

開創自白法理新紀元*

王 兆 鵬**



壹、開場白

我曾經在國內當了 3 年的律師，因為感受到司法大環境仍有改進空間，所以轉赴國外繼續讀書，回國後剛好碰上司法醞釀改革，因此許多新的立法，我都有幸參與，所以很多新的趨勢，我比在座各位瞭解的更為深入，我今天要跟大家報告的是「開創自白法理的新紀元」，我這幾年在台灣所做的努力，已經不再是單純的從法條文字詮釋法律的意義，而是想要能推動刑事訴訟的新思潮，因為思想會改變文字和判決的解釋，我這幾年做的工作一直是如此，檢討起來還頗有一些成績，部分法院的判決，已經跳脫了法條的文字，而是更深入的由法理上去詮釋，也有一些立法，逐漸參採了我提倡的理論，今天我們在此要探討的內容，就是「自白法理的新紀元」。

貳、我國刑求的沿革

我國自古以來就存有刑求的現象，我們的刑求可以說是人民從古到今一直沒辦法除去的夢魘，所以西漢時路溫舒講過：「夫人情安則樂生，痛則思死，捶楚之下，何求而不得？故囚人不勝痛則飾辭以視之，吏治者利其然」。而近代刑求，黃源盛教授曾言：「民國初期，仍見審判過程中，往往對於人犯刑求杖責，凌辱百端，並有拖累羈押等嚴重現象，故而倍受各方責難，尤其留給列強拒絕撤廢領事裁權之口實」，此為近代刑求的情況。至於當今的違法取供，參考 96 年出版的「法務通訊」，法務部首席參事於其所發表的文章中曾記載以下文字：「檢察官…有時以法律不允許之方法取得犯罪嫌疑人有關之自白或其他相關之證據…因作法拙劣常為最高法院於判決理由中指摘」、「司法警察或檢察官於偵辦案件時…以押取供乃至聲色俱厲地訓示犯罪嫌疑人或被告之情事，仍所在多有，如此侵犯人性尊嚴的刑事追訴或辦案態度或作為…」，以下我播放一段影片請大家參考。

（播放影片）

我因為工作性質的關係，所以經常會有許多獲取資訊的管道，剛才那段影片，是一位檢察官在開庭當中嚴厲斥責當事人的情形，我很希望在座各位從來沒有這樣做過，我也相信各位軍人應該不至於這樣子做。這段影片讓我們最感意外的是，這是發生在不久之前的情形，

* 本文整理自 97 年 6 月 10 日高等軍事法院學術講演演說內容。

** 王兆鵬，美國芝加哥大學法學博士，臺灣大學法律系教授。

是在民國 90 年代，不過是前幾年的事情，各位可以想像他問案的態度為什麼這麼不理想嗎？這個現象很值得我們思考，為什麼到了現在這個年代，還以如此的方式開庭問案；另一個層面，則是我們平常坐在有冷氣的辦公室裡，看著書記官製作好的筆錄，上面會不會清楚記載今天各位所看到的這個畫面，還是這些畫面，筆錄上面可能通通都不寫了，只寫某某問，被告答。今天假如看到這個畫面，各位體會那種感覺，可能對筆錄內容的感受就會不一樣，當然可能有人會講說，他們是罪犯，所以罪有應得，只要講的是真實的，我們就能定他罪；但另外一個角度是，我們台灣已經走向了一個不同的時代，我們是一個民主國家，而且是一個非常重視民主的國家，我等一下會提供大家不同的思考，我們法律上容許各位經過一個正當法律程序，把被告定罪，那怕是依法嚴懲都沒有關係，因為這符合正當法律程序，但如果在還沒有定罪之前，國家是不可以利用不正當的手段對付自己的人民。我還有收集一些檔案，因為時間的關係，不便在此一一播放，剛才大家看到畫面中那一位被告，還有其他一些影片中的被告，凡是被斥責的，多半都是女性或是年長者，這些人法律知識可能都不是太充足，從另一個角度思考，難道我們國家的公權力都在對付這些社會上的弱者嗎？對於社會上的權貴有沒有這樣子做呢？為什麼只有對弱勢的人民才用不客氣的態度方法，這是一個非常值得深思的問題。我們雖然走向文明，不再像西漢時代捶楚之下，何求而不得？但是我們現在卻用另外一種形式的方式在折磨我們的人民，這是一件非常令人遺憾的事情。我們很納悶的是，刑事訴訟法第 98 條規定訊問被告應出以懇切的態度，156 條則規範強暴、脅迫、詐欺等不正方法所取得者不具證據能力，為什麼法律規定這麼多，最高法院這麼多的判決，依然無法影響這些執法人員，我以一個中華民國國民的身分，看到這些不正方法取供的畫面，真是十分痛心，以一個法律人的角度觀察，我對國家少數執法者的偏差作法感到遺憾，若是以一個法律系教授的角度，則是難過法律系的教育怎麼會教出這樣一個學生。雖然最高法院三令五申，但為什麼少數執法人員依然故我？或許有人會歸咎立法機關為什麼不立一些有效的法，嚴懲違法失職人員，但事實上所有國家的立法機關都是較不積極的，而行政機關當然也有責任，為什麼不能有效約束執法人員，只有靠司法機關來解決這些問題，司法機關有責任保護人民，只有這樣才會受到人民的尊重。而司法機關是不是可以創設一種有效合理的規範，來防止不當訊問的情形發生，今天想跟各位談的就是以這個觀念為主軸，如何去防範，如何去改變，幫國家把司法實務做得更好，我要強調：所有最高法院能做的解釋跟判決，各位軍法官也都可以做，所有普通法院所做的解釋，各位一樣都可以做，不會因為你們是軍事法院而受到限制。各位可以看最高法院的判決，已經是非常海闊天空的採用較為新進之理論，以目的、政策的方式去解釋嚴格僵化的文字，希望把我們帶到一個更高的層次，惟有如此，司法機關才會得到人民的尊重，國家的制度也才能夠建立。

許多外國生意人在投資的時候，都會參考一個很重要的指標，就是看這個國家的司法制度如何，如果司法制度不夠完善，生意人會認真考慮要不要投資，因為不理想、不穩定的法律制度，等於是大大提高投資成本。刑事訴訟法第 8 條、156 條、158 條之 2，我相信各位一定已經滾瓜爛熟，根本不需要我來講，我今天要講的是這些條文背後的精神，一個刑事訴訟制度的新趨勢。

參、自白之證據能力

證據能力是有跟無的問題，非有即無，非無即有，沒有介於二者之間，所以對於一個想賺錢、想成名的律師，他只要在審判庭中爭執證據能力之有無，只要證據能力有無爭執成功，其他問題根本不用多費唇舌，因為只要自白有證據能力，被賦與的證據力幾乎都很強，像我們剛剛看的影片，只要認定被告所言有證據能力，他所講的話大部分都會被審判法院採用，那就很難再去爭執自白的證明力。各位應該聽過一個非常有名的案子蘇建和等三名被告強盜殺人案，最大的爭執點就是自白的證據能力，那個案子的自白假如有證據能力的話，被判有罪的可能性就非常的高，假如自白沒有證據能力的話，那遍查卷宗事實上並無其他證據可以證明蘇建和等三人有罪，那可能就要判決無罪，所以我待會討論的通通是自白的證據能力問題，而不是討論自白證明力的問題。

歷史上自白要不要排除證據能力的問題，它可概分為四個階段：一、真實性。二、任意性。三、預防性。四、嚇阻性。各位比較熟悉的多半都是任意性而已，而「真實性」是什麼意思呢？刑事訴訟法 156 條第 1 項後段「且與事實相符者，得為證據」。這是歷史上剛開始在判斷自白能不能當證據，就是看它是不是與事實相符。後來覺得這是一個不好的判斷標準，久而久之就把它捨棄了。所以到第二階段是採「任意性」，所謂任意性是各位非常熟悉的，這個是跟自由意志有關，就是任意性的問題。我今天要花比較多時間批評任意性的缺點，因為這個原則有很多缺點，所以間接造成剛才影片中那位檢察官他敢這樣子做；另外就是要跟各位講「預防性」和「嚇阻性」。事實上各位可以看到最高法院已經開始採取預防性跟嚇阻性法理，那什麼叫預防性跟嚇阻性呢，我等下一一向各位說明。任意性的意思，就是只須去證明它不是非任意性的自白即可；而預防性則不是這樣，我懷疑它可能是非任意性的，我為了預防非任意性的自白成為證據，也可以把它排除掉，這個叫預防性，它是預防的目的，不必達到百分之百的確定；而嚇阻性則幾乎是跟自白是否真實、任意無關，它是要對自白前面一個非法的行為產生一個嚇阻的效果，這就叫嚇阻性。

一、任意性

(一)任意性理論

最高法院從過去一直到今年以前，實務上判決對於自白的證據能力，幾乎都是傳統上的學說也就是以任意性為準。基本上最高法院的判決、判例整理出來有三種標準：

第一個是客觀說，以不正方法為準據。以是否有強暴、脅迫、詐欺或利誘等客觀不正方法去判斷，如果有，這個自白是不是可當作證據。

第二個是主觀說，以任意性為準據。被告的自白要本於自由意思的發動，假如不是自由意思的發動的話，那這個自白就不能當證據，這個是比較偏向於主觀說。

第三個是融合前二者，以不正方法所造成的非任意性自白為準據。非任意性必須從不正方法取得的才可以，我把它稱為限制主觀說，最高法院 94 年台上字第 2997 號等判決：「自白必須係以不正方法取得者外，尤須該自白與不正方法間具有因果關係，該自

白始應加以排除。」我想各位都非常熟悉，基本上最高法院判決、判例可以分出這三種的標準。

(二)任意性瑕疵

1. 判斷標準不明確：

簡單來講，什麼叫強暴脅迫，以剛剛播放的那則案例，明白傳達它可能構成強暴脅迫，但什麼叫任意性呢？這個可能就不是一個明確的標準，持別這是個很主觀的問題，就算強暴脅迫可能每個人的判斷標準也不一樣。刑警對一很彪悍的黑道份子大聲喝斥，算不算強暴？如果對的是一個婦女又算不算強暴？事實上標準可能不是很明確。如果主觀標準不明確，那任意性的標準呢？任意性的自由意思是非常難衡量的，我想各位當軍人應該更能夠體會我的意思，軍人以服從為天職，有的時候長官站在你前面，你們的意思就完全改變了，這是軍人訓練非常成功的地方，到底是你的自由意思呢？還是你被訓練必須漠視你的自由意思？非常難衡量。事實上自由意思在西方他們曾做過實驗，在現場問案的時候，邀請一些人民和法律人士，透過單面向的玻璃，觀察警察在警察局裡面對那些被抓來的人作訊問，問完之後立刻表決，被訊問人的陳述是不是出於自由意思。不像我們審判是隔了半年甚至好幾年，我們從筆錄中去推敲我們所看不到那種情況是不是任意性，而他們是現場看到立即表決，研究證明判斷出來的結果非常不一致。有人說只要是被抓來的，在一定的地方不准自由離去，怎麼會是自由意思呢？也有人認為被訊問人是自己講的，所以是出於自由意思，所謂的主觀自由意思，事實上是非常難判斷的。

2. 容許精神上的刑求。

任意性的第二個缺點是容許精神上的刑求，這是什麼意思呢？因為這個客觀標準也好、主觀標準也罷，什麼時候構成違法？一般人都是用一般的標準，譬如訊問者有沒有很大聲，有些時候稍微大聲，對各位這樣訓練有素的軍人，可能完全不會造成任何影響，但是對於一些知識上、經濟上、精神上比較弱勢的人，可能會造成很大的壓力，甚至造成精神崩潰都有可能。主觀上也是一樣，我們假如採取一般的標準，同樣對於一般標準以上的人不會產生任何精神上的影響，而對於一般標準以下的人，則可能會產生一些精神上的影響，所以這等於是容許訊問者可以做一些精神上的刑求，只要不要超過一般的標準就可以了。

3. 欺凌弱勢人民

任意性的第三個缺點就是看有沒有超過一般標準，對於強的人，厲害的人，可能不會造成任何影響；但是對於弱勢的人民，很可能是知識上的、經濟上的、精神上比較弱小的，他們可能就會有影響，等於也容許精神上的刑求，也等於是說，法律上容許對於弱勢的人進行欺負，理論上我們也找出有這樣的瑕疵，所以這是一個不太好的認定標準。

以下我選擇 4 個最高法院的判決來指出理論上的瑕疵，有四個判決可以供各位參考，這 4 個判決都是一樣，先有警察局或調查局的一個非法訊問，然後再來是檢察官訊問，爭執的都

是檢察官那個自白可不可以當證據？檢察官沒有做任何非法的事情，所作的自白能不能當證據呢？

1. 第一則判決

最高法院 94 年 2997 判決：「被告在檢察官訊問時承認犯行，是否屬非任意性之自白…與調查人員先前是否曾以不正方法使被告為非任意性之自白，並無必然之關聯。…一旦訊問之人及所處之環境改變，妨害被告意思自由之外在因素消失，除非該不正方法對被告造成強制之程度非常嚴重（例如：對借提之被告刑求強迫其自白，並脅迫該被告如果翻供將繼續借提刑求；或對被告施用詐術，使被告誤信如持續為不實之自白，將可實現其意欲達成之某種目的……等），否則，被告之意思自由自然隨之回復，此乃事理所當然。」最高法院本則判決稱，被告在警、調調查階段時有不正的訊問，檢察官再為訊問，最高法院講說，一但訊問的人，訊問的環境改變的話，那被告的自由意思自然可以回復，妨害他的外在因素就消失了，這是最高法院的第一則判決，除非，那個外在的影響是非常非常嚴重，最高法院認為這是事理之當然。

2. 第二則判決

最高法院 95 年 1365 號判決：「而被告於司法警察詢問之自白，有無以不正方法取供？該等不正之方法，是否已延伸至檢察官偵訊時猶使被告未能為任意性之供述？」這是九十五年的判決，開始有點動搖前一個判決了，他說呢，警察局不正取供，這個不正的方法是不是延伸到檢察官那邊呢，我們要考慮一下，那前面說換了環境、換了人，那就當然改變了，這邊說沒有哦，我們要去查一下，有沒有延伸到哦，所以這個思想已經有點改變了，他開始懷疑前面那個判決，不見得是如此。

3. 第三則判決

96 年 829 判決：「共同被告…應警詢問後，旋於當日…被解送至檢察官偵查訊問…距警詢製作完成筆錄之時間，相隔未逾四小時，則共同被告…警詢供詞是否出於司法警察以不正方法所取得？苟確係司法警察以不正方法取得，該不正方法之強制性是否確已延續至檢察官偵訊時？即有待查明釐清。」這一則判決講的又更多了，因為他說沒有超過四個小時，那就有待查明釐清，那這個開始存更高的懷疑，他說這個警察局訊問的時候，有不正的方法，當天沒有超過四個小時就送到檢察官那邊去問了，那這個沒有超過四個小時，這個不正的方法是不是有延伸到檢察官偵訊時，這個應該要再查明清楚，更高度懷疑第一個判決，什麼訊問的人、訊問的環境改變的話，那自由意思就當然恢復，他就更高度的懷疑了。

4. 第四則判決

最高法院 96 年 3102 判決：「被告…遭員警非法拘束其人身自由，並提解至台灣彰化地方法院檢察署接受檢察官訊問…是被告因員警非法拘束其人身自由之不正方法所受身體上、精神上遭強制之狀態，於檢察官偵訊當時，顯然依舊存在，被告…偵訊時之自白，即非任意性之自白」。這一則判決更有意思，他說警察是先非法抓人，非法抓人之後再送到檢察官那邊去問，那最高法院講說，前面是非法抓人，所以，檢察官問時，

被告當時身體上、精神上受強制的狀態，於檢察官偵訊當時顯然是依舊存在。

這四則判決共同的問題，就是先前的不法行為，司法警察包括調查局，他的不法行為，對於檢察官的訊問，會不會有影響呢？是不是會形成非任意性自白呢？那這四個判決講出迥然不同的見解，第一則判決說，原則上不會延續，第四則判決說原則上會延續，第二則、第三則說要具體的個案來判定，最高法院沒有提供我們判斷自白任意性的明確標準，讓我們下級法院不知所從，所以整體觀察，它並不是非常好，沒有一個統一明白的見解，一下認為先前不法行為對被告所造成的影響，原則上不會延續到檢察官訊問程序，如第一則判決；一下認為原則上會延續到檢察官訊問程序，如第四則判決；一下又叫我們應依具體個案認定，如第二則三則判決。我們看第一個判決的缺點，第一個判決它說，原則上一但訊問的人，訊問的環境改變的話，妨害被告意思的外在因素就消失，那被告的自由意思就當然回復，此乃事理所當然。最高法院這句話似乎並沒有依據，根據我們的人生經驗，有一些人確實是那種個性剛強、頑劣的人，慣犯的人，他們換了一個環境，換了一個場所，馬上可以回復自由意思，但如果像剛才影片中的那位婦人，換了一個人、換了一個環境，她那種恐懼的心理，那種心跳加速的程度，我想是不會改變的，所以最高法院這種講法，等於是在偏袒，用一個一般人的標準，去照顧到了一般人以上的程度一個強勢的族群，那對於弱勢的族群呢，就完全忽略了，完全忽略了弱勢的人沒有辦法像最高法院那些法官們憑空想像換個人換個環境他就會改變。跟各位講這個的目的，你們可以按照自己的意思來判；批評最高法院的目的，是跟各位報告，其實它不見得是正確的，你們也可以不需要按照它的意思來判。

另外就個別來觀察，第一則判決稱：除非不正的方法造成強制程度是非常嚴重，這個當然是它希望給自己一個更圓滿的講法，它說除非造成非常嚴重，這是例外，它又舉了一些例子，刑求、強迫等，這又有一個缺點，就是我剛講的任意性的缺點。第一個什麼叫做非常嚴重，這是一個非常模糊而不明確的標準，也變成下級法院的法官各說各話，你覺得非常嚴重，我覺得沒有非常嚴重。第二個它等於也在縱容包庇非法的訊問，只要不要非常的嚴重就可以，也等於是容許精神上的刑求，只要不要到非常嚴重就可以。第三個雖未致非常嚴重，對於強勢的人，不會有任何法律上不好的效果，對於強勢的族群不會產生不好的自白效果，但對於弱勢人民會產生不好的效果，所以它有以上的缺點。更重要的，除了剛才講的任意性的瑕疵外，它忽視了一個重要理論，一般人有一個特色，包括我們大部份的人在內，你話講出來之後很難把它收回來，這英美法把它稱之為「飛語難收」理論（Cat out of the bag theory），你話出來跟飛的一樣快，你追不回來。所以，一般人譬如說，你們在小主管面前講過的話，就算你們小主管對你有怎樣不好的方法，你到上一級的主管面前，幾乎不太可能講不一樣的話，除非是極少數極端聰明睿智之人才做的到，所以這個講法是完全忽視人性的理論。第二個呢，它對於我們前面那個不法的行為，它似乎有包庇縱容的行為，你可以做，不要太嚴重就算了，那在我們最高法院，說沒關係，你不要太嚴重就可以了，我知道你有非法，不要太嚴重就可以了，等於在法院的體系裡面容許一些包庇縱容的情形，這是第一則判決的瑕疵。第四則判決講說，我們的被告呢，因為員警的非法拘束，造成的身體上、精神上的強制狀態會延續到檢察官訊問時仍然依舊存在。初步看好像很有道理，這個要冷靜去思考跟批判才會發現它的

瑕疵，各位想一個事情，人民的強制狀態顯然依舊存在，是來自於非法？還是來自於人身自由的拘束？人民的強制狀態會因為合法非法而有差別嗎？這個非法、合法逮捕應該都一樣造成生理上、心理上的強制狀態。合法的逮捕，老百姓的心理狀態是沒有被強制的，非法的逮捕老百姓的心理狀態就是被強制的？這個幾乎是不可思議的，另外一點呢，這個合法、非法，大部份時候的判斷，警察在抓人的時候，檢察官在問案的時候，警察跟檢察官都認為這個逮捕是合法的。只是事後的判斷，我們經過一些嚴格的檢驗，事後的判斷說它可能是非法的逮捕，或者它應該是非法逮捕，在逮捕的那一剎那，跟訊問的當時，檢察官、警察甚至於被告，都誤以為那個是合法的，常常是這樣子，所以法院用這個樣子來講，好像有一點不對，我認為它結論上是正確，但推理上有很多很多的瑕疵，因為這個不正的強制狀態應該不是來自於那個非法或合法，而是來自於那個拘束自由。所以，以上種種呢，是在講一件事情，自白的任意性它是一個不好的標準，也因此，在自白的法理上慢慢覺得說，因為自白的證據能力的承認，它常常會影響到我們判決的最終結果，以蘇建和為例，可以當證據，蘇建和等就會被判有罪，不可以當證據，蘇建和等可能會判無罪，就這麼簡單，而用任意性為標準，它有這麼多的瑕疵，它可能造成很多的問題，所以很多法哲學家都開始懷疑任意性的標準究竟好嗎？也就慢慢產生到下一個問題，就是我剛講的，我們都是要確定它是非任意性，我們才排除，確定它是任意性，我們就不排除，這樣子可能不好，因為任意性的影響太大了，所以為了避免冤獄，法學家幾乎是不爭執的上位哲學思想，我們寧可錯放一百，也不要錯殺一人，傳統的哲學有一點點是，寧可錯殺一百，也不可錯放一人，這個殺也包括判決有罪，所以，開始對於自白的影響承認，開始懷疑自白任意性的標準能不能達成我們剛講的上位哲學的目的，然後法院能不能做出一個正確合理的判斷，開始懷疑。

實務上最容易產生非任意性自白，就是拘捕後的警訊自白，不是審判中的訊問。公開法庭很少發生非任意性自白，檢察官問訊問的時候也比較少，就是拘捕後的警訊，實務上最容易有爭執。拘捕後的警訊自白，耗費較多的司法資源，採用警察拘捕後的自白，法院再怎麼樣公平合理的判，老百姓都不容易相信，蘇建和等所犯的案子，再怎麼審，就是信者恆信，不信者恆不信，他們的自白到底是任意性？非任意性？到現在還在爭執。因此，我們花這麼多的資源解決這個問題，解決拘捕後的警訊自白，也幾乎是司法機關很重要的一個職責，立法機關怠惰立法，行政機關怠於約束他們的執法人員，甚至於縱容他們去這樣子做，剩下的就是司法機關的責任。實務上最容易產生非任意性自白、當事人對自白證據能力爭執最多、耗費法院最多司法資源在解決自白爭議，法院對於自白證據能力之判斷，最不容易為當事人或社會大眾所信服——拘捕後的警詢自白。刑事訴訟法上最重要之任務與課題，應係有效、公平解決「拘捕後的警詢自白」法律爭執。

各位都知道所謂的「突破心防」，在這個環境裡面，因為恐懼、孤立，常常被誤導，精神上的強迫，常常會做出非任意性也是非真實性的自白，你們都是軍事法院的法官、檢察官，因為你們都是軍人，都比較遵守法律，我從來沒有聽說那個軍法官有橫行霸道的行為，不過有少數的執法人員就不是如此，第一，他們常常會利用受訊問者的恐懼、孤立以及精神上的壓力，做出非任意性的自白；第二個呢，弱勢的族群最容易受害，為什麼呢？因為他們不敢

對達官顯要如此，那他們所對付的對象，幾乎都是婦人、女子，可能是財產上、經濟上跟智識上比較弱勢的一群族群。各位或許聽過少數調查員或者憲兵也玩這種技倆，大家以為反正能夠破案就好，事實上顯現的是另外一個問題，國家的公權力可不可以對人民作差別的待遇；第三個就是剛講的警訊的自白，可能會決定審判的命運，以蘇建和案為例，只要確定自白能不能用，案件幾乎就決定了，所以造成審判空洞化；第四個，還有不自證己罪跟律師權，受訊問人無端被剝奪憲法權利，我們不可以漠視，這個是自白任意性的批評與介紹。

二、預防性

(一)預防性理論

各位一定非常了解刑事訴訟法第 158 條之 2 這個條文，本條第 2 項原本主管機關的版本沒有規劃，這是我們擬出來要求司法院、法務部納入，後來相關機關都接受了。拘提、逮捕的被告，如果沒有進行 95 條 2 款、3 款告知時，這個自白原則上要被排除，各位或許很納悶，95 條的訊問主體是一堆人，法官、檢察官、警察通通包括在內，而訊問的對象包括受拘提、逮捕及非受拘提、逮捕之人，為什麼？各位，一個被告如果沒有告知他犯罪嫌疑及審判罪名，自白當然就應該排除證據能力，法官沒有告知被告有權聘請律師、有權保持緘默，難道這些自白證據能力通通都要撤銷了嗎？那當然付出的成本相當高，為什麼這樣子做？這是折衷考量人權與公義，才定出 158 條之 2 第 2 項這個條文，舉個例子，有一個慣犯，一天到晚進出警察局，警察在問他的時候，沒有告訴這個抓來的慣犯，有權保持緘默，有權聘請律師，自白就要排除，為什麼？不公平！難道自白是非任意性的嗎？當然我們多半會認為這個自白應該是任意性的，但是法律不是針對這個被告定的，因為進入法庭的被告，不單包括這個慣犯，也包括剛才我們在影片中看到的那位婦人，還包括其他社會上的弱勢分子甚至是年輕的小女生，這些婦孺被警察抓來之後那種心理面上的意思不自由，各位應該可以體會，特別像你們接受嚴格軍事訓練的軍人，常常在長官面前，看起來是有自由意思，但心裡面卻不見得是具有自由意思，各位應該能體會我的講法，你們用這種想法去體會被告的處境，所以本條規範的目的，是預防一般性狀況；第二個我們要節省訴訟資源費用，每一個案子如果都有自白的問題，這樣審判起來會非常痛苦，花非常多的時間；第三個是就算我們願意花訴訟資源去判斷，我們也難保不會發生判斷錯誤的情形。所以，我們的理論基礎就是拘捕後的警訊有時候會造成非任意性自白情形，就要把疑似非任意性的自白透過這種法律的前置措施，把它先排除掉，稱之為預防性措施。

(二)預防性措施之法律規定

刑事訴訟法第 158 條之 2 第 2 項為典型的預防性規定：(1)預防一般被告的非任意性自白成為證據；(2)節省訴訟資源；(3)避免法院判斷錯誤。其理論基礎就是拘捕後的警詢環境造成種種弊病，而任意性標準又有種種瑕疵，乃將「疑」為非任意性之自白排除。拘捕後的警訊自白，有時候可能是任意性，有時候可能是非任意性的，我們藉由法律上的解釋，那剛才那個是法律的規定，我現在跟你講的，我們也可以透過解釋的方式去創造預防性

的規定，剛才的規定是透過法律規定的方式，我現在跟各位講的，有些時候可能是非任意性，有些時候可能是任意性。我們法院，各位軍事法院的法官們，也是一樣，也可以透過法律的解釋，剛才的法理、個案的判斷，當警察沒有遵守一定的程序，我們就把它推定或認定，它是疑似非任意性，所以我們把它排除，來達到不要錯殺任何一個人的目的，來達到我們剛講的種種理論上的目的。

(三)預防性措施之法律解釋

1. 拘捕後警詢所取得之自白，有可能為任意性，亦有可能為非任意性，法院藉由法律之解釋，不再個案判斷任意性之存否（事實上也常無從為正確之判斷），當警察未遵守「一定程序」時，法院即認定（推定）所取得之自白並無證據能力，亦等於設立了要求警察必須遵守的「預防性措施」。最高法院 96 年台上字第 3104 號判決：「86 年 4 月 2 日下午 2 時 13 分有一調查員說丙○○有選任辯護人沈律師，沈律師說下午 5 時才到，丙○○即不再答話，至下午 2 時 28 分才說話…丙○○既有選任辯護人，為何不待辯護人到場，即訊問丙○○？此詢問筆錄之證據能力是否因此受影響，原判決未予說明，即認該筆錄有證據能力，亦有可議。」你們看這個判決，解起來都好像堂而皇之、很有道理，假如你很仔細去看，到底它怎麼作出來的，這個判決 2 點 13 分問的時候，被告說有選任辯護人，他會來，我們被告也不想講了，都不講話，結果，你沒等律師到場，2 點 28 的時候，又給人家問了，最高法院就說，你為什麼沒有等待辯護人到場就給人家訊問，所以，這個警訊筆錄有沒有證據能力呢？這個筆錄就把它拿來當證據，可議。最高法院憑什麼這樣講，刑事訴訟法那一個條文規定要等律師到場，93 條之 1 是說，假如我們等律師到場，那個等的時間排除 24 小時，那一個中華民國條文說我們要等律師到場，找不到，所以，事實上沒有明文規定，那最高法院如何作出這個判決，我自己當然很喜歡這個結果，但是它沒有寫出理由，那我們去仔細的檢驗，假如各位，用你們長官去檢視下級法院的判決，你們以為依據何在？最高法院雖然不太願意講出來，但它有一點是要拋磚引玉。沒有明文規定，最高法院還是可以這樣子做，因為它把尊重被告的律師權，尊重律師權只是第一步而已，下面還有一個邏輯的推演，律師權是偵察中保護被告不要做出非任意性的自白，所以它把疑似非任意性的自白，打一個大問號，所以這個案子等於是說，你沒有等律師，我把你打一個大問號，你等了律師，我就不能打問號，那等於也弄一個前置性的措施，是一個預防性的措施，相當於這樣的一個解釋，所以它等於透過了法律上的解釋，不是法律的規定。

2. 刑事訴訟法並無「明文」規定警察應等待被告之辯護人到場後始能詢問，惟最高法院則解釋如警察知被告有選任辯護人，未等待其辯護人到場即訊問被告，自白之證據能力即有疑問。最高法院雖然不能確定該自白為非任意性，仍有意將「疑」似非任意性之自白排除，亦等於要求警察必須等待辯護人到場始得訊問（預防性措施之設立），否則自白之任意性將受質疑。各位軍事法官、軍事檢察官們，這個是最高法院有這個權利，你們也有這個權利，這本來就是執法者解釋法律的權利，只要沒有跟法律條文的明文規定相抵觸違背的話，解釋法律本來就是你們的權利。各位再聽我一句話，你

們可以看到一件事情，你們假如去看最高法院的判決，一堆沒有法律依據，不騙你們，最高法院憑什麼創造證據排除法則，民國 87 年的時候，最高法院認為證據非法取得要排除，那一個條文規定的？沒有規定，它可以這樣子做，你們也可以這樣子做，中華民國沒有一個條文講對質詰問權，條文都講「得對質詰問」，沒有講對質詰問權，但是你看最高法院好多解釋把對質詰問權解釋的非常擴張，訴訟法 159 條之 1，有關於傳文法則的例外，條文規定的這麼清楚，最高法院也是把它限縮、限縮再限縮，以保護被告的對質詰問權，這個是最高法院有權，只要不違反法律的明文規定，它都可以這樣子解釋，最高法院有權這樣做，各位法官們一樣有權這樣子做。這個叫做預防性，設立一個前置措施，針對那種場景，常常對我們造成司法的判決，司法判決能不能被人民接受，這是很高的指標，很重要的指標，那這個指標呢，不是司法院院長的職責，因為司法審判獨立的關係，不是我們軍法司司長的職責，因為軍法也要求審判獨立，他們不應也不能干涉你們，反而是你們各位法官的職責，你們判決出來的結果，如果對婦女摸 10 秒鐘不算猥褻的話，人民當然不願意相信司法。司法判決要被人民接受，除了主政者有責任外，每一位法官也有責任，很多觀念各位可以從我的書中看到，我認為講觀念比講法條更重要，為什麼西方的法院會被認為是最後一道防線，皇后的貞操不容質疑，如果在台灣你講司法是皇后的貞操，大家恐怕會哈哈大笑，誰相信嘛？政治人物通通不相信司法，一直講說司法迫害，誰相信司法？我講一個故事給各位聽，希望能鼓勵各位，西方英國古早時期皇帝非常兇悍，以嚴刑峻罰來維持社會秩序，殺人判死刑，強姦判死刑，通姦判死刑，偷竊也判死刑，古時候的中國也是一樣，差別是在於我們的死刑更多，死法奇特腰斬、凌遲、斬首等。所以英國的法官非常頭痛，偷東西也判死刑，曾經有一個案子，檢察官起訴被告偷一雙鞋子，他講 a pair of shoes 偷一雙鞋子，要把被告起訴，假如該案證明成功，那被告恐怕會判死刑，結果審判中證明了什麼事情，被告沒有偷 a pair of shoes 他偷了二隻右腳的鞋子，那當然是有罪，也是二隻鞋子，a pair of shoes 也可以解釋二隻鞋子，a pair of shoes 也可以解釋為一對鞋子，法官講說，你指控被告偷了 a pair of，可是你證明的是被告偷了二隻右腳的鞋子，因此你不能證明你的指控，被告無罪釋放。各位軍法官你們做得到嗎？我認為你們做不到，一定做不到，連我自己也做不到，但是這是一個非常簡單的例子，我舉這麼簡單的例子，為什麼英國人、美國人對於法院有極端的崇拜與相信，美國總統選舉完，高爾跟柯林頓為了票數爭執，聯邦最高法院判下來，大家都乖乖聽話，那是他們的傳統，這個非常悠久的傳統，當然不能跟我們這邊相提並論，判決結果讓人民接受非常重要。上面例子裡的那個判決傳出二個訊息，一個是說把法律做某個程度的曲解，另一個是告訴老百姓我是保護你們的人，司法是最後一道防線，希望有一天我們人民也都能相信。剛才 96 年台上字第 3104 號判決是一個很好的判決，只是理論上沒有講清楚，而且大家要注意，最高法院能做的事情，我們軍法官通通可以做。

3. 解釋法律本即為法院之職權，法院秉持法律相關規定所作出之解釋，只要未違反法律之明文規定，即未違法。立法時常怠惰，法院針對實際問題及社會變遷，秉法律相關

規定所作出之解釋，只要未違反法律之明文規定，非但不違法，甚且為社會大眾所期待。所以，我一直強調，拘捕後的警訊環境是我們要解決的問題，這個從舉證分配法理我們必須要去解決這個問題，因為，我們都知道我們最痛苦的工作，是在認定事實，他到底有沒有殺人放火、強制性交案男的說得到女方同意，女的說男方是強迫的，這個是最難的工作，所以，這是我們要用一個好的方法解決的，警訊自白是更難認定。第二個，所有的證據在警訊自白的時候，特別是拘捕後警訊自白的時候，證據通通掌握在警察手上，所以，它這個秘密性質，由我們法院去發現那一個是任意那一個是非任意性，這是非常痛苦，也常常容易做出錯誤的判斷，假如我們法院做出錯誤的判斷，我們審判的結果就常常不能被人民所接受，甚至於可能造成對我們最重要的哲學思想牴觸跟衝突，那變成我們會錯殺人民。所以，上面這些理由跟公平正義，因此，我們會認為比較好的方式是推定它是非任意性。事實上在審判上的經驗，我們假如摒開我們是軍事檢察官的身份，摒開我們在這邊從事好像有個責任跟義務的話，我們會發現，確實有一些警訊，拘提逮捕後的警訊有蠻多的不是任意性，但是，目前的法律，好像只要沒有強暴、脅迫，都把它算作是任意性，那個結果就是我剛講的，任意性判斷標準的瑕疵，有一些弱勢的族群，等於是叫執法人員，你可以施一點壓，你不要用暴力，有形的你不要用，像剛剛講的，無形的，那個很可怕，關你三天看你講不講，這個筆錄上通通沒有記載，我們都理解這種經驗，我們知道有這種情況，但我們沒辦法統計，所以我們推定它不具任意性。認定事實是最複雜困難的工作，認定警訊程序的事實尤為艱困。因為所有的證據幾乎都被警方完全壟斷。由於拘捕後的警詢為秘密性質，使得由法院發現何者出於任意性、何者非任意性，成為極為困難的工作。若法院判斷錯誤，有些實質上非任意性自白，即成為審判中之證據，有可能造成冤獄。基於公平正義，解決此紛爭最好的方式，是推定拘捕後的警訊自白係出於強迫或壓迫。檢察官欲使用該自白為證據，應舉證證明已採取相當措施防止非任意性自白，此相當措施即為預防性措施。

三、嚇阻性

(一)嚇阻性法則

前面講的就是一個預防性，我們透過舉證責任，透過權利解釋，權利解釋我待會會跟各位報告，我們去推定它是非任意性自白，他是的話，那就要去採取一些措施才能把它改成它不是，那嚇阻性是什麼意思呢？嚇阻性是執法機關有時候破案的壓力太大，有的時候會不得已，或者說他們本能的，或者說他們不顧的去作搜索，扣押、逮捕，然後證據排除法則就因應而生，如果證據排除法則不夠，然後就有毒樹果實原則，這個各位很熟悉了，我們就不講了，那從物證的角度，好像非法監聽被排除，非法監聽衍生的證據也跟著排除。執法機關承受破案之沉重社會壓力，為取得物證，執法人員有時會非法搜索、逮捕人民，證據排除法則乃應運而生。惟證據排除法則有時不足，乃有「毒樹果實」之理論產生。這個法理，應該適用到我們的自白，剛剛第一段是物證排除法則，第二段是

毒樹果實原則，這邊的第一段是自白的特有排除原則，第二段也是毒樹果實原則，在物證，我們叫物證排除法則，在自白呢？我們是任意性法則跟預防性法則，它的理論基礎都跟各位報告過了，這是它獨有的，就是把一個可能是真實的，只是我們起疑，為了一個社會更崇高的目的與政策，我們把它排除掉，這是用我們特有的，用我們自白特有的任意性跟預防性法則，還是一樣，剛才的第二段，我們還是一個毒樹果實原則，因為有些東西他們會把它漂白。

任意性法則、預防性法則有時仍嫌不足，蓋執法人員為規避任意性法則、預防性法則，得在非法行為之後，再以合法訊問行為漂白或掩飾先前非法行為。為達到徹底嚇阻非法行為之目的，在自白之領域，亦應適用「毒樹果實」理論。

執法人員先非法逮捕被告，再遵守一切法律規定，遵守任意性，採取預防性，自白要不要排除？各位假如再回想一下，我剛才講的 96 年第四則判決，先非法拘提逮捕，然後送到檢察官訊問，那最高法院後來就採取我的想法了，就是這個案例，完全一模一樣，第二個案例，先對被告施以刑求、其它不正方法取得自白，再遵守一切的法律，那第二個自白要不要排除，這個就是我們講的毒樹果實原則，你們看第二個案例，我常常去問他們的警察，警察都跟我講，大部分的警察，100 個警察差不多 98 個警察都跟我講，我們法律條文規定說，訊問被告應該是全程連續錄音，各位應該都知道，沒有這樣子做，只有突破心防之後才開始錄音，各位應該都知道，筆錄那份自白都是突破心防後的產物，因為很多理由，包括問案我們都要花 3、4 甚至 5 個小時，筆錄只是後面那段精華，我也問刑警，前面那段你們怎麼不錄音？「錄音！」錄音我們就不用問案了，怎麼可以錄音呢？那段時間他們都在做一些突破心防的動作，我想在座各位只要是上尉以上的軍官應該都可以瞭解這方面的事情，只要是上尉以上的應該都有這樣子的經驗，筆錄都作的很好，可以寫出這麼文謔謔的話，問：你於何年、何月如何如何？答：我於某年、某月、某日幾時到幾時許如何如何。很多被告講不出這種話的，這絕對是別人幫他寫的，而且都是突破心防之後才寫的；第二個問題是很嚴重的一個問題，那就是我們考慮要不要採取嚇阻性，那當然要看它的程度，這兩則案例檢察官一定會爭，我們前面有非法歸前面有非法，違反錄音、錄影歸違反錄音、錄影，非法逮捕歸非法逮捕，但現在這個自白是乾淨的，在我檢察官這邊的自白是乾淨的，檢察官可能會這樣子爭執，你看我們沒有強暴、詐欺、脅迫、利誘、違法羈押，我們 158 條之 2、95 條都遵守了。所以，法官最頭痛的事情，就是檢察官講的是真的，他的任意性跟預防性他確實都能夠遵守，那法官就陷入一個頭痛狀況，假如我不排除的話，好像我坐視，坐視這個程序他不遵守法律，欺負人民這個情形我都無法去制裁，有點縱容的味道。但是，我們法律上很重視憲法上平等原則，這種結果絕對不會發生在達官顯貴身上，但卻會發生在販夫走卒的身上，所以它是不平等的，所以法院如果要排除，就很頭痛要用什麼理論依據，那就產生這樣子的問題。所以！用任意性去排除，除非你曲解事實，因為剛剛那事實已經認定了，因此用任意性排除不是很好的。這時候我們可能要承認嚇阻性的目的，讓這個跟物證排除相似，物證排除有毒樹果實原則，那自白的法理也應該有類似毒樹果實原則理論的適用，物證

排除法則也是先有一個非法取證的東西，它再從這邊去衍生其它證據，這時候我們叫毒樹果實原則。自白也是一樣，先有一個違反任意性的，違反預防性的自白，後來又再得到第二個合法的自白，這時候物證排除法則的邏輯理論完全相同，這個應該是嚇阻性的毒樹果實理論，可以適用。

這個情形可以分成二種，第一種是非法取得自白然後再從自白裡面合法取得物證，檢察官說自白我不要了，我靠這個物證來判決被告有罪，這也是毒樹果實原則，這個在臺灣最高法院的判決還沒有承認。第二種是，我有二個自白，就好像我前面舉的四則判決一樣，我第一個非法取得自白，然後又遵守一大堆規定，然後我取得第二個自白，檢察官的訊問自白，這時候，我們就是用第二個自白能不能當證據，那應該是用嚇阻性，那我們處理第二個自白的時候應該是用嚇阻性法理才對。

(二) 案例討論

案例一、執法人員先非法逮捕被告，再遵守一切法律規定，也採取預防性的措施，訊問後被告自白，該自白是否得排除？案例二、執法人員先對被告施以刑求或其他不正方法而取得自白，再遵守一切法律規定，也採取預防性的措施，再次訊問後被告自白。第二次之自白是否得排除之？上二案例，檢察官可能會爭辯：執法機關先前雖有非法行為，但在系爭自白之前，執法機關已遵守一切相關法律，且也採取一切的預防性措施，自錄音、錄影中亦顯現被告之情緒並無異常狀態，因此依現有相關法律、任意性法則、預防性法則，皆不得排除該自白。如法院認定檢察官之主張確實與事實相符！法院不排除自白，有以下缺點：一、縱容非法，鼓勵侵害人權。二、不平等。法院要排除自白：排除之理論依據何在？若以任意性法則為排除之依據：惟自錄音帶、錄影帶中觀察，自白顯然為任意性，即無從依任意性法則排除自白，除非：一、法院「曲解」事實。二、依最高法院第二則至第四則判決解釋，認定該之前非法行為造成的強制狀態，仍延續至系爭自白之警察詢問環境。惟該三則判決在邏輯及理論皆有瑕疵。再者，法院依證據認定事實，有時無法得到「強制狀態仍然延續」之結論。

(三) 承認以嚇阻為目的嚇阻性法則

與「物證」排除法則之「毒樹果實」理論相同，只要「自白」是利用先前非法行為的產物或與先前非法行為有關者，應即適用毒樹果實原則而排除該「自白」。此時，自白排除之理論基礎，即與該自白是否為任意性或是否疑似任意性完全無關，而在嚇阻之前的非法行為。非法取得自白，再依自白而合法取得物證：檢察官放棄使用自白，在審判中使用物證定被告於罪——該物證為真實且得證明犯罪之成立，但仍應排除之。非法取得第一個自白，再遵守任意性法則、預防性法則而取得第二個自白：審判中依第二個自白定被告於罪。依相同法理，即令第二個自白為任意性且得證明犯罪之成立，應仍排除之。這時候，檢察官可能會爭論，第二個自白未必是源自於第一個自白的產物，好像第一個警察有非法的自白，第一個自白是警察非法取供，第二個自白是檢察官合法的訊問，他會講說，這二個已經切開了，所以，你不能做這樣子的推論，這個是忽視了一些理論，這個理論就是我剛講的飛語難收理論，你講出去的話通常收不回來了，我在警察局那邊

已經承認，我殺人、放火、強姦、收賄，這個承認是因為你非法取供，任意性或預防性非法取供，換個環境換個場所，一般人會再講一模一樣的話，這叫飛語難收理論，所以，檢察官講這個跟那個沒有關係，其實是有關係的，第二個就是舉證責任理論，這時候就是你要去舉證他二個沒有關聯性，而不是叫被告去舉證，這個理論上都可以站的住腳，第三個，就是我們來扼止前面的非法。這個絕對不是說，有一個警察、調查局的人，做出一個不當的事，後面的自白完全不能用，不是這個意思，我們還有例外，毒樹果實稀釋的例外，這個各位在很多地方也讀過，它基本上的原理、原則，我們不讓警察透過非法取得不應該有的優勢地位，我們也不讓警察因為非法而取得不應該有的劣勢地位。美國有一個警察，他非法把人抓起來問，問了之後，這個自白是非法的，自白知道不可以用，警察自己知道不可以用，就把被告放掉，放掉之後，這個被告隔了三、四天之後，自己跑回來警察局，說我錯了，這是我幹的，我要承認，那警察就把他作筆錄，那第二個自白呢，聯邦最高法院認為說這已經稀釋了，他已經放掉了，他出去三天了，這個自由意思已經非常自由了，這個稀釋出來的目的就是，這個不是完全救不回來，那當然有些例外，這個是我們還沒有完全承認嚇阻性，所以我們台灣這個稀釋的例外也還沒看到，有些地方我們看到其他毒樹果實例外也慢慢承認。

1. 稀釋例外：在第一次違法行為之後、第二次合法取得自白之前，有其他因素介入而稀釋或消除原來的違法性，則系爭自白應例外成為證據。
2. 理論基礎：嚇阻之目的，在使執法人員不得利用其非法行為，而取得較優勢的訴訟地位；稀釋例外之目的，在使執法人員不會因為曾有不法行為，即因此陷於萬劫不復的地位。
3. 舉證責任：檢察官證明有稀釋例外的構成。

（四）嚇阻性法則之優點

像剛才那第四則判決，就是非法的逮捕之後到檢察官的訊問，這時候，我們最高法院說它是非任意性，那個判決結論是很好，它應該是用嚇阻性會比較好，用嚇阻性的話，我們看前面好幾則判決它理論就比較能夠一致，我們下級法院也比較能夠知道要怎樣判，因為有非法，我們是為了嚇阻非法，我們就不判斷這個舉證自白，他比較好判，這個也比較能夠兼顧人權保障跟執法需要，因為你只要判他任意性非任意性的話，你永遠救不回來了，你判斷他是非任意性自白，你永遠救不回來，你判斷他嚇阻性的話，像我們剛講的第四則判決，你還有辦法透過稀釋例外他救回來，這樣比較能夠兼顧人權保障跟執法需要，這是嚇阻性，前面，我就把這個發展的四個重大理論基礎跟各位說明。接下來我說明被告二個重大的權利，一個是不自證己罪的權利，一個是律師權。

肆、不自證己罪、緘默權與律師權

一、不自證己罪

檢察官問被告：「如不說清楚，將羈押」被告因此陳述，辯護人如何主張？聲押庭，檢

察官向法院陳述：「被告未說明清楚」、「被告不肯說清楚」，請求羈押？律師如何主張？不自證己罪在訴訟法上為一種緘默權，反映在證人為拒絕證言權，反映在被告則為緘默權，意思為一個人不能被強迫成為對自己不利的證人。緘默權在法律上似乎只有以下四個意義：一、不得因為被告保持緘默而處罰之。二、不得因緘默而推斷罪行（第 156 條第 4 項）。三、訊問前之告知義務（第 95 條）。四、違反告知的效果（第 158 條之 2）。不自證己罪在保護人民不被「強迫」作出對自己不利之陳述，所謂「強迫」包括法律（*de jure*）及事實（*de facto*）上之強迫。在法國大革命之後只有生命、自由、財產等權利，並沒有像現在這麼多的權利如隱私權，隱私權則為後來發展的一種觀念。不自證己罪在西方國家是一種非常大的權利，在我們的過去的大法官及這一屆的大法官在很多地方都有提到不自證己罪。

不自證己罪不是文字上的意義而已，而是一種縮寫，原始產生的背景是以前西方人在審判中時可以命令被告宣誓，若被告不肯或拒絕宣誓時，便可判「藐視法庭」，若被告在宣誓之後卻又說謊時則可判「偽證罪」，所以被告在宣誓之後只剩一條路則為講實話，當初在西方這是一種法律，在當時的多數人及法學家都認為這是一個很好的發現事實審判機制。所以不自證己罪是在當時的法律實務所產生出的一個原則，是一種強迫人民自證己罪，並讓人民陷入三難之境，三難之境則為：說謊不能，因會判偽證罪；說實話也不行，因為這是一種讓自己跳入火坑的行為，檢察官根本就不用舉證了；不說又會被判藐視法庭。怎麼做都不對，所以不自證己罪便成為對抗當時此審判機制非常重要的原則，後來也被多數人及眾法學家跟文明國家採為一個重要的原則即為不自證己罪。

不自證己罪所對抗的不僅只是上述所說的那個法律，任何一種實務或法律上的操作，不能造成人民陷入三難之境，不准強迫人民成為對自己不利的證人。而此種強迫慢慢從法律上推展到事實上的強迫，當然也被禁止，因為發現法律上的強迫和事實上的強迫效果都是一樣，所以不是如此單純只牽扯法律上的強迫，也包括在事實上的強迫都全面禁止。不自證己罪在禁止執法人員實施「事實」上之強迫，與刑事訴訟法第 156 條第 1 項所禁止之「脅迫」，又有何差異？

- (一)民國 86 年第 95 條增訂「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」，立法目的在「保障被告得自由陳述及保持緘默之權利」。只要是強迫人民陳述，即為不自證己罪所禁止，至於該強迫是否讓一般人覺得反感、是否為一般人所認同、大多數人是否認為有禁止之必要，皆非所問。
- (二)不自證己罪基本上和刑事訴訟法第 156 條有些許差異，在 156 條所謂的強暴脅迫和違法羈押在無第 95 條之前，所對抗與防制之對象，是在於不被多數人所接受的違法方法，本來則為防範客觀上的一種對於人體、身體上的侵害，並再慢慢擴展到精神上，所以 156 條第 1 項是要針對強迫、脅迫所訂立，並隨著時代改變此觀念也跟著改變。156 條第 1 項是泛指不被一般人民所接受的不正方法。95 條則是保護人民對抗大多數人所通過的法律，大多數人說這是好的、可以的，但不自證己罪還是會講這是不行的，所以不自證己罪是保護更高層次的、細微的自由意志，這便是兩者的差異。所以當有強迫人民的自由意志，

不被人民接受的，是屬於 156 條。

(三)而自由意志又是什麼呢？自由意志是很容易被影響，但卻又很難被查覺。警察對被告言：「如不說實話，將打斷你的腿」，為第 156 條第 1 項之脅迫，亦構成 95 條不自證己罪所禁止之強迫。如檢察官在偵查中向被告表明：「因為案件複雜，如果你不說清楚，我將向法院聲請羈押」，例如檢察官說：「我關你三天看你說不說清楚」，「關你三天」這句話通常檢察官和大多數人或許認為不構成第 156 條第 1 項之脅迫，甚至到法院用「我關你三天看你說不說清楚，若不說清楚則羈押」，當然這可說是法院的職權，所以從歷史及理論上講這是不自證己罪最需要防範的對象，因為此種情形通常一般人、檢察署和法院都認為不構成第 156 條第一項之脅迫，但應構成違反不自證己罪之非法強迫。審判中，法官對被告言：「如果你不說實話，我會判你重刑」，一般人或許認為不構成第 156 條第 1 項之脅迫。但理論上構成 95 條緘默權的違反，等於以「判重刑」影響被告的陳述自由。單純問被告：「你是否以刀刺被害人」、「是否在場」、「是否認識被害人」等有關犯罪之事實或情節：未實施任何手段、技巧或承諾以影響被告之陳述自由，不構成不自證己罪所禁止之強迫。

(四)「法官曉諭被告，照起訴事實來看，對你不利，且本案起訴後，法律有修正…對你不利，你如承認，我會從輕量刑…」、「…若被告坦承，我今天會讓你交保，若被告否認犯行，我續行羈押且有禁見之必要，若被告坦承犯行，我馬上可讓你交保出去，只要你將細節交代清楚即可」、「只要被告坦承，對被告絕對有利，我不知道被告在考量什麼，不願意將案情據實說出」、「起訴書以被告否認犯行，求刑二年六月…只要被告願意講出來，交代清楚，我可以從輕量刑…因為這案子有些破綻，若將來破綻被我找出來，而其他同案被告都已承認，我會從輕量刑，而你若不承認，我會判決較重的刑責，你自己要考慮清楚。」等語，而這是否算心證的表露？最高法院 96 年台上字 5947 號判決：原判決以受命法官亦告知續押之原因及可從輕量刑，並提醒上訴人要考慮清楚，若將案情講清楚，有可能會使董○○當選無效案件判決敗訴，或是否會牽連到其他人等語，並未要求上訴人坦承犯行，且上訴人承認犯行與否認之犯後態度，本屬法院依刑法第 57 條科刑輕重時審酌之標準，認受命法官此部分諭知，並不屬於逼迫云云。在高等法院方面認為這是心證的表現，所以並不構成 156 條之脅迫。最高法院 96 年台上字 5947 號判決：顯係以上訴人若承認犯行即可獲得交保或從輕量刑，其內容是否含有利誘或其他不正之方法，並非無疑，原判決…認受命法官此部分諭知，並不屬於逼迫云云。惟受命法官上開曉諭言詞是否足以使上訴人為求獲得交保而影響其自由意思陳述？…原判決未斟酌上情，遽認上述上訴人陳述之筆錄有證據能力，並引為上訴人論罪之依據，自有可議。在高等法院方面是從 156 條的方式、法院的職權，並且一般人可以接受，所以可以如此做，但最高法院認為已影響人民的自由意思，所以不可如此做法不管是用任何方法都一樣。

(五)間接強迫也為不自證己罪的一種。假設已明白說可以行使此權利，但當行使此權利時又會受到處罰…那麼誰敢行使權利。例如人民由合法管道的申訴，而合法申訴時又會受到處罰，當然任誰也不敢申訴或不願意行使，這也是一種欺騙人民的行為，所以不自證己

罪不能間接去強迫或由其他型式來處罰行使此權力。

二、緘默權

(一)緘默不得為實體證據：

第 156 條第 4 項：不得因為被告拒絕陳述或保持緘默而推斷其「罪行」。同理，緘默亦不得為「科刑」之依據。檢察官以被告在偵查中保持緘默，而認為有串證之虞，向法院聲請羈押，法院在決定羈押與否時，應完全不考慮被告保持「緘默」之因素。若有考慮「緘默」的話結果則會與第 156 條第 4 項一樣，為不利的後果，在審判中不利的後果即為「罪」與「刑」，在偵查中的聲押庭後果即為決定羈押與否，所以在偵查中的羈押庭檢察官提出此理由說要保持緘默所以要羈押是不可以的。

(二)不自證己罪之實質內涵—強迫之推定：

國家機關未實施威脅、強迫，但因為國家機關所造成的特殊外在環境，有時應推定國家之行為構成強迫，即為推定之強迫。此環境如警察拘捕人民，人民由極為熟悉的環境，被強制帶至另一個充滿敵意的陌生環境。一般人通常會產生緊張、恐懼、無力而造成意思不自由。警方通常也會趁著犯罪嫌疑人有這類恐懼無力感時，對其施以心理上的壓力，造成所謂心防的瓦解。如此警察雖無直接強迫，但環境的本身造成了一種強迫的存在，所以稱之為強迫之推定，而在此種環境下的自白便要回到之前所說的，寧可錯殺一百或寧可錯放一百這一個哲學基礎。又例如有兩人發生性關係，男方說是女方自願的，而女方說是被強迫的，這時要如何判斷，是要錯放還是要錯殺，而舉證責任在什麼地方；現代化的舉證責任是寧可錯放也不要錯殺，因為自白的影響太大，所以在現代這個環境當中便只好推定此為非任意性的，但這不代表一定把他排除，而是給國家機關一個機會，把這個推定給推翻掉，所以文明的國家便會要求此特殊的環境能給人民一個較心安的接受此自白跟此自白所造成的判決結果，並且要為此判決結果所背書。

(三)不自證己罪之實質內涵—消除強迫：

消除強迫毒素的積極及相對措施，最少應包括：(1)告知緘默權。即有權保持緘默。但也有人慢慢懷疑此一權利到底有效否？在日本的法律中，日本以前的法律是抄二次世界大戰前的德國普魯士民族的法律，普魯士民族是一個軍權國家，所以日本當初很多文化及刑事審判事務都很像德國普魯士民族。但在二次世界大戰之後，日本則被美國人逼著改法條，而日本的法律也被美國強迫告知在詢問他人之前，人人有權保持緘默，這也是被逼的，所以日本也只好照做，但日本的警察在問被告知雖也有講：「你有權保持緘默」，隨之又大聲拍桌講：「說實話，這事是不是你幹的？」如此告知緘默權便無意義了，可知當時的日本完全誤解緘默權的意義。而緘默權為何要告知，主要來自於之前所提到的「強迫之推定」。日本到現在也還是有很多的報導是警察對被告在問案時還是有拍桌、踢椅、翻桌的情況，而日本警察和檢察官在問案時是不能有律師在場的，此情況則是日本目前最需要改進的。

(四)確定被告係自願放棄緘默權而為陳述。例如數名彪形大漢警察圍繞一被拘捕之柔弱女子：

「你有權保持緘默」，再高聲斥問：「你給我說清楚，這個案子是不是你幹的？」告知權利是否消除強制性？答案顯然為否定。檢察官應舉證證明被告係自願放棄其緘默權。這要如何做到？必須真切告知，並且要得到被告親手簽署的同意書告知願放棄緘默權才可。基本上消除強迫必需包含上述三點，若無符合此三點，則可能會認為被告的自由意思還是處於不自由的狀態，還沒把此強迫的威脅性給洗濯掉。受拘捕之被告主張緘默權，警察是否能繼續訊問，法律效果？行使緘默權分為理論及實務，實務上在中華民國真正敢行使緘默權的人為聯電的曹董事長，此人因擁有強烈的西方觀念且有相當的法律知識並且也相當有本錢，所以法官及檢察官們都無法突破此人心防，而最後證實此人並沒有犯罪。這個案件主要在述說兩件事，第一在中華民國並無人行使緘默權，主要在於沒有人像曹先生有此本錢，並且在行使緘默權時無後顧之憂，一般人幾乎從警察詢問階段就被突破心防了，所以緘默權這個權力就比較沒那麼被尊重。不顧被告緘默權之行使，對被告再為訊問：在既有的強制環境下，再繼續施以更強大的壓迫，等於利用警察所掌握之絕對優勢環境，壓制被告不為陳述的意思自由，將被告逼向意志崩潰的深淵，甚至等於向被告宣示：無保持緘默之權利。所以若警方有可能使用警方優勢環境來壓迫被告知自由意志的情形則是不可以的。這便是目前美國法律所規定的。而歐洲許多國家在最高法院的判決也已對緘默權解釋了出來。警察訊問時，若被告主張緘默權時，若警方無讓被告舒緩而繼續追問時，此被告的自白都會被判定為非任意性。此判決一開始是在美國1966年所判的，而美國聯邦最高法院的刑事判決已被歐洲許多法院採用。1992年時德國聯邦最高法院也採美國的刑事判決，並且也做出了相類似的判決，而目前歐洲許多法院的判決和美國聯邦最高法院的判決思想都差不多，而此種判決其實我們也可以參考的。此種判決雖在法律上沒有明文規定一定要這樣做，但可解釋成也有這樣的結果，所以非法的詢問及非法的拘提逮捕及檢察官的自白都是可以排除的，而在法官方面雖也只是單純的表明心證，但也還是有影響他人的情形一樣是可以排除的。在上述的種種情況下其實也算是有侵犯到人民的緘默權，因為已經影響到人民的自由意思，雖然用的不是非常惡劣的手段，與156條第1項非常的不同，但也還是影響到人民的自由意思。

- (五)在被告主張緘默權後，應尊重被告緘默權之行使，不得再為訊問，否則應推定強制環境影響被告之陳述自由（保持緘默之意思），其陳述不得為證據。不自證己罪之理論基礎、自由陳述之權之理論基礎。何謂不自證己罪的理論基礎：(1)保護口齒笨拙之無辜被告：講話沒頭沒腦，有時被告必需從盤古開天開始講起才能講到重點，所以有可能越講越讓檢方愈生氣、讓檢方印象不好，因為檢方要的是重點而不是廢話，所以緘默權有時是可以保護口齒笨拙及無辜的被告。(2)幫助發現真實：透過緘默權的實現讓檢察官提出更多其他口供以外的證據，來幫助客觀真實的發現。(3)維持政府與人民的權力均衡：檢察官控訴被推定無罪的人民，並要此人負起舉證責任。但其實不應該去期待人民去協助把犯罪給解決，所以人民沒有理由幫助檢方舉證的義務，因為這是人民的緘默權，其目的由於檢方有檢方的控訴權、詢問權，那麼為了保護人民可以使其對抗並維持權力均衡，緘默權是必然的。(4)保護隱私及自治之權：當人民決定不講話時，檢方是不能以硬逼、強

迫的方式來強迫人民說話。所以在西方國家若被告已主張緘默權，而檢方不遵守的話，此被告之自白是可以排除的。

- (六)行使緘默權後，警察只是應停止訊問，並非「永遠」不得再訊問被告，如果在停止訊問後，被告情緒已經舒緩、已恢復陳述的自由意思，應得再為訊問，未侵犯被告之緘默權，此應由檢察官舉證證明。證明方式：不再訊問被告後，使被告安靜獨處一段相當的時間，或使被告與家人通電話或見面會談，或使被告與其辯護人會談後始重新訊問，且於訊問前再次告知權利，被告也明白表示自願放棄緘默權。

(七)審判中之實質緘默權：

審判中具強制性的訊問方式：法官訊問被告：「如果你不說實話，我會羈押你」、「你不說實話，我會判你重刑」。用「羈押」、「重刑處罰」的方式來影響被告意思陳述的自由，構成不自證己罪原則所禁止之直接強迫。審判長問被告：「你於案發時是否在場？」被告明白表達要保持緘默（行使緘默權）時，法官應如何處理？

- (1)如無辯護人：保持緘默不作任何陳述，有時反而無從發現對被告有利之事實。應告知緘默權之內涵。並且也擔心由於被告無辯護人，會不知整個審判的意義及緘默權之內涵。但基本上法官還是要尊重緘默權行使的被告不論是什麼人，這便是法院上最重要的平等原則。

- (2)有辯護人：開庭前辯護人大都已與被告多次演練，無須向被告多為緘默權之解釋，法官應不得再為訊問。

- (八)為何法官應尊重被告緘默權之行使而不得訊問？法官自認為審判庭中至高無上的權威者，掌握被告有罪無罪之命運，在法官告知被告緘默權、被告明白主張緘默權後，法官仍持續不斷對其訊問，一般人應無勇氣抗拒法官之訊問，甚至會誤解自己其實無緘默權，或猜疑如再繼續緘默可能會引起法官的不利推斷。在被告明確行使緘默權後，法官再就同一問題持續訊問，侵蝕緘默權之基礎理論，影響被告之陳述自由，所得之陳述應不得為證據。法官雖應尊重被告緘默權之行使，非謂被告得不公平地、選擇性地任意行使緘默權。例如：法官問：「被告當時有無在場？」被告答：「有。」之後法官再問：「當時情況如何？」被告答：「都是被害人先打我的。」於是法官接者再問下一個問題時，被告突然告知要行使緘默權不答，而這便是選擇性行使緘默權，這時法官也便可對被告做不利的推斷，要不然被告只講對自己有利的，這也就是一種公平法則。在此緘默權又分為兩部份：

- (1)一開始被告被詢問時就告知要行使緘默權時，法官則不能再繼續詢問。
- (2)一開始被告被詢問時未行使緘默權而且配合回答，但到最後幾個問題被告告知要行使緘默權不回答則是不行的，因為此行為即為選擇性行使緘默權，而選擇性行使緘默權是法律上所不允許的。

(九)檢察官訊問之實質緘默權

檢察官之訊問環境，有時與拘捕後之警訊環境相同，有時與審判的訊問環境類似。為何會這樣？因為有的檢察官在訊問時是用傳喚的，而此詢問就比較像是審判中的訊問環境；

有的則是在 24 小時之內警察的移送，而此狀況就應推定為警訊環境。

- (1)檢察官接受警察拘捕移送之被告而為訊問。應推定訊問環境為具強迫性質，被告的心理仍處於恐懼及不自由的狀態。
- (2)除前述情形外之檢察官偵訊環境，皆係經自首或傳喚到庭，不應推定此訊問環境為具強制性質。
- (3)消除毒素的措施包括：1. 告知緘默權之存在。2. 確定被告係自願放棄緘默權而為陳述，並舉證證明被告係自願放棄其緘默權。3. 被告若主張緘默權，應停止訊問。如檢察官之偵訊環境與審判之訊問環境類似，不應推定為具強制性質，但仍可能出現以強制性的方式訊問被告。例如，檢察官訊問被告：「如果你不說實話，我會聲請羈押」、「你不說實話，我會請求法院判處重刑」，用「羈押」、「重刑」來影響被告意思陳述的自由。不論檢察官之偵訊環境屬於與審判環境類似或與警訊環境相同，如檢察官不顧被告緘默權之行使，而仍對被告續行訊問相關犯罪事實，被告所為之陳述，應認為係違反緘默權而取得，不得為證據，其理論與審判階段、拘捕後的警訊階段緘默權之行使完全相同。

三、律師權

- (一)偵查機關訊（詢）問被告前告知其得選任辯護人，被告表示要選任辯護人，但偵查機關不予理會而繼續訊（詢）問，因此取得之自白是否得為證據？完全得為證據？視情形不得為證據？權衡排除？辯護制度在偵查中、審判中理論基礎不同。
- (二)偵查中、審判中理論基礎之差異：
 - (1)審判中：在強制辯護制度方面若被告無辯護人時，整個審判的過程和結果都將是錯誤的。審判中若證人在，法官自己訊問並且不讓辯護人在場，雖然證人不會說謊也沒有不自由意志，但此審判仍是必須要被推翻的，因為審判中的辯護制度主要是在保護整個審判程序的公平性和可接受性。
 - (2)偵查中：辯護制度是保護被告免於因為偵查階段令人震懾的程序而作出非真實、非任意、非明智的陳述或重大決定。所以是有被告在才有辯護人在，沒有被告在就無辯護人在，特別是在某些場合，像是受到拘提逮捕後的被告最容易作出非真實、非任意、非明智的陳述或重大決定。偵查中檢察官、警察在訊問證人時不需要辯護人在場，其內容只要符合傳喚法條時都是可以當證據，這便是與審判中最大的差異性。
- (三)凡有強制處分而可能致被告作出非真實、非任意、非明智的陳述或重大決定時，應即賦予被告受律師協助的權利，且此一權利應是實質的權利，而非形式的權利。若只是為權利之告知，卻不准被告與律師接見會談，被告所享有者即非實質之權利，而只是如同口號之形式權利。在西方大多數的文明國家，當每一位被告被警察拘提逮捕訊問時，被告都有一次與自己的律師談話的機會，除非被告自行放棄，所以若被告主張要與律師談話的話，警方都必需給予被告一次與律師談話的機會，並且才能夠繼續訊問，否則的話，此被告的自白便直接排除或者裁定為非任意性自白。

- (四)受律師協助之實質權利：被告有權得到辯護人的確實協助—被告有權與辯護人會談後再為陳述或再為重大決定，此為一種實質權利，並非僅為口頭上的告知。目前社會上的大多數人對法律大多不懂，因而會緊張、不知所措、不知法律上的地位更不知法律上下一個階段會有何種發展，就只因為這些人對法律不懂，所以才要有實質的律師權。只要偵查階段所實施的強制處分可能致被告作出非真實、非任意、非明智的陳述或重大決定時，被告即應享有實質的辯護權。指被告受拘提、逮捕、羈押訊問時之情形都要有實質的律師權，詢問通知、傳喚則不包括在內。
- (五)目前民間司改會的律師聯盟正在推一個新法案，即為偵查中的羈押程序，被告要求請律師時一定要給他一個律師，而目前的強制辯護只有審判中和偵查中的智能障礙被告有律師權，所以此法案正在努力中。
- (1)拘提逮捕：敵對狀態、突然遭警拘捕、甚至被囚禁於警察局而處於孤立及驚惶恐懼中，心理、意思最不自由，最需要律師之協助，而且拘提或逮捕多為臨時偶發之事件，被告常無從預測而不得事先諮詢律師協助。偵查中之羈押程序：緊接在拘提或逮捕之後，羈押結果嚴重，更需要律師之協助。
- (2)經傳喚或通知到檢察署或警察局接受訊問之被告：有充分時間反覆思維，從容就訊，意思較為自由，甚至得在到場前先行諮詢律師協助，較不至於作出非真實性、非任意性之陳述。
- (六)偵查機關在拘提或逮捕後，不給予實質上的律師權，所取得之自白違反憲法上平等保護原則而不得為證據。檢警在實務上問案，對於被告常會以威嚇、誘導等方式行之，而這些方式有時會導致被告作出非真實性或非任意性的自白，而這些自白又常成為法院判決有罪的依據。拘提或逮捕後之被告如僅有形式上之辯護權，卻無實質之辯護權，應認為違反憲法平等原則。受拘捕之被告主張要律師時，偵查機關應允許被告最少有一次與律師會談之機會，以使被告知悉其法律上應有之權利。只有在被告與律師會談之後，偵查機關始得再為訊問。違反此一原則所取得之自白，應認為違反憲法上之平等原則而推定無證據能力。
- (七)最高法院 96 年台上字第 3104 號判決：「86 年 4 月 2 日下午 2 時 13 分有一調查員說丙○○有選任辯護人沈律師，沈律師說下午 5 時才到，丙○○即不再答話，至下午 2 時 28 分才說話…丙○○既有選任辯護人，為何不待辯護人到場，即訊問丙○○？此詢問筆錄之證據能力是否因此受影響，原判決未予說明，即認該筆錄有證據能力，亦有可議。」此案為所拘提逮捕的被告，被告告知有自己的律師晚點會到，但調查員過了一段時間後又繼續訊問，此時被告知律師還未到，但被告也已回答調查員所訊問的問題，此判決問題出在被告有律師，但調查員無等被告律師來再行訊問，所以最高院對被告做出的筆錄覺得有問題，雖然無任何法律條文敘述調查員訊問被告時要等待被告的律師到場才能訊問，但在之前所提到的偵察中的辯護制度是在保護受拘提逮捕的被告，因為他不知自己在法律上的地位，所以才必須要有律師在場，因此此筆錄的證據能力，亦有可議。
- (八)律師權與平等保護

在告知緘默權 95 條第 3 款：告知被告有權聘請律師。對於貧苦之人告知「得選任辯護人」：此顯露言者之無知與偽善，對於聽者卻有椎心之痛之自慚。國家機關僅告知被告「得選任辯護人」，非但不能達到保護貧窮被告之目的，有時反而會產生嘲諷、否定律師權的反效果。告知內容，95 條未告知：如為低收入戶，得依法請求指定辯護人。若為低收入戶無能力聘請律師時，中華民國有法律扶助法可協助聘請律師。而這並不是社會福利措施，而是為了消弭刑事訴訟中因為不相關的因素所造成不平等的現象。救濟：法官未告知「如無資力選任辯護人，得請求指定辯護人」，被告也未選任辯護人。在此情形下，被告在判決確定後，得以判決所適用之法律違憲為理由，依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定向大法官聲請釋憲請求救濟。我國已改採當事人進行主義，該制度係架構於兩造皆應發揮爭執證據、挑戰對方之功能與角色，如被告僅僅因為貧窮而不能選任辯護人，進而否定其挑戰與對抗的工具（即律師），侵犯法律的公平性及平等性。

- (㉒)檢察官或警察未告知「如無資力選任辯護人，得請求指定辯護人」，被告也未選任辯護人。其效果如何？如被告係在受拘提或逮捕之情形下自白，該自白之取得程序違反憲法平等原則，不得為證據。因為無辯護人之被告，其作出非真實性或非任意性自白之機會即增加，冤獄之機會亦隨之增高。基此理論，檢察官或警察雖然已告知被告或犯罪嫌疑人得選任辯護人，但如前所述，此種告知如同要其斷絕選任辯護人之念頭，違反憲法平等原則。
- (㉓)判決未確定前：自白係違法取得而無證據能力。所謂的違法，應包括違反法律或憲法規定。因為執法人員未違反法律相關規定，恐無法依刑事訴訟法主張自白無證據能力。但被告或辯護人得主張自白之取得違反憲法平等原則，請求法院依大法官釋字第 371 號解釋停止審判，聲請釋憲。至判決確定後：以自白之取得雖然符合刑事訴訟法第 95 條第 3 款規定，但該法律違反憲法平等原則為理由，依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定向大法官聲請釋憲。

伍、提問與解答

一、東部地方軍事法院院長唐旭初上校（現任軍法司檢察事務處副處長）提問：

有關老師上述所提到被告緘默權部份，從老師的整個論述過程，讓我們似乎可以得到一個結論，那就是老師可能主張被告的緘默權應是可以概括的來行使及主張，若我們從最高法院的另一份判決有關共同被告在刑事訴訟法 181 條拒絕證言權部份來看，最高法院推論拒絕證言權也是從不自證己罪方面來推論，但結論卻為有關共同被告在主張刑訴 181 條拒絕證言權時是不能概括來主張，而是要針對個別的問題來主張，那麼兩者之間在學說與最高法院的實務見解方面是否有些扞格？

王教授解說：

不自證己罪在被告是一個概括的緘默權，在證人方面是一個拒絕證言權，而共同被告在

被分離審判之後並成為證人適格，以此情形來說，其得行使者為拒絕証言權。被告是被檢察官起訴或鎖定的人，所以推定每一問題都會對此被告不利，也因如此被告可以行使概括的緘默權，而證人的陳述有時非常重要，所以不容准證人行使概括的拒絕證言權。在共同被告經分離審判之後並成為證人，此時這些共同被告的身份地位與證人無異。每一個人民都享有不自證己罪之權，但因被告與證人的身分不同，操作出的結果當然也不同，所以兩者之間完全沒有扞格。至於最高法院的那份判決應該是對於不自證己罪的證人部份做詮釋。

二、中院地方軍事法院書記官吳婉莉中尉提問：

無資力者可在 95 條 4 款用法律扶助法，而目前本中院在傳票方面也有加註無資力者可以適用法律扶助等法律相關規定，那麼這些保護是否已足夠或者有違憲之慮？

王教授解說：

關於這方面可能是效果問題，重點在於被告是否能得知此訊息，假如被告有得知此訊息並也知此權力的話，其實是沒有違憲之慮，而法院的告知、義務的踐行常常是法院要確信這目的是否達到。所以把 95 條 4 款印在傳票上寄出去後，在開庭時若沒講的話，其實並不代表 95 條 4 款的告知已踐行，若只單純在傳票上印的話，效果上法院無法確信此目的已達到的話，還是有可能會被指摘。

三、軍法司審判處處長郭祥瑞博士（現任軍法司副司長）提問：

- (一)自白任意性以為有律師在場時，其感覺自白是不受質疑，但有一種狀況是反常的，例如：有一個犯罪組織，被告到現場之後原本是要講實話的，但因被告的組織或組織成員幫被告請了律師，結果使得被告原本想講的話又要看律師的眼神指示，此時律師在場辨演兩個角色，第一為看調查單位有無給被告直接的刑求，第二則是看被告有無講出違背組織的話，然而在這樣的情形之下所寫出的事實雖然侃侃而談，自白也具備任意性，但實際上是與事實不符，在這種狀況之下偵察機關與檢調機關針對這樣的事實或與上述所說的完全與事實不符合之下，那麼此筆錄該如何記載？
- (二)關於前書記官所提到的，在詢問被告要不要請律師時，大多都會運用一種技巧，此技巧就是告知被告請律師 1 小時要花多少錢，並再詢問被告要不要請，若是為一個無資力者當然是較不可能聘請律師，雖然現在都有法律扶助，但若是已履行過前面告知目前市場上聘請律師的價格並且分析市場的價格是多麼的高昂，而使得無資力被告者不請律師，那麼是否有阻卻被告不請律師此種程序的正當行為？

王教授解說：

- (一)法律其實真的無法將每一個案件查出百分之百的水落石出真相，也不承認審判是百分之百完美，所以才會有無害錯誤之產生，關於這個問題可能為原則或例外之問題。原則上會懷疑是否為幫派首腦派來的律師或者是親信裡為了照顧被告所找來的律師，但不管為哪種，一般原則上還是要有律師，其目的即為上述演講所提到的並且不能否認，也不能因為例外因素而把上述所說的一切給推翻掉。但此問題並不是不解決像在共同被告的共同辯護時，幫派首領會聘請一個律師來幫助這些共同被告，主要目的是不希望在這些共同被告當中有一人出賣組織，所以在這時又有另一個機制來解決，此機制為有效的辯護制度，在這時，律師的辯護就變成了無效的辯護制度或有害的辯護，衍生另一個法律問題，即律師是否提供有效的協助。最高法院 97 有一判決是屬於殺人強制辯護案，但被告自行委任辯護人，此委任辯護人無做好辯護工作，最高法院就把這個判決給撤銷掉，而採用的理由即為有效的辯護制度。所以重點是在於如何去界定有效與無效的辯護制度。
- (二)假設照上述檢方把請律師的費用與被告講，被告也覺得有道理，那麼此狀況是否有違法？在法律的觀念上來看：第一是告知被告有請律師權，第二為此權力被告需出自自願性的放棄，若被告自願放棄此權力則上述所說的也就屬於合法，此種情形分為兩件事來看：第一，界定法律標準，如何用法律標準來判斷，法律的標準即謂被告是否為自願性放棄律師權。第二，事實有無符合法律，要如何判斷？判斷時需看情形，像同樣的法律標準用在不同的事實時，有時出現的結果會是不同的，此種法律標準例如警察的態度、言語等可能會讓人判定為非自願性的放棄，若再把被告的因素放進去的話例如被告高學歷和其他等等，再和警察態度、言語等等加在一起的話，則有可能是屬於自願性放棄，兩種其實都有可能，所以其實可以界定法律標準和看個案之事實是否符合法律標準。

