公訴不可分原則」，就一犯罪事實之一部分起訴者，不論係檢察官有意或無意為之者，原則上均無不許之理，法院亦僅針對檢察官所提出之訴因作為審判之對象，日本實務上認為於侵入住宅竊盜之情形得僅起訴竊盜，強盜致傷之情形得僅起訴強盜³⁷。

訴因制度係於戰後日本刑事訴訟法修正時隨著起訴狀一本主義制度（日本刑事訴訟法第 256 條第 6 項）之導入而一併被採用，係仿自英美法之「Count」制度。然而，該國之訴因制度與英美法之訴因制度不同之處在於，日本刑事訴訟法認為法院作為國家機關之一，對於明顯有害於刑事司法之正確之情形，若完全放手不管，亦非妥當，基於此種觀點，認為法院對於檢察官訴訟之進行仍有一定之發言權，此即該法第 312 條第 2 項所謂「訴因變更命令」，又日本仍然保留了戰前刑事訴訟法所使用「公訴事實」概念，例如該法第 256 條第 3 項規定「公訴事實，必須以明示訴因之方式記載之。」，同法第 312 條規定「法院依檢察官之請求，於不害於公訴事實之同一性之限度內，應准許起訴狀所記載之訴因、罰條之追加、撤回或變更」。故「公訴事實」與「訴因」之關係為何，一直都是日本學界探討之重點所在³⁸。現今日本學者多有主張「公訴事實」即為「訴因事實」，亦即「自檢察官而言為提起公訴之對象，自法院而言係審理判決之對象之犯罪事實」，與訴因為同物異名而已，但如此一來，仍然必須面對公訴事實同一性與公訴事實（訴因）之關係³⁹。在日本，「公訴事實之同一性」不僅劃定訴因變更之界限（日本刑事訴訟法第 312 條），同時也如我國一般，決定了禁止重複起訴之範圍、一事不再理之效力及既判力所及之範圍、撤回公訴後再起訴限制之範圍等，故公訴事實同一性範圍之寬窄，在不同之地方，會對被告利益產生截然不同之影響⁴⁰。所謂公訴事

³⁶ 高田卓爾，〈公訴事實・訴因（第 6 章）〉，載於高田卓爾、小野慶二編，〈刑事訴訟法の基礎〉，1975，頁 159。

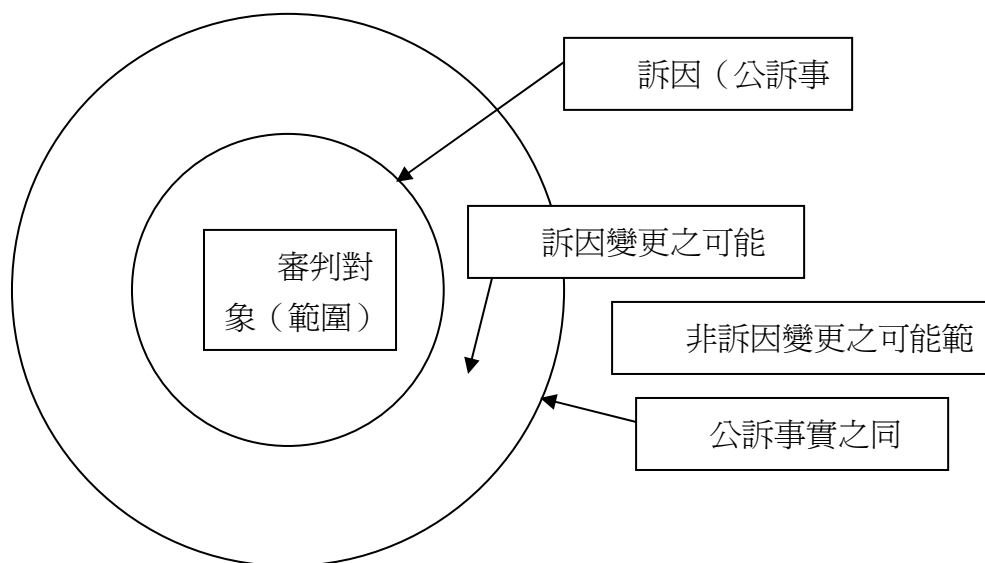
³⁷ 松尾浩也，前揭註 16 書，頁 159, 166。

³⁸ 臼井滋夫，〈訴因及び公訴事實〉，載於青柳文雄等著，〈註釈刑事訴訟法〉，第 2 卷，1980，頁 396；三井誠，前揭註 35 文，頁 125。

³⁹ 三井誠，前揭註 35 文，頁 126。

⁴⁰ 在判斷公訴事實同一性之有無時，若對於同一性作廣泛認定，訴因變更多會被承認，雖有利於公益，但對於被告則有不利益，反之，若對同一性作狹義之認定，則一事不再理之效力範圍即因而變窄，可能廣泛地再行被起訴，對於被告之立場亦有不安定之處。見小瀨保郎，〈公訴事實の同一性〉，載於松尾浩也編，〈刑事訴訟法の争点〉，ジュリスト増刊，1979，頁 138；

實之同一性，係一具高度評價性之概念，有學者認為係指已經由起訴狀以訴因之形式法律上構成之具體事實（訴因）及以此為基礎作為檢察官之心證形成、產生之關於特定犯罪事實之表現而應構成新的訴因之事實之間對比，二者是否具有同一性之判斷⁴¹，亦有學者認為必須綜合犯罪主體（被告）、犯罪之日時、場所、方法、行為之態樣、被害法益之內容、被害人、共犯關係等要素，對比檢察官與被告之利益來加以判斷⁴²。單以審判之對象以觀，訴因與公訴事實同一性之關係，可以做如下的理解：



然而，由於日本刑事訴訟法在採取訴因制度之同時，亦規定了訴因變更之制度，訴因制度中法院受檢察官所主張之訴因之拘束而不能認定訴因拘束力所及範圍之外之事實，但若有認定訴因外之事實之必要時，原則上必須經過訴因變更之程序⁴³，舉凡構成要件之變動（如竊盜變為故買贓物、詐欺變為侵占、未遂犯變為既遂犯、過失犯變為故意犯）、或構成要件雖未變動但事實關係有所變化（如有被告不在場證明之日時、場所變動，詐欺之欺罔手段或被害人之變動，殺人罪殺害手段與兇器之變動，財產犯罪之被害物件及被害額之增加，作為犯變為不作為犯等）、罪數之變更等均應經訴因變更之程序⁴⁴，此處之變更，並非單純訴因內容

松尾浩也，前揭註 16 書，頁 249。

⁴¹ 臼井滋夫，前揭註 38 文，頁 416。

⁴² 松尾浩也，前揭註 16 書，頁 249。

⁴³ 例外情形，若檢察官主張之訴因與證據上被認定之事實僅有些微差距時，若一定要求變更訴因，將造成程序之繁瑣，反於迅速裁判之理由，故在一定之範圍內，可以承認法院可不經變更程序而認定訴因外之事實，見高田卓爾，前揭註 36 文，頁 166。

⁴⁴ 高田卓爾，前揭註 36 文，頁 168。

之改變（不致訴因變更者），而是包含了舊訴因之撤回及新訴因之追加⁴⁵。無論是檢察官於提出證據前即已發現訴因應予變更，或經過證據調查程序後認為應予變更，均得由檢察官向法院提出書面之「訴因變更許可請求書」及繕本之方式加以變更，法院除有害於「公訴事實同一性」之情形外，必須准許變更，且法院應將「訴因變更許可請求書」繕本送達被告，並在公判期日朗讀之，若被告在庭而檢察官向公判庭請求許可變更之情形，則例外地可以口頭代之（日本刑事訴訟規則第 209 條）。此外，日本刑事訴訟法第 312 條第 2 項又規定「法院鑑於審理之經過，認為適當時，得命令訴因或罰條之變更或追加。」，此即「訴因變更命令」，法院必須以裁定之方式行之，而無需經言詞辯論（日本刑事訴訟法第 43 條第 2 項），且通說認為係法院關於訴訟指揮之裁定，對此檢察官有服從之義務，與審判長基於釋明權之行使（日本刑事訴訟規則第 208 條）勸告或教導訴因變更者不同⁴⁶，又變更命令並非法院之義務，蓋在當事人主義之下，審判之對象係由檢察官設定而非法院設定，且此一變更命令對於被告之防禦權保障並非有利。對於訴因變更命令，檢察官雖於法律上有服從之義務，但若事實上不予服從，仍不發生變更之效果（否定訴因變更命令之形成力）⁴⁷。

若檢察官並未變更訴因，法院仍逸脫訴因而進行事實認定之情形，即使是在公訴事實之同一性範圍內，仍屬日本刑事訴訟法第 378 條第 3 款後段之「未請求審判之事項予以判決」之絕對上訴第三審理由⁴⁸。

雖日本導入訴因制度，除保障被告受告知與防禦之機會外，亦有也拘束審判內容之意（訴因對象說），然即令如此，其作為保障被告防禦權、防止突襲被告之程序上意義，仍然值得注意，在嚴格之訴因制度與訴因變更制度下，被告對於檢察官起訴書中所記載之訴因，以及檢察官嗣後變更之訴因，均有充分之機會得知，法院亦無權踰越起訴書所載之訴因或嗣後變更之訴因而為不同或擴張之事實認定，對於被告之防禦權保障，顯較我國為充分，故日本刑事訴訟法第 291 條第 2 項僅規定：「審判長於（檢察官）之朗讀起訴狀結束後，必須對被告告知得始終沈默、或對於個別之質問拒絕陳述之要旨，及其他裁判所規則所定之保護被告權力之必要事項，並給予被告及辯護人就被告事件陳述之機會。」，並無如我國刑事訴訟法第 95 條第 1 款規定應告知被告犯罪嫌疑及所犯所有罪名之規定，其原因應在此。

⁴⁵ 松岡正章，〈訴因の變更命令〉，載於高田卓爾、小野慶二編，《刑事訴訟法の基礎》，1975，頁 175。

⁴⁶ 松岡正章，前揭註 45 文，頁 175。

⁴⁷ 三井誠，前揭註 35 文，頁 126。

⁴⁸ 三井誠，前揭註 35 文，頁 126。

肆、 告知義務—緘默權

一、 自白與不自證己罪論爭

對於犯罪偵查者而言，最有效發現真實的偵查方法即為「從被告身上獲取犯罪之資訊。」是以不論是歐陸法系或英美法系，偵查機關尤其依賴被告的自白，甚至已經達到一種認定自白是主證據或證據之王的「自白情結」⁴⁹，認為被告是整個犯罪事實的核心人物，因而導致被告成為主要取證的對象，其他證據方法僅是補強證據。在以被告為刑事程序的客體的思維下（糾問制度），為了取得被告之自白，產生了「刑求逼供、恐嚇取證、灌食藥劑」等違反基本權利的情況⁵⁰。基於人權思考的演進，被告在刑事程序中取得主體的地位，對於被告自白的取證也逐漸採取限縮的態度，其中尤以不自證己罪原則（*nemo-tenetur-Prinzip, the privilege against self-incrimination*）的確立，影響最為深遠，基於不自證己罪的基礎，開展而出緘默權利（被告面對任何犯罪嫌疑指控得保持緘默，拒絕陳述），已經逐漸成為普世認可的刑事被告之權利。

在刑事程序中，被告有權利要求說明、辯護，國家機關則有聽取的義務。惟要求國家機關不得從被告得到資訊，並不切實際，不論是供述證據或非供述證據，被告始終是第一手資訊的擁有者，是以在刑事程序中，從被告處取得資訊一直是國家機關不得不然的手段，是以國家機關與被告在刑事程序中處於緊張的狀態，惟二者之間的攻防，被告相對於法律知識能力的不足，顯然處於不利地位，是以為落實保障緘默權利，國家機關在訊問時，必須告知被告其擁有不回應任何指控的權利，得保持緘默，俾利調整雙方的攻防力量。惟如國家機關罔顧告知義務而取得被告自白，對於被告而言，緘默權利已受侵害，重要的是如何救濟？以下先從美國的案例說明其處理模式，後介紹德國規定適用情形，並簡介日本實務與學說對於告知義務的見解，最後探討我國的刑事訴訟法第 95 條第 2 款規定之適用情形，以及在證據法上的處理。

⁴⁹ 陳志龍，〈證據法則之修正方向〉，載於《刑事訴訟法改革對案》，2000.10，頁 190-195。

⁵⁰ 參我國刑事訴訟法第 156 條第 1 項規定；德國 §136a StPO，內容說明請參 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，《德國刑事訴訟法》，1998 初版，頁 264-269。Beulke, Strafprozessrecht, 7.Aufl. (2004), S. 73-80。

二、美國 Miranda Rule 演進

(一) 1966 之前

美國在 1791 年增修憲法條文 10 條，又稱爲人權條款清單 (the Bill of Rights)，其中增修條文第 5 條爲不自證己罪之規定⁵¹。在 1966 年 Miranda 判決確定之前，因爲聯邦憲法的效力要適用到各州必須經由 1866 年增修的憲法第 14 條增修條文⁵²的解釋才具有適用的效力（規定各州未經過正當法律程序，不得剝奪人民的生命、自由、財產）。

原先在美國各州及聯邦的犯罪調查皆設有特別偵查人員（廣義的警察，具有偵查主體的地位），專就特定事項負偵查之責（如聯邦調查局，F.B.I.專司調查一般刑事案件；各州則有賴職業警察），之後因爲警察偵查屢屢侵犯人權，聯邦最高法院（the Supreme Court of the United States）逐漸利用憲法增修條文介入各州的案件。針對被告自白的部分，聯邦最高法院以『任意性（voluntariness）』爲判斷標準，認爲被告自白出於非任意者（指不正當法律程序），不得做爲證據。亦即將聯邦憲法增修條文第 5 條，透過增修條文第 14 條而適用於各州裁判案件⁵³。

所謂任意性的標準，聯邦最高法院係採取全盤情況的考量，所謂影響自白任意性，並不僅限於偵訊人的某種作爲（如強暴、脅迫或利誘等）⁵⁴，或是不作爲（如未告知被告具有緘默權、辯護權）⁵⁵，同時，存在於報告本身特有的情況（被

⁵¹ AMENDMENT V (1791)

“No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; **nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself**, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

⁵² AMENDMENT XIV (1866) Section 1.

“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; **nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law**; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

⁵³ 黃東熊，〈美國刑事訴訟制度〉，載於《刑事訴訟法研究第二冊》，1999.04，頁 378-381。

⁵⁴ *Fikes v. Alabama*, 352 U.S. 191 (1957).
中文說明詳參黃東熊，前揭註 53 文，頁 381-382。

⁵⁵ *Payne v. Arkansas*, 356 U.S. 560 (1958).
中文說明詳參黃東熊，前揭註 53 文，頁 381-382。

告之教育程度、社會經驗)，亦足以使被告喪失自白之任意性⁵⁶。其中對於認定緘默權告知為被告自白任意性要件，最為明確的判決為 1964 年 Escobedo 判決⁵⁷，該判決明確表示，如果警察不為緘默權之告知，而要求被告為自白，該自白因為欠缺有效的緘默權告知，不得作為證據（無證據能力）⁵⁸。是以在 1966 年 Miranda 判決之前，聯邦最高法院已經在確立憲法增修條文第 5 條的適用性，確保被告自白的任意性。

（二） Miranda 判決

關於被告不自證己罪的緘默權在比較法上，最著名的案例為美國聯邦最高法院在 1966 年以 6 比 3 多數意見解釋該國憲法增修條文第 5 條，所創立的 Miranda 判決⁵⁹，該判決承繼 1964 年 Escobedo 判決⁶⁰，宣示警察在訊問「被逮捕拘禁的被告」前，必須對被告先為以下警語告知⁶¹：

1. You have a right to remain silence.

（你有權保持緘默）

2. Anything you say can be used against you in a court of law.

（你所供述之一切情事可作為指控你的證據）

3. You have the right to the presence of an attorney.

（你有權委任律師到場）

4. If you cannot afford an attorney one will be appointed for you prior to any questioning.

（若無資力聘請律師，在進行任何訊問之前，你有權獲得法院指派辯護律師）

⁵⁶ *Reck v. Pate*, 367 U.S.433 (1961).
中文說明詳參黃東熊，前揭註 53 文，頁 381-382。

⁵⁷ *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

⁵⁸ 378 U.S., at 490-491:
“the suspect has been taken into police custody, ... ,and the police have not effectively warned him of his absolute constitutional right to remain silent...”

⁵⁹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).
中文詳參蔡秋明，〈美國法中有關非法取得自白之排除—以米蘭達判決為中心〉，《律師通訊》，第 196 期，1996.01，頁 61-73。

⁶⁰ 384 U.S., at 465-466.

⁶¹ 384 U.S., at 467-473, 479.

(三) Miranda Rule 適用與限制

Miranda 判決所適用之情形⁶²：

1. 為被告被逮捕、受拘禁、或失去行動自由（custodial）而接受訊問（interrogation）之情形⁶³。
2. 並且該被告於訊問中仍舊保有緘默權，得隨時援用而保持緘默，當其行使緘默權時，警察必須中止訊問。而當犯罪嫌疑人選任辯護人時，未經辯護人在場，不得為訊問，違反者該訊問之所得自白不得作為證據使用⁶⁴。
3. 未經辯護人在場所作成的偵查訊問之自白，國家機關（指檢方）必須證明對於被告告知義務已經完成，並且放棄其權利（指擁有律師在場權）。否則該自白無證據能力⁶⁵。
4. 不得推定（presume）「被告經合法告知權利後，仍為陳述，即為已合法有效地拋棄權利。」⁶⁶
5. 告知義務雖已踐行，但是不給予被告行使之機會，仍屬違反告知義務，該證據不得提出於法院。

從上述介紹可知，1966 年之前，聯邦最高法院對於各州審判的案件，雖然得依憲法增修條文第 5 條及第 14 條，介入審查，但是所審查的是「個案」的自白任意性問題；1966 年 Miranda 判決之後，進而要求自白的取證必須經過履行『緘默權、受律師協助權之告知義務』的通案審查，自白才能取得證據能力。對於聯邦最高法院的態度，美國學界與實務界也引起不同的反應。

首先應予以說明，正如該判決中其他三位持反對意見的大法官所述，美國憲法增修條文第 5 條的內容，並未指示國家機關在偵訊前（before any questioning of

⁶² 劉海倫，《緘默權之理論與實務》，臺灣大學碩士論文，2003.06，頁 16-17。

⁶³ 384 U.S., at 460-464.

⁶⁴ 384 U.S., at 473-474:
“If the individual indicates, prior to or during questioning, that he wishes to remain silent, the interrogation must cease; if he states that he wants an attorney, the questioning must cease until an attorney is present.”

⁶⁵ 384 U.S., at 475:
“Where an interrogation is conducted without the presence of an attorney and a statement is taken, a heavy burden rests on the Government to demonstrate that the defendant knowingly and intelligently waived his right to counsel.”

⁶⁶ 384 U.S., at 475:
“But a valid waiver will not be presumed simply from the silence of the accused after warnings are given or simply from the fact that a confession was in fact eventually obtained.”

interrogations) 必須對於被告為權利之告知，憲法所保障的是國家機關不得強迫被告自證己罪，並未要求權利告知⁶⁷，因此受告知 *Miranda Warnings* 並非是憲法的權利，僅是一種預防措施⁶⁸！

針對聯邦最高法院認為 *Miranda Warnings* 僅適用於犯罪嫌疑人處於監禁下 (custodial)⁶⁹之訊問 (interrogation)，其認為因為被告在監禁下之訊問，其偵訊環境、氣氛 (circumstance) 具有嚴重的脅迫感，違背「不自證己罪」的原則，是以被告必須被告知其具有保持緘默的權利，除非是犯罪嫌疑人知悉該權利的內容 (awareness, intelligence of the rights)，並且在自願 (voluntary) 下放棄其權利，否則該訊問所得的自白不得做為證據。對於此見解，如果是警方在未訊問之前，犯罪嫌疑人主動供述，則不要求警方應該進行 *Miranda Warnings*，而且在緊接的回應之範圍，皆毋須適用⁷⁰。

對於聯邦最高法院的 *Miranda Rule*，該國學者之間的意見並非皆處於贊成之一方，依學者解讀⁷¹，保守派認為過度保護被告，限制警察的辦案空間。自由派則認為該判決尚未能有效保護被告，自白仍有可能出於非自由意志，未能抑制警察製造不當的行為。認為應該限制 *Miranda Rule* 適用者提出「律師若已與當事人見面，且於警訊時在場，則被告不得主張緘默權。」避免偵查受到過度限制。而主張 *Miranda Rule* 對於被告之人權保障仍未盡完善者，有主張任何被告之警訊自白皆不得為證據，或有主張被告得於一定之期間內撤銷其自白。

因為 *Miranda Rule* 的警語告知要求已經超過憲法增修條文第 5 條的文義範圍，美國實務界（警、偵）對犯罪事實的調查程序 (investigatory process) 受到偌大影響，動輒得咎使得證據無法提出於法庭（無證據能力），是以聯邦最高法院在

⁶⁷ 384 U.S., at 504-508:

Mr. Justice Harlan, Mr. Justice Stewart and Mr. Justice White join, dissenting: “that the proposition that the privilege against self-incrimination forbids in-custody interrogations without the warnings specified above and without a clear waiver of counsel has no significant support in the history of the privilege or in the language of the Fifth Amendment.”

⁶⁸ 美國聯邦第四巡迴上訴法院 (U.S. 4th Circuit Court of Appeals)，在 1999 年作出 *United States v. Dickerson* (166 F.3d 667 (4th Cir. 1999)) 判決認為：「*Miranda Warnings* 只是一個預防性措施，未為該告知義務，並未構成違憲。」轉引自劉海倫，前揭註 62 書，頁 22。然而該件判決旋即被聯邦最高法院撤銷 (reversed)，See, *Dickerson v. U.S.*, 530 U.S. 428 (2000).

⁶⁹ 所謂監禁，不僅係指因逮捕而被拘禁，包括犯罪嫌疑人在警察有效的控制範圍中亦屬之。See, *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S.291, 300 (1980).
“It is clear therefore that the special procedural safeguards outlined in *Miranda* are required not where a suspect is simply taken into custody, **but rather where a suspect in custody is subjected to interrogation.**”

⁷⁰ 除非是警方故意設計對話或行動，促使犯罪嫌疑人進行自白，亦即如果警方可以預見會有自白，即應適用 *Miranda Warnings*，請參劉海倫，前揭註 62 書，頁 18-19。

⁷¹ 王兆鵬氏之解讀，詳參前揭註 32 書，頁 246-249。

1980 年做出判決表示，警察對於被告應為 Miranda Warnings，被告受有緘默權告知之權利並非是憲法保障之權利，亦即並非是憲法增修條文第 5 條及第 14 條的核心內容，僅是一種程序保障措施（procedural safeguards）⁷²，其目的在於強化第 5 條及第 14 條之實行⁷³。亦即刑事訴訟程序追求真實發現的要求，與被告緘默權之保護，皆不應該被忽略⁷⁴，是以在二者之間取得平衡，則 Miranda Rule 內容並非不得修正。

聯邦最高法院除了在之後判決後續說明 Miranda Rule 適用範圍之外，並且認為即便警方違背告知義務，被告在審判中宣示作證時，其之前的自白仍得作為彈劾證據⁷⁵。聯邦最高法院認為被告雖有不自證己罪保護，但是並非意味被告具有偽證的權利（right），所以只要該自白是屬於依自由意志所做作成，雖未為 Miranda Warnings 不得提出於審判庭作為實質證據（substantive evidence），但仍得以之為彈劾證據（impeachment evidence）⁷⁶。

三、 德國 § 136 StPO 說明

（一） 內容說明

德國刑事訴訟法將告知義務（Belehrungspflicht）規定在 §136 StPO⁷⁷，其明文

⁷² 446 U.S., at 298.

⁷³ 446 U.S., at 297.

⁷⁴ *Moran v. Burbine*, 475 U.S.412, 426 (1986).

⁷⁵ 被告行使緘默權，則該緘默無論如何不會被作為彈劾證據。本段係指違反告知義務所得之自白，雖無證據能力，但得作為彈劾證據。

⁷⁶ *Harris v. New York*, 401 U.S. 222(1971); *Oregon v. Hass*, 420 U.S.714 (1975).判決轉引自劉海倫，前揭註 62 書，頁 20。

⁷⁷ §136 StPO (<http://www.gesetze.2me.net/stpo/>)

(1) Bei Beginn der ersten Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. Er ist darauf hinzuweisen, daß es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. Er ist ferner darüber zu belehren, daß er zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann. In geeigneten Fällen soll der Beschuldigte auch darauf, dass er sich schriftlich äußern kann, sowie auf die Möglichkeit eines Täter-Opfer-Ausgleichs hingewiesen werden.

(2) Die Vernehmung soll dem Beschuldigten Gelegenheit geben, die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen und die zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen geltend zu machen.

(3) Bei der ersten Vernehmung des Beschuldigten ist zugleich auf die Ermittlung seiner

規定在國家機關對於被告為人別訊問（個人資料的查證，確定被告身分）之後⁷⁸，犯罪事實訊問之前，必須先行告知義務。

在 §136 I 2 StPO 規定中，國家機關對於被告開始第一次訊問前，首先必須告知被告，其被控訴的罪名（除了在警察訊問的情形外，§163a IV StPO）。接著告知被告對於犯罪事實的訊問有權拒絕陳述。並得在訊問前與其所選任的辯護人進行討論⁷⁹。

國家機關在訊問時，除了告知義務之踐履外，必須對於被告是否瞭解該告知義務之情形，予以確認，如果被告已經無行為能力，則其無法對於該權利告知 (§136 StPO) 有所正確的反應，基於此，應不得進行訊問，如果予以訊問，應認為無行為能力人所為之訴訟行為為無效⁸⁰。（這是無效告知的情形）

§136 StPO 明文規定在國家機關第一次訊問被告時，必須履行告知義務，惟在下述情況，學說認為應該不適用告知義務之要求。首先是在所謂自動的表明犯罪（spontane Äußerungen，自發性陳述）的狀況，在國家機關尚未鎖定被告是誰時，被告自行向國家機關為陳述，因為當時對於國家機關的主觀認識而言，該陳述人之被告地位尚未形成，而且依照客觀說的標準看待，亦不認為被告地位已經形成，自無可能要求國家機關踐行告知義務。然而在國家機關聽取被告自發性陳述之後，如果要進行訊問，因為被告之地位已經形成，國家機關應該踐履其告知義務，才可以進行犯罪事實之訊問⁸¹。其次是所謂的（犯罪）資訊探知的訊問（informativische Befragungen，探聽消息），該情形係國家機關尚未鎖定被告，僅係主動地查詢，當時在國家機關的主觀意識並未認定被告，況且依照客觀說的標準認為，被告地位尚未形成，自無要求國家機關踐履告知義務之可能。不過批評意見認為，這樣子太過容易讓國家機關藉此逃避告知義務之履行⁸²。是以認為仍應該基於如果認定行為人之後，則應該立即踐行告知義務。否則仍應屬於違反告知義務。

persönlichen Verhältnisse Bedacht zu nehmen.

⁷⁸ 對於人別資料的訊問，在德國法中，被告並無拒絕陳述之權利，德國 §136 I 2 StPO 係規定被告對於犯罪事實之訊問，有拒絕陳述之權利，對於人別資料的訊問則無拒絕權。如果被告無故拒絕陳述，得依德國秩序違反法第 111 條規定，對於被告處以罰鍰。詳參 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，前揭註 50 書，頁 260-262。

⁷⁹ Vgl. nur Beulke, a.a.O., S. 65.

⁸⁰ 參 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，前揭註 50 書，頁 215。

⁸¹ Vgl. Beulke, a.a.O., Rn. 118.

⁸² Vgl. Beulke, a.a.O., Rn. 118.

（二）適用階段

§136 StPO 規定，在被告地位形成後，國家機關對於被告進行訊問的程序階段皆適用之，依德國法規定 im Ermittlungsverfahren（偵查程序），依照§163a StPO 規定不論是 die Polizei（係指司法警察（官）），der Staatsanwalt（檢察官），或是 der Ermittlungsrichter（偵查法官）為訊問主體，皆必須履行告知義務。依照 § 243 IV StPO 在主審判程序（in der Hauptverhandlung，指德國正式之審判程序）中亦同⁸³。

（三）違反效果

德國是成文法國家，立法明文規定 § 136 StPO 告知義務，其適用於刑事程序中並無疑問（與美國法不同），惟在刑事程序中違反該告知義務，所得的被告自白是否具有證據能力（證據是否禁止使用）？

對於國家機關違反告知義務之情形，德國聯邦最高法院（BGHSt 22, 170, 173ff.; 31, 395, 398）初始認為 §136 StPO 係一般的訓示規定（eine bloße Ordnungsvorschrift，單純的程序規定），違反告知義務所取得的自白證據，仍得使用⁸⁴。

之後，聯邦最高法院改變見解（BGHSt 25, 325, 331），認為在主要審判程序中，認為法院未依照 § 243 IV 1 StPO 履行 § 136 StPO 告知義務，則審判中所取得的自白，應該禁止使用⁸⁵。然而該判決並未認定警察違反告知義務，所取得的自白不得使用⁸⁶。

對於上述聯邦最高法院的意見，德國學界多採取批評的態度⁸⁷，最後，聯邦最高法院基於緘默權的理念，判決（BGHSt 38, 214）認為不需對不利於己為陳述（不自證己罪），亦是刑事訴訟的原則，警察對於被告為訊問時，違反告知義務，其所

⁸³ Vgl. Beulke, a.a.O, S. 64.

⁸⁴ Vgl. Beulke, a.a.O, S. 65.
中文說明請參 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，前揭註 50 書，頁 249。

⁸⁵ Vgl. Beulke, a.a.O, S. 65.

⁸⁶ Claus Roxin 著，吳麗琪譯，前揭註 50 書，頁 249。

⁸⁷ Fezer, JR 92, 385; Roxin, JZ 92, 923; Kiehl, NJW 93, 501.

得的自白證據，應被禁止使用⁸⁸。

對於違反告知義務的例外情況，德國聯邦最高法院認為仍可以使用所得的自白證據。(1) 確定被告知悉自己的緘默權利。(2) 被告有委任辯護人，之後在審判程序中表示，其同意之前的陳述得為證據之使用。(3) 被告在刑事訴訟法第 257 條 (§ 257 stop)，對於證據之證據能力得異議的時間內，未能提出異議⁸⁹。(4) 被告雖未委任律師，但是經過審判長告知其對於之前違反告知義務所取得的自白之證據能力，可以異議，卻未異議時，該證據亦可以使用。對於聯邦最高法院的意見，學者表示贊同，因為被告係在知悉緘默權的情形下自願陳述，或是被告係在知悉其具有異議權時，卻未進行異議，補行同意權⁹⁰。

四、日本默秘權（緘默權）簡介

日本憲法第 38 條第 1 項明文保障被告默秘權，其規定：「任何人不被強制要求對自己為不利之供述。」（即拒絕自己犯罪特權 *Privilege against self-incrimination*），日本刑事訴訟法第 198 條第 2 項規定「前項調查（按指檢察官、檢察事務官、司法警察對於犯罪嫌疑人之調查）之際，必須對於犯罪嫌疑人特別告知不必要違反自己之意思而為供述之意旨。」，第 311 條第 1 項規定「被告得始終沈默，或對於個別質問拒絕供述」，第 291 條第 2 項規定「審判長於起訴書朗讀完畢後，必須對被告告知得始終沈默、或對於個別之質問拒絕陳述之要旨，及其他裁判所規則所定之保護被告權力之必要事項，並給予被告及辯護人就被告事件陳述之機會。」此均為日本刑事訴訟法上被告默秘權之相關規定。

舉凡與供述無關之指紋、足型採取、身體檢查、寫真攝影等證據收集手段，通說認為並非被告得行使默秘權之範疇，至於催眠、測謊等，涉及被告供述，即屬被告得行使默秘權之範疇⁹¹，至於默秘權之行使範疇是否包含人別訊問之範疇，日本最高裁判所之見解認為姓名年籍原則上不屬於憲法默秘權之範圍，但學說上亦有從默秘權係指拒絕「一切的」供述立場出發，採取反對之見解⁹²。

對於違反上開告知義務，而侵害被告或犯罪嫌疑人默秘權之情形，關於因此

⁸⁸ Vgl. Beulke, a.a.O, S.66.

⁸⁹ Vgl. Beulke, a.a.O, S.258.

⁹⁰ Claus Roxin 著，吳麗琪譯，前揭註 50 書，頁 249-250。

⁹¹ 松本一郎，〈適正な取調を保障する手段〉，載於渥美東洋等著，《增補刑事訴訟法》，1980，頁 38。

⁹² 松本一郎，前揭註 91 文，頁 40。

而取得之供述證據，在證據能力方面是否有所影響？在日本有不同之解釋方式，其一是立於「自白法則」而解釋，並採取「虛偽排除說（以自白之真實性為基準）」或「人權擁護說（以自白之任意性為基準）」⁹³之見解，認為未告知被告默秘權，並不會因而使被告供述之任意性或真實性受到影響，故該自白之證據能力亦不受影響，蓋縱使被告誤信有供述義務，亦不致產生違反任意性或真實性之自白。但亦有主張若訊問權人「故意」利用被告誤信有供述義務之情形，則應該解釋為利用供述者之無知而強制其陳述，屬於違反人權之情形而應該例外地加以排除⁹⁴。日本最高裁判所採取此種見解，認為「在調查犯罪嫌疑人時未特別告知該人所享有之供述拒絕權，並不會使基於此調查而取得之犯罪嫌疑人之供述喪失任意性。」⁹⁵，且學說亦認為，不告知被告之默秘權（緘默權），通常並不能解釋為「強制」，即使因此而使被告誤信為有供述之義務，通常也應該被理解為被告係誤認為有「真實供述」之義務，故不能認為有誘發虛偽自白之可能⁹⁶。

但亦有學者從自白法則之「違法排除說」出發，或改從違反上開義務係侵犯默秘權此一憲法保障之角度來觀察，認為在違反上開告知義務，造成「事實上強迫受訊問人陳述」之結果時，即屬違反憲法第 38 條第 1 項之規定，此涉及自白法則與默秘權制度之交錯，並不能認為欠缺自白之任意性，亦無證據使用禁止之問題⁹⁷，而應排除此等供述之證據能力⁹⁸。

五、 刑訴第 95 條第 2 款適用說明

歸結以上的說明，可以發現，美國的 Miranda Rule 並未說明國家機關在對被告為人別訊問前是否需進行告知義務，依照判決文字，在任何訊問之前皆必須履行告知義務，顯然人別訊問及前科紀錄皆受到緘默權的保障；而德國法則認為被告對於緘默權的主張不及於人別訊問，僅對於犯罪事實之訊問得主張緘默權。試比較相關規定如下表：

⁹³ 光藤景皎，〈自白の許容性 證明力〉，載於渥美東洋等著，『增補刑事訴訟法』，1980，頁 183。

⁹⁴ 萩原太郎，〈供述義務ありとの誤信に基く自白〉，載於熊谷弘等編，『證據法大系 II』，頁 95。

⁹⁵ 最判昭和 28.4.14 刑集 7 卷 4 號，頁 841。

⁹⁶ 平野龍一，〈默秘權〉，『刑法雜誌』，2 卷 4 號，1951，頁 228。

⁹⁷ 岡村治信，〈默秘權の告知のない自白〉，載於熊谷弘等編，『證據法大系 II』，頁 156。

⁹⁸ 松本一郎，前揭註 91 文，頁 52。

緘默權	美國	德國	日本
法規依據	聯邦憲法增修條文第 5 條、第 14 條。 Miranda v. Arizona, 386 U.S. 436 (1966)	聯邦 §136 I StPO §163a StPO §243 StPO	憲法第 38 條第 1 項， 刑事訴訟法第 311 條 第 1 項、第 198 條第 2 項、第 291 條第 2 項。
告知義務人	警察（Miranda Rule） 檢察官、法官	警察、檢察官、偵查 法官、法官	警察、檢察官、法官
適用範圍	所有訊問皆得拒絕陳 述。	第一次犯罪事實的訊 問應為告知。 不及於人別訊問。	刑訴第 291 條第 2 項。（對於人別訊問不 得拒絕陳述）
適用要件	訊問處於拘禁狀態中 的被告。	被告地位形成即應為 告知。	？
違反結果 （實務）	該自白證據排除。	該自白證據不得使用 （無證據能力）。	調查時未告知並不會 使得被告喪失任意 性，是以不直接認定 自白無證據能力。
例外情形	該自白雖不得作為實 質證據，但具有任意性 時可作為彈劾證據。	被告知悉緘默權！ 被告事後同意使用。 被告未為異議。 具有任意性時，該自 白仍得使用。	？

由此觀之，我國 1997 年增訂刑事訴訟法第 95 條第 2 款之緘默權告知義務「訊問被告應先告知左列事項：二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。」其實是選擇各國規定而為綜合體例，其由增訂理由中亦可觀之⁹⁹。

第 95 條第 2 款並未規定告知義務主體，僅是闡釋被告具有緘默的權利，審判法官、檢察官訊問必須告知。對於司法警察（官）進行調查（第 71-1 條詢問犯罪嫌疑人）時是否必須踐履告知義務？刑事實務界認有疑義，遂又於 1998 年修訂刑事訴訟法第 100-2 條規定：「於司法警察（官）訊問犯罪嫌疑人時準用。」¹⁰⁰

⁹⁹ 刑事訴訟法第 95 條增訂理由：「現代各國法律，多設有緘默（或拒絕陳述）權之規定。其於刑事訴訟法中規定者，如德國、日本、義大利、新加坡等是，於憲法判例中承認之者，如美國是。」

¹⁰⁰ 本文認為實務界誤解我國刑事偵查程序的體系，我國刑事偵查程序係以檢察官為偵查主體，司法警察（官）作為檢察官之偵查輔助人，其調查之程序本就應依照檢察官偵查之程序進行，是以不應以被告、犯罪嫌疑人，訊問、詢問等名詞差異，而認為司法警察（官）並無需適用第 95 條規定，進而規定第 101-2 條。雖然規定明確，反而產生誤解，以為本來僅有法官、檢

關於第 95 條第 2 款規定之緘默權，被告於人別訊問時，得否主張，我國於第 286 條規定，審判程序於朗讀案由之後，即進行第 94 條人別訊問，之後由檢察官進行陳述起訴意旨，再由審判長告知被告第 95 條規定之事項。是以由法條規定之審判程序觀之，被告於審判中並無法援引緘默權拒絕人別訊問。此一部份與德國、日本的規定相符合。

對於緘默權告知義務的行使要件，我國規定並未如美國 *Miranda Rule* 規定警察是在訊問受拘禁狀態（*custodial*）的被告下適用 *Miranda Warnings*，而係在訊問被告時，即須踐行告知義務。至於是否僅於第一次訊問告知即可，我國並未明文規定，但由德國 §136 StPO 肯認履行義務人於第一次訊問被告時，告知緘默權即可¹⁰¹。

關於第 95 條的適用要件，我國並未如美國 *Miranda* 判決認為對於拘禁狀態中的被告訊問時適用之，是以我國第 95 條應該與德國法 §136 StPO 規定相同，凡是被告地位形成，國家機關進行訊問就應該予以告知。

對於緘默權的告知，核心在於保障被告的不自證己罪權利，是以所謂的告知並非是依照書面以口語朗讀條文，依據刑事訴訟法第 2 條訴訟上客觀照料義務，審判長應該注意被告是否能夠理解緘默權的內涵與權利行使的時點。如果僅是單純的告知被告具有緘默權，本文認為該告知並無實質被履行，應屬於未告知之狀況。

六、證據能力的處理

（一）實務見解

對於第 95 條告知義務的違反，各款內涵的權利本不相同，應該個別處理。我國實務對於緘默權的告知義務違反，一向是以『被告自白的任意性』進行審查¹⁰²，

察官必須履行緘默權告知義務。本文以下所指的被告意涵包含所謂的犯罪嫌疑人，訊問意涵包含詢問。

¹⁰¹ 不過我國實務界，對於說文解字的功夫精深，既然法條沒有明文第一次訊問要告知，於是每一次訊問都進行告知，因為訊問記錄的電子化，更是直接在訊問筆錄上直接登載，防止訊問人未進行告知。然而告知的核心在於使被告理解其具有拒絕陳述的權利，我國實務界雖然有訊問告知，卻未重視緘默權核心—不自證己罪。最嚴重的問題，在於反正有告知就可以，如果第一次沒告知，沒關係，之後補告知也算數，參最高法院 91 年度台上字第 4135 號判決。

¹⁰² 我國實務（最高法院）對於自白的審查，一向是以『任意性』與『真實性』作為證據能力審查基準，亦即只要符合『任意性』、『真實性』，則認為被告的自白具有證據能力。此種觀點主

其並非著重在於被告不自證己罪權利的保障，注重者為被告的供述是否為出於自願（自由意志），亦即認為告知義務之違反，並非係刑事訴訟法第 156 條第 1 項所規定不正方法¹⁰³，所以被告的自白，只需經過自由證明認為其陳述時，是基於自由意志所為（調查人員於訊問被告時，未告知得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述，踐行之程序稍有瑕疵，但無礙被告訴訟上之供述自由權¹⁰⁴），則該自白的證據能力即受到肯定，而得作為裁判之基礎。

對於告知義務的違反，最高法院囿於刑事訴訟法第 156 條第 1 項規定，該規定於 2003 年 2 月 6 日之前，乃屬我國唯一明文規定的證據禁止使用條文，是以要將告知義務的違反，直接認定不具有證據能力而禁止使用，必須是屬於第 156 條第 1 項規定之不正方法。也因此必須將告知義務之違反認定是屬於不正方法，才能適用第 156 條第 1 項。如此的邏輯推斷並不正確。誠如學者所言，我國實務對於證據禁止使用態度的保守，實乃誤認為禁止取證才能決定證據禁止使用¹⁰⁵。而忽略證據禁止本身應該為獨立之考量。

（二） 本文意見

本文認為我國實務對於緘默權的告知義務，係對於告知義務所保障被告不自證己罪的權利有所誤解。緘默權是基於被告有不自證己罪之權利，所推論而出，規定於第 95 條第 2 款並非係為了保障被告的任意性自白，亦即該規定重心不在於任意性，而在於「被告得行使權利的效果」¹⁰⁶。美國聯邦最高法院基於該國憲法增修條文第 5 條及第 14 條不自證己罪權利及正當法律程序，於 1966 年 *Miranda v. Arizona* 判決明白宣示如果未讓被告知悉其具有拒絕陳述的權利，則被告根本沒有機會行使憲法上所保障的權利，該調查程序即不符合正當法律程序，所取得的自白必須被排除，不得作為審判基礎。德國聯邦最高法院於 1992 年之後，亦採取緘

要是在於認為自白證據為證據的重心（對於案重初供的思考，請參最高法院 79 年度台上字第 2415 號判決），所以衍生一種以被告自白為主，其他證據僅是『輔助證據』的錯覺。參陳志龍，前揭註 49 文，頁 208。

¹⁰³ 最高法院對於刑事訴訟法第 156 條第 1 項不正方法的解釋，一貫的見解著重在於「對於被告的意志干涉」，其採取條文文義為解釋，認為不正方法必須是與強暴、脅迫、利誘或詐欺等類似之方式，而未告知被告其具有緘默權，並未影響被告陳述的意志，不屬於不正方法。參見最高法院 28 年度上字第 2530 號判例，72 年度台上字第 1332 號判決，91 年度台上字第 7081 號判決。

¹⁰⁴ 最高法院 93 年度台非字第 70 號判決。

¹⁰⁵ 林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，2003.09，3 版，頁 163, 504。

¹⁰⁶ 王兆鵬，前揭註 32 書，頁 252。

默權的權利保障思考，認為被告緘默權的保障應該於程序中踐履，使其知悉，否則該自白應該禁止使用。由各國實務的態度更可以明確肯認被告緘默權的告知義務，並非係為了保障被告陳述的任意性，而應該由緘默權保證被告不自證己罪權利的角度思考，被告如果未受到緘默權告知，對於其法律上保障的權利，其根本無從知悉，奢談之後是否決定行使。是以本文對於我國實務的態度，採取批判的角度，認為實務誤解緘默權告知的內涵（不自證己罪權利），未踐行緘默權告知義務，與刑訴第 156 條第 1 項規定被告自白任意性（自由意志）保障之違反，範圍並非全然重疊，是以緘默權告知義務之違反，基於被告不自證己罪權利保障的思考，應該禁止使用所取得的自白證據（無證據能力）¹⁰⁷。本文不區分國家機關的違反是否為恣意、惡意之情狀。

（三） 第 158-2 條

對於告知義務之違反，我國於 2003 年 2 月 6 日增訂刑事訴訟法第 158-2 條第 2 項，規定「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，取得之自白不得作為證據。但該違反並非出於惡意，且自白出於任意性，則不在此限。」顯然增訂規定的要件係受到美國 *Mranda* 判決的影響，**然而卻存在同樣的誤解，誤認告知被告的緘默權保障（不自證己罪權利）是在於保障被告的陳述任意性（自由意志）。**依照本文的意見，緘默權告知義務並非是在保障被告的陳述任意性，被告未受告知，係其不自證己罪的拒絕陳述可能性權利受到侵害，本毋須另行立法確認，也不該因為檢察事務官、司法警察（官）的違反並非惡意即肯認該自白之證據能力，更何況為何僅對於檢察事務官、司法警察（官）違反為規定，是否因此反而造成誤解¹⁰⁸，認為檢察官、審判官可以侵害被告的權利¹⁰⁹，增訂理由並未予以充分說

¹⁰⁷ 對於緘默權告知義務違反，所取得自白證據沒有證據能力，學者推論方式並不一致，有認為違反緘默權告知義務，被告之自白，即不得為證據，參王兆鵬，前揭註 32 書，頁 254。但有學者採取所謂的「三階段審查基準說」認為應該考量國家機關違反時的主觀意識，如果國家機關係恣意、惡意，則應該直接認定自白證據不得使用。至於國家機關之違反若非基於恣意，則應該續行考量規範保護之目的，認定基於該規範所保障被告的權利是否會因證據的使用加深或擴大，其明確認為被告未受告知，對於其緘默權之保障是一種損害，並且可能因自白之使用而加深、擴大，而認定自白證據並不得使用，參林鈺雄，前揭註 105 書，頁 162-163。

¹⁰⁸ 相同的怪異規定，如刑事訴訟法第 100-3 條夜間不得訊問，該規定既是保障被告避免疲勞訊問，難道因為訊問者是檢察官或法官，被告的疲勞就會立即消失，回復一尾活龍狀態嗎？我國立法思考異於他國，誠然罕見！

¹⁰⁹ 請參考最高法院 91 年度台上字第 4135 號判決。

明¹¹⁰。

增訂第 158-2 條，最令人難以置信的是引進所謂的『善意例外法則（Good Faith Exception）』，認為如果國家機關違反緘默權告知義務，並非出於恣意、惡意，則依照該原則仍可以利用所取得的自白，惟查美國聯邦最高法院於 *U.S. v. Leon*¹¹¹ 案，所建立的**善意例外法則**，係針對聯邦憲法增修條文第 4 條（不得任意搜索、扣押）的解釋，係指當涉及公共（眾）安全（Public Safety），如果警察疏忽未盡告知義務，依照被告供述所取得的證物仍得作為證據，不因此違反憲法增修條文第 4 條，亦即該法則在美國係適用於發現**非供述證據**的情形¹¹²，尚無任何實務意見認為可以直接適用於憲法增修條文第 5 條之案件，我國立法者引進該見解並誤用作為供述證據之排除例外，誠屬錯誤的援引，更重要的是立法再次明白彰顯其誤解緘默權告知義務的核心——不自證己罪權利，也再次認定自白的任意性成為自白具有證據能力的前提，不論被告的權利是否受到侵害，對於第一線調查人員的守法要求，無異是一場幻夢！

（四） 例外情況

本文認為緘默權的告知義務，原則上如果違反就應該排除該證據之使用，然而對於某些情況，是否應該禁止該證據之使用，有加以釐清之必要：

1. 第一次未告知，事後補告知：

我國刑事訴訟法第 95 條第 2 款雖未如德國 §136 StPO 明示應於第一次訊問時告知，但是對於被告而言，其最為重要的權利保護階段，就是第一次受告知時，其可以選擇對於是否就犯罪事實之訊問為陳述，如果認為未進行被告的權利告知之瑕疵，可以經由事後的補充告知，得到治癒¹¹³，顯然是誤會不自證己罪的內涵，是以本文認為該情形之補充告知，應不得作為證據禁止使用之例外。

¹¹⁰ 相關批評，請參林鈺雄，前揭註 105 書，頁 164。

¹¹¹ *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

¹¹² 468 U.S., at 903, 908, 922-925:
“Other objections to the modification of the **Fourth Amendment** exclusionary rule we consider to be insubstantial. The good-faith exception for searches conducted pursuant to warrants is not intended to signal our unwillingness strictly to enforce the requirements of the Fourth Amendment, and we do not believe that it will have this effect. As we have already suggested, the good-faith exception, turning as it does on objective reasonableness, should not be difficult to apply in practice. When officers have acted pursuant to a warrant, the prosecution should ordinarily be able to establish objective good faith without a substantial expenditure of judicial time.”

¹¹³ 最高法院 91 年度台上字第 4135 號判決。

2.雖有告知，但被告不理解其權利：

對於某些被告而言¹¹⁴，一般的語言無法使其正確瞭解刑訴第 95 條第 2 款規定之意涵，是以本文認為雖有告知，但是在被告無法理解時，該告知仍應屬於無效的告知，必須藉助專業人員的說明，並輔助辯護人，方得認定所進程序合法。

3.雖未告知，被告已經明確知悉自己的權利：

雖然未進行緘默權告知，不過被告因故的確明白自己具有緘默權，得拒絕陳述，本文認為此種情況，被告之自白仍得使用。然非基於被告具有「任意性」來認定之，而是國家機關告知義務違反並未侵害到被告的緘默權。惟是用之前提，在於被告具有緘默權之意識的舉證責任，必須由檢察官負擔。亦即本文認為，未告知緘默權，該自白證據即屬於禁止使用。

4.被告於訊問中途主張緘默權：

被告被告知緘默權，並且理解該權利之內涵，在進行訊問中要求行使緘默權，參照美國判決的意見，認為國家機關對於被告之訊問應該停止¹¹⁵。然而之前訊問之自白，是否可以適用？本文採取肯定見解，惟對於被告確實瞭解緘默權之權利，應由檢察官舉證。

5.被告事後同意之前的訊問可以於審判中使用：

對於被告事後同意的情形，本文認為並非是國家機關的瑕疵受到補正，而是因為被告對於其不自證己罪的權利，不予以主張，也就是被告對於自己的權利本來就可以不為主張，所以該同意使用是為有效。然而在德國學說，認為被告未在異議時間內進行異議，則屬於被告同意自白可以使用，本文採取反對意見，我國並未如德國 §257 StPO 明文規定被告未於期間內異議，則得使用證據。且因為被告的權利不為主張，本須經過被告明確的表示，而不得經由默示的推定，是以僅因為被告未為異議，即認定被告同意證據使用的意見，並不可採。

伍、 告知義務—受律師協助權

一、 基於公平審判的辯護權

對於被告在刑事程序中，享有律師（辯護人）之協助，實與被告在刑事程序

¹¹⁴ 例如被告雖非智能障礙，但具有嚴重的精神疾病，對於外界事務的理解與他人顯然不同。

¹¹⁵ Miranda, *supra* note 59.

中主體地位之建立，具有相當之關係，蓋被告作為程序之客體，其僅能被動接受調查，根本無法與審判官、檢察官對等行使權利，然而在被告為刑事程序主體的思維下，被告可以對等地行使權利（特別證據調查聲請權）基於係屬於被控訴的一方，其對抗是擁有國家偵查權力的檢察官（偵查主），而且被告對於法律理解與運用之能力，本就不及於熟稔法律之檢察官，是以審判形成一種難以避免的不公平情勢¹¹⁶。為了呈現公平之審判，保障被告之主體利益，律師（辯護人）的加入具有其實益¹¹⁷。本文嘗試從外國判決與學說的角度探討我國對於被告享有辯護人協助的告知義務之違反自白的證據能力之間的關連性。

二、 美國 AMENDMENT VI

美國聯邦憲法增修條文第 6 條規定，被告擁有受到律師協助之辯護權¹¹⁸。經由憲法增修條文第 14 條正當法律程序的解釋，增修條文第 6 條適用於全美國的刑事訴訟，除得請求律師辯護之外，尚得請求與不利證人對質，請求調查有利之證人。表明增修條文第 6 條係為創造一個公平審判。為了使被告的受律師協助權得以行使，聯邦最高法院透過判決要求美國的偵查機關必須保障被告得受到律師協助，否則從該被告所得的自白不得作為證據，明確將辯護權與被告自白的證據能力，予以連結看待。

於 1964 年，聯邦最高法院在 *Escobedo v. Illinois*¹¹⁹ 判決中宣示如果被告未受緘默權之告知，且無辯護人在場，所得到的自白，不得作為證據¹²⁰。聯邦最高法院認定警察必須應犯罪嫌疑人之要求，給予機會使得辯護人在場協助被告，否則所得之之自白應受排除。該判決最為人所稱道的一段說理，認為如果因為辯護人在場，促使被告行使憲法上之權利，結果使得訊問無法進行，則該被揚棄的是此種

¹¹⁶ 對於歐陸法系的訴訟照料義務（有利不利一律注意）與辯護權之說明，請參林鈺雄，前揭註 105 書，頁 181。

¹¹⁷ 日本學者松尾浩也甚而認為：「刑事訴訟的歷史，正是辯護權擴大之歷史。」轉引自陳運財，〈論接受辯護人援助機會之保障〉，載於《刑事訴訟與正當之法律程序》，1998，頁 369。

¹¹⁸ AMENDMENT VI (1791):
“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; **to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense.**”

¹¹⁹ *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

¹²⁰ 378 U.S., at 490-491.

司法制度（the system of criminal justice）¹²¹。因為這種制度必有非常不當之處，而不值得保存。

之後在 1966 年 *Miranda v. Arizona*¹²² 判決，更進一步認定警察在訊問時，除了必須應被告之請求讓辯護人在場，並且要求進一步的預防措施，要求必須告知其具有受律師辯護之權利，如果未盡告知義務，所得之自白不得作為證據¹²³。依照美國聯邦最高法院的意見，被告如果未受律師協助，則其對於其法律上的權利並無從知悉，縱使其受緘默權之告知，而明瞭具有緘默權，但是多數的被告對於國家機關的訊問，仍無法避免其受壓迫的感覺，是以告知被告具有受律師協助權，除了被告得要求律師在場，更為重要的是被告可以及時獲得律師的協助，明確瞭解其增修條文第 5 條的權利，亦即該判決建立起第 5 條及第 6 條的關係，認為必須告知第 6 條的權利，也是**保障第 5 條不自證己罪的實現**。不過反對意見則認為多數意見所謂的辯護權利，在該不自證己罪權利的歷史經驗或是第 5 條的憲法明文，皆未有明確的支持¹²⁴。

然而對於被告受律師協助權必須保障到何種程度，並非沒有爭執，甚而有意見認為當被告獲知其具有受律師協助權之時，可以要求警方提供律師名冊，以供其挑選辯護人，如此才能確保其得以行使受律師協助之權利，但是聯邦最高法院在 1986 年 *Moran v. Burbine*¹²⁵ 判決，明確反駁這樣擴張的見解，認為受律師協助權並不具有積極要求警方提供律師名單資訊的權利性質，在警方明確告知增修條文第 6 條的受律師協助權之後，被告要求律師名單資訊不遂，又不行使緘默權，警方所取得的自白不應該受到排除。**Miranda Rule** 仍不得太過於擴張¹²⁶。

¹²¹ 378 U.S., at 491:
“We have also learned the companion lesson of history that no system of criminal justice can, or should, survive if it comes to depend for its continued effectiveness on the citizens' abdication through unawareness of their constitutional rights. No system worth preserving should have to *fear* that if an accused is permitted to consult with a lawyer, he will become aware of, and exercise, these rights. n13 If the exercise of constitutional [**1765] rights will [***986] thwart the effectiveness of a system of law enforcement, then there is something very wrong with that system.”

¹²² *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

¹²³ *Miranda*, *supra* note 66.

¹²⁴ Mr. Justice Harlan, Mr. Justice Stewart and Mr. Justice White join, dissenting. See, *supra* note 67.

¹²⁵ *Moran v. Burbine*, 475 U.S.412 (1986).

¹²⁶ 475 U.S., at 426.

三、 德國對被告辯護權之告知

德國 §137 I StPO¹²⁷規定被告在刑事程序每一階段（指偵查、審判、上訴）得享有（使用）律師辯護，但不得選任超過三人。相較於美國憲法增修條文第 6 條明文規定，被告具有受律師協助的憲法權利，德國的受律師協助權並非是憲法上的基本權¹²⁸，僅在§140 I, II StPO¹²⁹規定在重罪與必要時法院應該指派辯護人爲必要之辯護，因此訊問主體違反 §136 I StPO 受辯護人協助之告知義務是否構成自白證據之禁止使用？

德國學說對於 §136 I StPO 的告知義務之違反（Unterlassung einer Belehrung），重心向來放在緘默權的討論，認爲緘默權告知義務之違反，其所得之自白應無證據能力，對於被告受律師協助權之告知義務的違反，並未說明該告知義務之違反與自白之間的關連性，而僅認爲如未告知則損及被告的辯護權，直接認定被告的自白應該無證據能力¹³⁰。在 1992 年之後，德國實務見解（BGHSt 38, 214）亦是認爲違反告知義務，則自白應禁止使用，該判決所著重爲緘默權，亦未

¹²⁷ §137 StPO (<http://www.gesetze.2me.net/stpo/>)

(1) Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen. Die Zahl der gewählten Verteidiger darf drei nicht übersteigen.
(2) Hat der Beschuldigte einen gesetzlichen Vertreter, so kann auch dieser selbständig einen Verteidiger wählen. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.

¹²⁸ 學者有認爲係憲法訴訟權之派生基本權。參何賴傑，〈告知義務及第三審上訴之限制〉，載於《實例研習系列—刑事訴訟法（林鈺雄、何賴傑、陳運財、黃朝義合著）》，2000.06，頁 340。

¹²⁹ §140 I, II StPO (<http://www.gesetze.2me.net/stpo/>)

(1) Die Mitwirkung eines Verteidigers ist notwendig, wenn
1. die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht oder dem Landgericht stattfindet;
2. dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird;
3. das Verfahren zu einem Berufsverbot führen kann;
4. (aufgehoben)
5. der Beschuldigte sich mindestens drei Monate auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt befunden hat und nicht mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung entlassen wird;
6. zur Vorbereitung eines Gutachtens über den psychischen Zustand des Beschuldigten seine Unterbringung nach § 81 in Frage kommt;
7. ein Sicherungsverfahren durchgeführt wird;
8. der bisherige Verteidiger durch eine Entscheidung von der Mitwirkung in dem Verfahren ausgeschlossen ist.
(2) In anderen Fällen bestellt der Vorsitzende auf Antrag oder von Amts wegen einen Verteidiger, wenn wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, daß sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann, namentlich, weil dem Verletzten nach den §§ 397a und 406g Abs. 3 und 4 ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist. Dem Antrag eines tauben oder stummen Beschuldigten ist zu entsprechen.

¹³⁰ Vgl. Beulke, a.a.O. S.258.

說明自白與辯護權的連結。

四、 刑訴第 95 條第 3 款適用說明

我國刑事訴訟法第 95 條第 3 款規定：「訊問被告應先告知左列事項：三、得選任辯護人。」是以我國的規定實與前述外國之規定與原則相同，係為保障被告的受律師協助權，俾利公平審判的進行。

對於受律師協助權利的告知，是對於每一位被告皆有其適用，凡是在被告地位形成之後的訊問，即應予以告知（該部分要件與範圍皆與第 95 條第 2 款緘默權告知相同，請參上述肆、五說明）。對於告知義務的履行，本文認為不得僅為條文的告知，重點在於使被告知悉其具有受律師協助之權利，**而且本文認為告知義務之內容應該明確使被告知悉，在任何訊問前，其得委任辯護律師到場，並與其所委任之辯護律師討論（the assistance of counsel）**。雖然依照目前的規定，國家機關訊問被告前，僅需宣示第 95 條的告知義務內容，然而本文認為重心在於使被告知悉其權利，促使公平審判的進行，所以告知內容該予以加強。

五、 證據能力的處理

我國同德國規定，被告並非皆得請求國家予以辯護人，皆以必要辯護（強制辯護）為認定標準，是以規定第 95 條的告知義務，對於被告而言具有一定的保障，使其知悉其得委任律師進行辯護，並且使其得與律師進行討論，進而確保其對於國家機關的訊問，可以適度地運用律師的法律上能力，補充其在法律知能的欠缺。所以本文肯認訊問被告所得的自白與受律師協助權利的告知義務，具有一定的關連性¹³¹。本文認為刑訴第 93-1 條第 1 項第 5 款的增訂，也顯現出立法者認同受律師協助權利與自白之間具有相當的關連性，是以該權利的告知義務之違反，當會影響到自白的證據能力。

過去實務對於被告受律師協助權告知義務之違反，認為並不影響被告之自白任意性¹³²，僅著重於被告的自由意志判斷（相關批評，請參上述肆、六說明），而忽略判斷自白於與被告受律師協助的權告知義務之間的關連性。

¹³¹ 對於是否同 *Miranda* 判決認為，受律師辯護亦是在保障被告之不自證己罪權利，本文尚無定論。

¹³² 最高法院 72 年度台上字第 1332 號判例。惟該判例因刑事訴訟法第 158-2 條增訂，業經最高法院 92 年度第 5 次刑事庭會議決議不再援用（2003 年 3 月 25 日）。

從我國實務近來的判決可以明顯發現，對於被告的辯護權係遞顯重視，認為辯護權直接關係到被告能否獲得公平審判，且認為辯護權是憲法訴訟權的派生基本權，是以違反辯護權之相關規定，係剝奪被告受辯護之正當程序，審判的訴訟程序自屬於法有違¹³³。被告自得提起上訴以求救濟。

前述判決雖然明白顯示判決被告的辯護權係為促使公平審判，然而用語似易引人誤解，公平審判不僅是經由被告參與審判過程，更重要的是在所有的刑事程序中，被告主體的地位必須被確立，而被告的主體地位與公平審判端賴於受律師協助權的實現。該判決係認為經過被告上訴，之後再行發回更行審判，被告的辯護權即可獲得保障，其實是一種誤解，本文認為最好的救濟手段，並非事後被告上訴發回更審，而是以該判決未觸及證據能力的問題進行探討。刑事訴訟法第158-2條的規定，這是彰顯對於自白的證據能力立法選擇（相關批評，請參上述肆、六）。

我國學者對於違反受律師辯護權告知義務之違反，所得的自白之證據能力，多採取認定無證據能力（證據禁止使用）的態度¹³⁴。本文肯定前述學者的見解，認為應該排除自白證據能力，認為若無告知義務之踐行，對於法律無知識能力的被告而言，無異剝奪其行使辯護權機會，進而影響其受訊問的自白，是以認定該自白無證據能力。

本文認為所謂的告知必須兼顧實質面的瞭解，亦即使被告瞭解其具有受律師協助的權利，是以在被告無法瞭解該權利之內涵時，被告所為之自白，本文認為即便有形式上告知，仍然應該禁止其使用。

陸、 後記—防禦的盾不能有裂痕

對於告知義務所欲保障的被告權利（受告知控訴罪名權利、不自證己罪權利、受律師協助權利），本文認為這是基於被告的防禦權而發，面對國家機關的訊問，被告無疑因為其法律素養的不足而落於攻擊下方，被告唯有防禦才能真正確保其受無罪推定的保護。本文認為被告防禦的盾（shield）正是告知義務規定的目的，要求國家機關提供訴訟上照料義務，基於正當法律程序告知被告權利內容，使其

¹³³ 最高法院 87 年度台上字第 644 號判決，90 年度台上字第 6970 號判決。91 年度第 7 次刑事庭會議決議，91 年度第 8 次刑事庭會議決議，最高法院 91 年度臺非字第 152 號判決。判決及決議轉引自楊皓清，《論我國刑事訴訟法地九十五條告知義務之遵守及其法律效果》，收錄於司法研究年報第二十三輯第八篇，2003.11，頁 171-178。

¹³⁴ 何賴傑，前揭註 128 文，頁 340。林鈺雄，前揭註 105 書，頁 162-163。王兆鵬，前揭註 32 書，頁 254。

具有行使防禦可能性，促使被告防禦完備，而具有公平審判機會！本文大膽地認為，違反告知義務，已經侵害到被告訴訟防禦的核心，被告獲得參與公平審判的機會幾希，是以違反告知義務所得之自白，無證據能力¹³⁵。

（本文最後整理完成於 2007 年 2 月，對匿名審稿人賜予之寶貴意見，併此感謝）

¹³⁵ 對於告知義務，尚有第 95 條第 4 款的部分、違反告知義務的放射效力問題，本文限於篇幅無法處理。