

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：何賴傑 博士

林鈺雄 博士

不自證己罪原則

— nemo tenetur —

研究生：王士帆 撰

民國 93 年 7 月

(2004 年 7 月)



数据加载失败，请稍后重试！



数据加载失败，请稍后重试！

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：何賴傑 博士

林鈺雄 博士

不自證己罪原則

—nemo tenetur—

研究生：王士帆 撰

民國 93 年 7 月

(2004 年 7 月)

簡目

第一章 緒論

第一節 不自證己罪原則相關問題

第二節 用語

第二章 不自證己罪原則起源、國際發展與我國法依據

第一節 起源

第二節 國際發展

第三節 我國法依據

第三章 不自證己罪原則的適用與違反類型

第一節 不自證己罪原則的適用

第二節 不自證己罪原則的違反類型

第四章 不自證己罪原則與「訊問」關係

第一節 訊問概念

第二節 人別訊問

第三節 隱密探話

第四節 國家代理人隱密探話—美國與歐洲的發展

第五章 不自證己罪原則對強制處分的衝擊

第一節 隱密性質的新型態強制處分

第二節 主動型身體檢查

第三節 現場模擬

第六章 不自證己罪原則與證據禁止

第一節 證據禁止的基本概念

第二節 不自證己罪原則與證據取得禁止

第三節 不自證己罪原則與證據使用禁止

第七章 不自證己罪原則在「非刑事法」領域的發展

第一節 「非刑事法」領域的主動協助義務與不自證己罪原則的衝突

第二節 德國的調和方式

第三節 不自證己罪原則在我國「非刑事法」領域的窘迫與對策

第八章 結論

【詳目】	頁
第一章 緒論.....	7
第一節 不自證己罪原則相關問題.....	7
第一項 不自證己罪原則的適用範圍	8
第二項 不自證己罪原則對強制處分的檢驗	10
第三項 不自證己罪原則在「非刑事法」領域的緊張關係.....	13
第二節 用語.....	16
第一項 不自證己罪（原則）	16
第二項 被告	18
第三項 證據使用禁止	19
第二章 不自證己罪原則起源、國際發展與我國法依據.....	20
第一節 起源.....	20
第一項 《聖經舊約》	20
第二項 教會法	21
第二節 國際發展.....	24
第一項 英國、美國、德國和日本的成形過程	24
第一款 英國	25
一、引進職權宣誓制度.....	25
二、反抗職權宣誓制度.....	26
第二款 美國	30
第三款 德國	33
一、中古糾問訴訟與啟蒙運動.....	33
（一）中古糾問訴訟	33
（二）啟蒙運動廢除刑訊	35
二、糾問訴訟反動與刑訊替代品.....	36
（一）法國大革命與自由主義的影響	36
（二）不服從（刑）罰與說謊（刑）罰	38
三、十九世紀中期以後到 1964 年增訂緘默告知義務.....	39
第四款 日本	42
一、強迫繼承的《日本國憲法》第三八條第一項	42
二、日本《刑事訴訟法》緘默告知義務與緘默權	44
第二項 國際公約	47
第一款 《公民及政治權利國際公約》第一四條第三項 g	47

第二款 《歐洲人權公約》與歐洲人權法院	48
一、《歐洲人權公約》第六條第一項：公平審判程序	49
二、歐洲人權法院裁判對簽約國的效力	50
第三節 我國法依據	51
第一項 《憲法》	52
第一款 第八條人身自由？	53
第二款 第一一條言論自由？	53
第三款 正當法律程序/公平審判程序？	55
一、正當法律程序？	55
二、公平審判程序？	61
第四款 人性尊嚴	64
第二項 《刑事訴訟法》	68
第一款 第一八一條	68
第二款 第九五條第二款「緘默告知義務」	70
一、緘默告知義務與緘默權	70
二、緘默告知義務的規範目的	73
第三款 第一五六條第四項「禁止緘默推斷罪行」	75
第四款 第一五六條第一項「禁止不正訊問方法」？	78
一、「禁止不正訊問方法」基礎說明	78
二、「禁止不正訊問方法」與不自證己罪原則	83
第五款 第一五四條第一項「無罪推定原則」？	87
一、無罪推定原則基礎介紹	87
二、無罪推定原則與不自證己罪原則	89
第三項 其他法領域	94
第四項 國際公約？	97
第三章 不自證己罪原則的適用與違反類型	100
第一節 不自證己罪原則的適用	100
第一項 適用主體：被告/證人	101
第一款 概述被告在刑事程序中的地位	101
第二款 被告地位的形成時點	102
第二項 適用基準	106
第一款 供述（陳述）基準？	106
第二款 德國通說：主動（積極）基準	107
第二節 不自證己罪原則的違反類型	111
第一項 強制被告主動協助配合	111

第一款 直接強制	112
一、直接強制與間接強制	112
二、直接強制違反人性尊嚴	113
第二款 間接強制	114
一、推斷本案的罪行	115
二、加重量刑	115
（一）保持緘默（拒絕陳述）、單純否認與虛偽陳述	116
（二）《槍砲彈藥刀械管制條例》第一八條第四項後段	119
三、以被告拒絕主動協助作為其他強制處分發動根據	120
四、將「拒絕主動協助」入罪化	121
（一）《刑法》第一八五條之四肇事逃逸罪？	121
（二）其他法規的拒絕主動協助罪與不自證己罪原則	124
五、協商程序？	126
第二項 緘默評價	128
第一款 全部緘默	130
第二款 間斷全部緘默	132
第三款 部分緘默	133
第四章 不自證己罪原則與「訊問」關係	137
第一節 訊問概念	137
第一項 非訊問概念：自發性陳述與打探消息	138
第二項 訊問三概念：形式訊問、實質訊問與功能訊問	140
第一款 形式訊問與實質訊問	140
第二款 評論與功能訊問	141
第二節 人別訊問	143
第一項 人別訊問的基本概念	144
第二項 人別訊問與緘默權—零和關係？	146
第三項 本文見解	148
第一款 條文規定與比較法觀察	149
第二款 從不自證己罪原則推論	150
第四項 本法以外的人別訊問規定	154
第三節 隱密探話	157
第一項 隱密探話的概念界定—喬裝偵查、國家代理人	158
第一款 名詞定義	159
第二款 隱密探話與「誘捕偵查」（おとり）概念	163
一、誘捕偵查基本概念	163

(一) 誘捕偵查定義與分類	164
(二) 誘捕偵查有無授權依據?	168
(三) 違法誘捕偵查的效果	169
(四) 誘捕偵查屬於任意偵查?	172
二、誘捕偵查涉及隱密探話	175
第二項 國家代理人隱密偵查的定位	176
第一款 定位實益	177
第二款 國家代理人隱密偵查與人民基本權	178
一、國家代理人是追訴機關延伸之手足	178
二、國家代理人隱密偵查與人民基本權之關係：個案判斷	180
第三項 國家代理人隱密探話與不自證己罪原則	184
第一款 國家代理人隱密探話與緘默告知義務	185
第二款 國家代理人隱密探話與不自證己罪原則	187
第四節 國家代理人隱密探話－美國與歐洲的發展	192
第一項 美國判例－隱私權	193
第一款 美國《聯邦憲法》第四修正案與隱私權	193
第二款 美國隱私權與私人探話	196
第三款 評論－風險承擔，預設「有風險」?	197
第二項 隱密探話夭折? 德國與歐洲人權法院 Allan 案	199
第一款 1995 至 1996 年分歧的德國聯邦最高法院	199
一、1995 年 3 月 22 日刑事第五庭詢問裁定	200
二、1995 年 12 月 20 日刑事第五庭建議裁定	203
三、1996 年 5 月 13 日大刑庭裁定 (Hörfälle)	204
四、小結	209
第二款 2002 年歐洲人權法院 Allan 案	216
第三款 Allan 案使隱密探話夭折?	221
第五章 不自證己罪原則對強制處分的衝擊	225
第一節 隱密性質的新型態強制處分	226
第一項 通訊監察	227
第一款 《通訊監察法》背景與願景	227
第二款 通訊監察與不自證己罪原則	232
第二項 臥底偵查	235
第一款 臥底偵查背景與願景	236
第二款 臥底偵查與不自證己罪原則	238
第二節 主動型身體檢查	243

第一項 採取吐氣	244
第一款 本法「採取吐氣」條款	245
第二款 行政法規的酒精濃度測試與不自證己罪原則	246
第二項 採取聲調	249
第一款 本法「採取聲調」條款	250
第二款 採取聲調與通訊監察	251
第三項 採取筆跡/命寫字	255
第四項 美國聯邦最高法院見解	257
第三節 現場模擬	263

第六章 不自證己罪原則與證據禁止

第一節 證據禁止的基本概念	265
第一項 證據取得禁止	266
第二項 證據使用禁止	269
第二節 不自證己罪原則與證據取得禁止	276
第三節 不自證己罪原則與證據使用禁止	277
第一項 違反緘默告知義務與證據使用禁止	278
第二項 「非刑事法」領域的主動協助義務與自主性證據使用禁止	281

第七章 不自證己罪原則在「非刑事法」領域的發展

第一節 「非刑事法」領域的主動協助義務與不自證己罪原則的衝突	284
第二節 德國的調和方式	286
第一項 背景說明－以德國舊《破產法》變革為例	287
第一款 1877 年《破產法》破產人的主動協助義務	287
第二款 1981 年聯邦憲法法院【破產人裁定】的突破	288
第三款 1977 年《租稅通則》第三九三條第二項的取與捨	296
第四款 1999 年《債務清理法》第九七條第一項的全面禁止	300
第二項 立法者在「非刑事法」領域的調和方案	302
第一款 方案一：「有受刑事追訴之虞時，得拒絕陳述」	303
第二款 方案二：「不得拒絕陳述，但禁止運用於刑事追訴」	304
第三項 不自證己罪原則在「非刑事法」領域站穩了嗎?	307
第一款 立法方案一的反省：其他主動協助義務仍在	307
第二款 立法方案二的反省：證據使用禁止效力不明	309
第三節 不自證己罪原則在我國「非刑事法」領域的窘迫與對策	311
第一項 現時的窘迫	312

第二項 未來的對策	314
第八章 結論	316
◎參考文獻	323

第一章 緒論

nemo tenetur se ipsum accusare—沒有人必須自我控訴 (niemand muß sich selbst anklagen), nemo tenetur se ipsum prodere—沒有人必須作為對抗自己的證人 (man muß nicht gegen sich selbst als Zeuge auftreten)¹, 這兩句拉丁法諺即為不自證己罪原則 (nemo-tenetur-Prinzip): 「沒有人有義務使自己承擔罪責」、「沒有人有義務對自己的罪行做出貢獻」、「沒有人有義務對自己的犯行主動提出不利證據」、「不得強迫任何人違反意志去積極證明自己的犯罪」, 乃是法治國的基本立場, 以尊重人性尊嚴的中心思想為基礎的刑事程序原則², 而人性尊嚴關注的是, 被告必須能自由決定是否願意將自己作為自己犯罪的證明工具³, 強制將自己的陳述提供作為刑事判決或其他相關處罰的條件, 不僅欠缺期待可能, 也違反人性尊嚴⁴。Nemo-tenetur 這個在國內已是刑事訴訟圈子耳熟能詳的拉丁法諺, 每個法律系學生都能領略一二⁵, 把它作為論文題目, 乍看是燒冷灶, 本文用意在引進比較法上的觀察, 主要是介紹德國法, 同時回顧國內文獻與現行法規, 冀能對不自證己罪原則的輪廓, 建立雛形。

為避免論述龐雜, 本文分作八章, 包括【第一章 緒論】、【第二章 不自證己罪原則起源、國際發展與我國法依據】、【第三章 不自證己罪原則的適用與違反類型】、【第四章 不自證己罪原則與「訊問」關係】、【第五章 不自證己罪原則對強制處分的衝擊】、【第六章 不自證己罪原則與證據禁止】、【第七章 不自證己罪原則在「非刑事法」領域的發展】及【第八章 結論】。本章緒論在交代本文所涉及之問題意識(【第一節 不自證己罪原則相關問題】)及用語區隔(【第二節 用語】), 分述如下。

第一節 不自證己罪原則相關問題

¹ Haller/Conzen, Strafverf., 1999, Rn. 89 Fn. 44; 黃風編著, 《羅馬法詞典》, 2002.03, 頁184。

² BVerfGE 38, 105, 113; 56, 37, 43; BVerfG, Beschl. v. 7. 7. 1995-2 BvR 326/92, NStZ 1995, 555; BVerfG- 2. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 7. 7. 1995-2 BvR 1778/94, NStZ 1995, 599; BGHS 14, 358, 364; 34, 39, 46; 38, 214, 220 f.; Dingeldey, NStZ 1984, 529; Wolfslast, NStZ 1987, 103。

³ BVerfGE 56, 37, 43。

⁴ BVerfGE 56, 37, 49。

⁵ Dingeldey, JA 1984, 407。

不自證己罪原則相關問題，主要涉及三個層面：一是不自證己罪原則的適用範圍，這是國內意識到但未深入的議題（【第一項 不自證己罪原則的適用範圍】）；二是不自證己罪原則與刑事訴訟的強制處分/取證方法的衝突與磨合，一樣是個有意識但未深入的議題（【第二項 不自證己罪原則對強制處分的檢驗】）；三是，不自證己罪原則在「非刑事法」領域的適用，屬於國內文獻尚無意識的陌生議題，我國現行法規也是荒煙蔓草，有待開發（【第三項 不自證己罪原則在「非刑事法」領域的緊張關係】）。「不自證己罪原則的相關問題」，正是著手這篇論文的造意犯，也是本文主軸，所有論述皆環繞於此，但本節僅在凸顯問題意識，回應則請參閱本文相關部分。

第一項 不自證己罪原則的適用範圍

1999年7月6日連續召開為期三日的全國司法改革會議，針對實務做一次大整頓並提出相應措施，自此以後，我國《刑事訴訟法》年年翻修：2001年，立法院大幅修改《刑事訴訟法》搜索條款，修法焦點在於「檢察官是否擁有搜索權」，令狀原則（writ）—或稱法官保留原則（Grundsatz der Richtervorbehalte）—的口號震耳欲聾，「中立超然（neutral and detached）第三人」審查令狀的修法訴求甚囂塵上，結果是，搜索發動權改隸法院（參照§§ 128 III, 128-1）⁶，官方時稱「是為當事人進行主義的司改工作推進一大步」⁷；2002年，司改大會「刑事訴訟制度之改革」議題中最具爭議與立場分歧，不僅褒貶不一，懸殊的景況更令人嘆為觀止的職權調查原則（Untersuchungsgrundsatz）的「應依職權調查證據」⁸，拍版定案改為「得依職權調查證據」，通過後的本法第一六三條第二項規定為「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，

⁶ 此次修法的引爆點、立法協商過程及新法爭議解釋，可依序參閱：〈刑事訴訟法強制處分部分條文修正研討會〉，2001.02，頁21以下；〈刑事程序法第9次研討會—搜索修法之回顧與前瞻（一）〉，2001.03，頁109以下；〈刑事程序法第10次研討會—搜索修法之回顧與前瞻（二）〉，2001.04，頁53以下。

⁷ 「司法院秘書長楊仁壽認為，這將使當事人進行主義，向前推進一大步...令狀主義一直是司法院的司法政策，去年在全國司法改革會議因法務部反對而未完成，如今能獲立法院修法通過，可說是『有心栽花，花不開；無心插柳，柳成蔭』，為當事人進行主義的司改工作推進一大步」，《聯合報》，2版，2001.01.04。

⁸ 「第一六一條及第一六三條轟轟烈烈的在九十一年初修正通過。在修正前及修正後，學界及實務界對這兩個條文褒貶不僅不一，而是懸殊的景況令人嘆為觀止」，楊雲驊，2002.10，頁233。

稱「職權調查原則」，主要在與國家追訴原則（Offizialprinzip）相區隔，國內用語混雜的批評，林山田，1999.04，頁3以下；林鈺雄，〈刑事訴訟法（上）〉，2003.09，頁43註2。

法院應依職權調查之」⁹；2003年，權衡理論（Abwägungslehre）¹⁰、傳聞法則（Hearsay rule）¹¹與交互詰問（Cross-Examination; Kreuzverhör）等，再次在本法第一五八條之四、第一五九條以下、第一六六條以下攻城掠地；2004年3月23日，第一屆總統大選激情猶在的兩天後，立法院新增《刑事訴訟法》第七編之一「協商程序」（§§ 455-2~），理由在於「我國刑事訴訟制度已朝改良式當事人進行主義方向修正，為建構良好之審判環境，本於『明案速判、疑案慎斷』之原則，對於進入審判程序之被告不爭執之非重罪案件，允宜運用協商制度。」（立法理由）¹²

四年來，我們的《刑事訴訟法》納入或調整了令狀原則（法官保留原則）、職權調查原則、傳聞法則、證據排除法則下的權衡理論、交互詰問規則及最近仿照認罪協商的協商程序，無巧不巧，修法的大刀每次都揮向來頭不小的刑事程序原則。一個同樣屬於刑事程序的基礎原則，卻在這波違法運動中乏人問問的，就是標榜為法治國的基本立場、以尊重人性尊嚴為中心思想的不自證己罪原則（nemo tenetur se ipsum accusare; nemo tenetur se ipsum prodere; nemo-tenetur-Prinzip）¹³：沒有人有義務使自己承擔罪責（niemand ist verpflichtet, sich selbst zu belasten）、沒有人有義務對自己的罪行做出貢獻（niemand ist verpflichtet, einen Beitrag zu seinen eigenen Überführung zu leisten）、不得強迫任何人違反意志去積極證明自己的犯罪（niemand darf gezwungen werden, gegen seinen Willen zu seiner Überführung aktiv beizutragen）。也許，把不自證己罪原則籠統化約為緘默權（Schweigerecht; right to keep silence）時，沒有人會懷疑1997年12月增訂的訊問被告時，應告知「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」（§ 95 ②），早已奠立被告享有緘默權的根基，那麼，一個已明文賦予而非立法缺漏的權利，還有什麼問問價值呢？問題剛好發生在「把不自證己罪原則籠統化約為緘默權」這句話。

根據2003年新增的身體檢查規定，「鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、

⁹ 關於2002年新法評論，新近文獻，何賴傑，2003.06，頁415以下。

¹⁰ 相關討論，林鈺雄，1997.11，頁33-35。

¹¹ 相關討論，〈我國採傳聞法則必要性之探討—對刑事訴訟法有關傳聞法則修正草案的檢討〉，2003.02，頁49以下；林鈺雄，〈刑事訴訟法（上）〉，2003.09，頁424以下；王兆鵬、陳運財等合著，〈傳聞法則理論與實踐〉，2003.09。

¹² 相關討論，〈認罪協商制度之立法檢討〉，2003.09，頁91以下；林俊益，2004.04，頁218以下；陳運財，2004.06，頁230以下；楊雲驊，2004.06，頁83以下；楊雲驊，2004.07，頁98以下。

¹³ BVerfGE 38, 105, 113; BGHSt 14, 358, 364.

受命法官或檢察官之許可，...採取...聲調、筆跡、照相或其他相類之行爲」（參照§ 205-1 I）及「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行爲；有相當理由認爲採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作爲犯罪之證據時，並得採取之」（§ 205-2），若將不自證己罪原則籠統化約爲緘默權，且也僅只於緘默權，其結果便是，除了不得強迫被告違反意願陳述外，不自證己罪原則不再有任何適用範圍，則上述採取聲調、吐氣等措施，因皆不屬於被告的陳述/供述證據，想當然爾也就不存在有無抵觸緘默權/不自證己罪原則的問題。然而，命講話以取得聲調，命吐氣以鑑驗血液酒精含量，命寫字以取得字跡¹⁴，在在都需要被告主動（aktiv）配合，這些證據資料的取得方式和自白都有一個共通特性，即除了被告自己主動貢獻外，就算國家機關施以強制力強押其手、硬開其嘴，也無從取得；於是，一個疑問便產生了：不自證己罪原則的適用範圍，除了從無陳述義務（Aussagenspflicht）導出成無疑義的緘默權或拒絕陳述權（Aussageverweigerungsrecht）之外，對於國家機關追訴被告自己的犯罪，被告是不是也無主動積極配合的義務？當國家追訴自己的罪行時，被告「拒絕主動協助」的權利（Das Recht, jede aktive Mitwirkung an seinen Überführung zu verweigern）與緘默權的法理基礎，是否一致？國內目前大部分仍未意識到琅琅上口的不自證己罪原則，存在著適用範圍（Reichweite）的疑問，這是本文寫作的初始動機，也因此，必須探討不自證己罪原則的形成背景、我國現行法依據與適用範圍。

第二項 不自證己罪原則對強制處分的檢驗

描繪出自證己罪原則的初步輪廓後，下一步便是檢討不自證己罪原則對強制處分的衝擊。

「司法權之一的刑事訴訟，即刑事司法之裁判，係以實現國家刑罰權爲

目的之司法程序，其審判乃以追訴而開始，追訴必須實施偵查，追判決確定，尚須執行始能實現裁判之內容」¹⁵，強制處分（Zwangsmaßnahmen）是犯罪追訴的必要手段，以尋找、保全被告或證據，終能確保刑事程序順利進行，實現國家刑罰權¹⁶。偵查犯罪過程中，由於國家強制作用的介入，會干預甚至是侵害人民基本權利，強制處分的性質無異是刑事訴訟上之基本權干預（strafprozessuale Grundrechtseingriffe）¹⁷，於是，強制處分問題就開始和公法上的基本權利產生關連¹⁸。今日，強制處分乃是基本權干預的概念，已深根於臺灣法律¹⁹（用語上必須注意的是，強制處分雖是刑事訴訟的基本權干預行爲，但不能反過來謂所有刑事訴訟的基本權干預行爲就是強制處分，例如剝奪被告權利的有罪判決，也是刑事訴訟的基本權干預，但有罪判決就不是強制處分）。

不自證己罪原則與強制處分的關連性，大致有兩個面向：首先，追訴犯罪，一方面講究「有效性」，一方面又不能大不諱挑戰「法治國」，刑事有效追訴與依法治國，同是憲法誡命（Verfassungsgebot）²⁰，「徘徊於有效性與法治國之間的犯罪控制」，可說是今日強制處分的難題²¹。面對日新月異的犯罪手法，向來以國家強制力自豪的傳統強制處分，如搜索、拘提等，早已捉襟見肘，難以發揮蒐集證據的功能，漸漸地，新型態的基本權干預措施—通訊監察（Telekommunikations-Überwachung）和臥底警察/臥底警探（verdeckte Ermittler）—取而代之，而這些新型態的強制處分，不再以強制力見稱，其強調的是隱密進行，人民一旦被這隻看不見的手掌握，成爲強制處分的干預

¹⁵ 84 釋 392 解釋文。

¹⁶ 陳模生，〈刑事訴訟法實務〉，1999.06，頁 178；林山田，〈刑事程序法〉，1999.05，頁 249；蔡墩銘，〈刑事訴訟法論〉，1999.01，頁 155；黃東熊，〈刑事訴訟法論〉，1999.03，頁 167；林鈺雄，〈刑事訴訟法（上）〉，2003.09，頁 259。

¹⁷ 「刑事訴訟上之基本權干預」的用語是德國學者 Amelung 於 1976 年提出（林鈺雄，〈刑事訴訟法（上）〉，2003.09，頁 260）；後來陸續被該國其他學者引用，如 Arloth, StPR., 1995, S. 46; Ranft, StPR., 1995, Rn. 575; Rüping, Strafverf., 1997, Rn. 202; Roxin, Strafverf., 1998, §29 Rn. 3; Beulke, StPR., 2001, §12, S. 112; Schroeder, StPR., 2001, Rn. 104.

¹⁸ Roxin, Strafverf., 1998, §29 Rn. 3；林鈺雄發言，〈刑事程序法第 10 次研討會—搜索修法之回顧與前瞻（二）〉，2001.04，頁 106。

¹⁹ 謂強制處分有干預基本權性質者：陳志龍，1998.01，頁 19；林山田，〈刑事程序法〉，2001.09，頁 254；林鈺雄，〈刑事訴訟法（上）〉，2003.09，頁 260；林俊益，〈刑事訴訟法概論（上）〉，2003.09，頁 217；何賴傑，2000.06-3，頁 45；陳運財，〈如何提升檢察功能〉，〈「搜索權之歸屬」公聽會報告〉，2000，頁 141；柯耀程發言，〈刑事訴訟法強制處分部分條文修正研討會〉，2001.02，頁 88；簡旭成，1999，頁 7 註 1；李瑞敏，2003.07，頁 7。

²⁰ BVerfGE 77, 65, 75 f.; Schneider, NStZ 2001, 9.

²¹ Schroth 著，林東茂譯，2001.07，頁 337；「這些新型態干預手段，根本難題就是『徘徊於有效性與法治國之間的犯罪控制』」，林鈺雄，〈刑事訴訟法（上）〉，2003.09，頁 374。

¹⁴ 這裡指的採取筆跡，是指命被告當場寫下字跡，以供筆跡鑑定；若是搜查該人過去留下之字跡，則屬於搜索，而非身體檢查，也不生被告需主動配合與否的問題。命被告寫字，常出現在審判庭，如 92 台上 5205：「惟第一審筆錄上雖記載：『法官諭被告當庭書寫『許○龍』十遍』，原審訊問筆錄上記載：『諭當庭命被告書寫許○龍之姓名五次供核對』，然依第一審筆錄之記載，命上訴人書寫後，並未實施勘驗，依原審筆錄之記載，並未就勘驗結果爲任何之記載，與未實施勘驗者無異，原判決上引說明即非有據」。

對象，除了事後通知外（參照《通訊監察法》§ 15），渾然不覺。諸如此類強調隱密性的新型態強制處分，都涉及一個問題：取證過程是否侵犯被告本來在訊問時，所享有的受告知權利，亦即，執行隱密性質的新型態強制處分而取得被告自白，是否違反緘默告知義務（*Belehrungspflichten*）而侵犯被告緘默權？以通訊監察為例，若要將通訊監察內容用作被告犯案證據，當然不可能用「無形無貌」的東西來證明，而是將通訊內容記錄，朗讀譯文或法庭播放通訊錄音帶²²，此時，會衍生的問題是，偵查機關在通訊監察過程，知悉受監察者涉案，卻未履行告知義務，而被告在不知不覺中被監聽，其緘默權顯然無從行使，若以通訊內容作為有罪依據，是否違背緘默權之規範？臥底警察的問題如出一轍，既然不可能由臥底警察來踐行告知義務，當臥底警察於法庭作證其聽取的被告自白時，算不算也違反告知義務而侵犯被告緘默權？更為常見的是，國家追訴機關利用「私人」（*Privatperson*）向被告探話，造成被告不自知正面對國家機關的「細作」而為自白，偵查機關以私人充作國家代理人（*Agent des Staates*），這樣的偵查技巧取得被告自白，是否也違反了緘默告知義務？隱密探話（*informelle Ausforschung; heimliche Ausforschung*）的偵查措施，與不自證己罪原則之間的衝突，國內已有一些文獻探討²³，本文將延續先前學者的努力，進一步探討。

前述的隱密偵查都與被告陳述有關，但強制處分套在主動協助的概念裡，被告也可能以身體的動作，主動配合國家追訴己罪，這表現在主動型的身體檢查處分，如吐氣、採取聲調、命寫字以及現場模擬等。先前已說明，除拒絕陳述權外，對於國家機關追訴自己的犯罪，被告是不是也無主動積極配合的義務？若這樣的命題成立，則立法者授權偵查機關得違反被告意願採取聲調、吐氣、筆跡等的基本權干預措施，顯已抵觸不自證己罪原則，那麼，本法關於身體檢查部分（§§ 204 I, 205-1 I, 205-2），該如何看待？此有待說明。

²² 法院審判時，會要求出示通訊監察書、錄音帶、譯文，如 91 台非 63：「有台灣士林地方法院檢察署檢察官簽發監聽黃○○聯絡電話（○二）○○○○○○○號、行動電話○九○○○○○○○號等通訊監察書、錄音帶十一捲及譯文表等及卷內其他相關證據為證據」；93 台上 2263：「偵查犯罪機關依法定程序監聽之錄音，如已踐行調查證據程序，固非不可採為認定犯罪事實之基礎，此觀刑事訴訟法第一百六十五條之一第二項之規定自明，又監聽錄音製作之譯文，如僅為偵查犯罪機關單方面製作，而被告或訴訟關係人對其實性復有爭執，法院自應依上開規定勘驗該監聽之錄音踐行調查證據之程序，以確認該監聽錄音譯文之真實性，定其取捨，不得逕以該監聽錄音之譯文，採為認定被告有罪之基礎。」

²³ 例如，蔡敬銘，2004.03，頁 166 以下；楊雲驊，2003.03-1，頁 49 以下；楊雲驊，2003.03-2，頁 144 以下；楊雲驊，2003.02，頁 20 以下；楊雲驊，2002.02，頁 61 以下；楊雲驊，2000.12，頁 147 以下；黃惠婷，2000.09，頁 125 以下。

第三項 不自證己罪原則在「非刑事法」領域的緊張關係

除了本法之外，我國其他程序法規也有不自證己罪原則的規定，例如《行政訴訟法》第一四五條「證人恐因陳述致自己…受刑事訴追…者，得拒絕證言」及第一四七條「依前二條規定，得拒絕證言者，審判長應於訊問前或知有該項情形時告知之」和《民事訴訟法》第三〇七條第一項第三款「證人有下列各款情形之一者，得拒絕證言：三、證人所為證言，足致證人…受刑事訴追…者」第二項「得拒絕證言者，審判長應於訊問前或知有前項情形時告知之。」及第三六七條之三「…第三百零七條第一項第三款至第五款、第二項…之規定，於訊問當事人或其法定代理人時準用之」。

此外，不自證己罪原則也保護被告不因刑事程序以外的其他程序的協助義務而使自己自證己罪²⁴。人民在民事法（*Zivilrecht*）與公法（*Öffentliches Recht*）上存在不少答覆義務與協助義務，例如租稅法規、破產法規、強制執行法規、交通法規等等，特別是在經濟行政法（*Wirtschaftsverwaltungsrecht*）領域更為顯著，「非刑事法」領域為維護第三人利益或國家利益，要求人民負起完全且真實的陳述義務或文書紀錄的交付義務等主動協助義務，並且以施加行政法上的不利——罰鍰、拘提——或乾脆將上揭義務違反類型入罪化，來督促人民履行這些非刑事法的積極作為義務，這些義務姑且稱作非刑事法的答覆義務與協助義務（*außerstrafrechtliche Auskunft- und Mitwirkungspflichten*），若可以強迫人民履行這些協助義務，公務員又有告發義務，也等於使人民自證己罪。試以案例說明：

案例 1【肇事不逃案】情場失意借酒澆愁的甲駕車返回宿舍，途經政大後山關無人煙的環山道，過失撞傷牽著導盲犬散步的盲友乙。四下無人，被害人又是眼盲的身心障礙者，您會建議甲逃或不逃？

假如可以確定甲該當醉態駕車罪和過失傷害罪（《刑法》§§ 185-3, 284 I），若選擇逃逸，將另犯肇事逃逸罪（《刑法》§ 185-4），但若逃得過，三罪皆免；不選擇逃逸，雖不另犯肇事逃逸罪，但必須接受其他兩罪的刑事訴究，儘管甲面對刑事追訴時，可主張緘默權（參照§ 95 ②），然而，依據《道

²⁴ BVerfGE 56, 37, 50.

路交通管理處罰條例》第六二條第一項規定，「汽車駕駛人，駕駛汽車肇事致人受傷或死亡，應...向員警機關報告，不得駛離；違者吊扣其駕照三個月至六個月；逃逸者吊銷駕駛執照」，可明顯看出，道路交通法規課予肇事者「應向員警機關報告」的事故報告義務（Meldepflichte）和「不得駛離」的在場義務（Anwesenheitspflichte），若不履行這些義務，將受到吊扣、吊銷駕照乃至終生不得考領駕駛執照的不利益（參照《道路交通管理處罰條例》§ 67 I）。此時，是否履行報告義務使甲陷入兩難：據實報告、陳述，雖不會受到吊銷駕照的不利益行政處分，但此無異是「應向員警機關自白」，將導致自己受到醉態駕車罪和過失傷害罪定罪的風險；若不陳述/報告，雖是行使刑事訴訟的緘默權，卻又面臨吊銷駕照的不利益行政處分。

也許吊銷駕照和有期徒刑的困境還不算太「衝突」，再舉一個例子：

案例 2【破產兩罪案】破產人甲向破產管理人乙行求期約，希望助其製造假債權，而自破產財團中挪出鉅額作為前金。某日，破產人甲出席債權人會議，監察人丙詢問為何破產財團少了一筆鉅額²⁵。

根據我國《破產法》第一五九條之規定，「行求期約或交付前二條所規定之賄賂或不正利益者，處三年以下有期徒刑，得併科三千圓以下罰金」，顯然破產人甲已該當《破產法》第一五九條賄賂罪，如甲遭刑事追訴，當可主張緘默權；然而，再參照《破產法》其他規定，破產人應出席債權人會議，並答覆監察人之詢問，如無故不為說明或答覆，或為虛偽之陳述者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下之罰金（參照《破產法》§§ 122, 153），甲私挪破產財團作為賄款，面對監察人丙詢問破產財產缺漏一事，如據實答覆，等於自白了《破產法》第一五九條的賄賂罪；反之，若因顧慮抖出行賄的犯罪事實而拒不吐實，則又面臨《破產法》第一五三條拒絕答覆罪的刑責。如果您是破產人，在債權人會議上，您要怎樣回應監察人的詢問？

同樣的衝突問題，更常發生在租稅課徵領域，例如：

案例 3【索賄所得案】檢察官甲於 2003 年辦理偵查案中，向被告索賄台幣六千萬元成功²⁶，申報 2003 年年度所得時，甲未據實申報該筆不

法所得，稅捐機關風聞，派員調查，甲以不自證己罪原則為由，拒絕配合陳述，有無理由？若甲據實陳述，稽徵機關據以課稅，後來刑事追訴機關得知此事，在追究甲貪污的刑事程序上，甲自證己罪的資料內容該如何評價？

按我國《所得稅法》第七一條第一項規定「納稅義務人應於每年五月一日起至五月三十一日止，填具結算申報書，向該管稽徵機關，申報其上一年度內構成綜合所得總額或營利事業收入總額之項目及數額」及《稅捐稽徵法》第三〇條第一項規定「稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之調查人員，為調查課稅資料，得向有關機關、團體或個人進行調查，要求提示有關文件，或通知納稅義務人，到達其辦公處所備詢，被調查者不得拒絕」，如不據實陳述或不配合調查，將依補徵稅額二倍或三倍處以罰鍰或另犯租稅刑法（《所得稅法》§ 110 I, II；《稅捐稽徵法》§§ 41~），很明顯地，租稅法規要求納稅義務人甲負有真實申報義務，而且，國內學說及實務見解一致認為，即使是不法所得也應予以課稅²⁷，比較法上亦持相同觀點²⁸，換言之，不因甲六千萬元是索賄成功而來，口袋進帳六千萬元就不算是所得收入。然而，甲要求賄賂，已觸犯貪污罪（《刑法》§ 121；《貪污治罪條例》§ 5 I ③），若甲依照租稅法規據實陳報「我索賄成功六千萬元」，列入年度所得，恐遭稅捐機關向國家追訴機關職權告發（本法§ 241；§ 161 StPO）而陷入自證己罪²⁹。反之，若甲不據實陳報，雖然貪污事實不致揭露，但也有罰鍰或租稅刑事責任等著伺候，如此一來，甲陷入進退維谷，甲可否在租稅課徵程序主張不自證己罪？如果肯定租稅課徵程序的答覆義務，該答覆內容，在刑事程序上，又應如何評價？這類問題，國內租稅領域文獻固然較少碰觸，但也不否認存在此類問題³⁰，說穿了，這正是不自

²⁷ 最高行政法院 79 判 350：「按該佣金收入既係中國民國來源之所得且所得稅法第四條亦未將依不法行為之所得列為免納所得稅項目，從而被告機關否准其退還稅款之請求，揆諸首揭法條規定，並無違誤」；最高行政法院 89 判 2；學說相關整理，陳敏綱，2004.04，頁 75-77。

²⁸ 德國《租稅通則》（AO）第 40 條規定「該當租稅構成要件之全部或一部之行為，不因其違反法律之誡命或禁止，或違反善良風俗，而影響其課徵」（§ 40 AO: Für die Besteuerung ist es unerheblich, ob ein Verhalten, das den Tatbestand eines Steuergesetzes ganz oder zum Teil erfüllt, gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt.），以達成租稅平等，Reiß, NJW 1977, 1436; Rogall, Der Beschuldigte, 1977, S. 170; Hoffmann, in: Koch/Scholtz (Hrsg.), AO, 1993, § 40 Rn. 2; Joecks, Steuerstrafrecht, 2001, § 393 Rn. 3; Lang, in: Tipke/Lang (begr.), Steuerrecht, 2002, § 5 Rn. 92 ff; Aselmann, NStZ 2003, 71.

²⁹ Reiß, NJW 1977, 1436.

³⁰ 「犯罪偵查機關得否將此些資料作為納稅義務人犯罪之證據，或者，是否以稅務調查為藉口而行犯罪調查之實，係刑事訴訟法證據蒐集及證據能力之問題，該相關問題非本文之探討範圍，故不多加敘述，陳敏綱，2004.04，頁 84。

²⁵ 破產人一切財產屬於破產財團，破產人對於破產財產無處分能力（參照《破產法》§§ 75, 82 I ①），關此之破產法律關係與本案無涉，不予列入討論。

²⁶ 「台南地檢署檢察官宋宗儀疑在五件偵查案中，向被告索賄台幣五、六千萬元成功。廿八日上午，十多位檢察官分別前往嘉義、台南等二十處地點展開搜索。」，〈涉收賄六千萬檢察官宋宗儀聲押 連同角頭逮八人到案〉，《中國時報》，2004.04.29。

證己罪原則在「非刑事法」領域的緊張關係。

在非刑事法與刑事訴訟的交錯領域裡頭，如果允許國家機關運用大量非刑事法上的答覆義務或協助義務—如同自白的揭露義務（geständnisgleiche Offenbarungspflichten）³¹，使人民陷入要不要放棄不自證己罪權利的衝突困境時，極有可能違反了不自證己罪原則，【肇事不逃案】、【破產兩罪案】或【索賄所得案】案例中，追訴交通事故肇事人醉態駕車罪、過失傷害罪、破產人行賄罪或檢察官貪污罪的刑事程序一旦開啓，這些被告本可享有緘默權，假如在刑事程序以外得違反被告意願強制取得其自我指控入罪的證據，來供刑事程序使用，賦予緘默權將聊備一格而徒勞無功³²。怎樣化解「非刑事法」領域的主動協助義務與刑事法不自證己罪原則的衝突，成為本文另一個關注的焦點。

第二節 用語

本文論述上，有三個用語必須先行統一說明，一是不自證己罪（原則）（【第一項 不自證己罪（原則）】），二是被告（【第二項 被告】），三是證據使用禁止（【第三項 證據使用禁止】）。

第一項 不自證己罪（原則）

不自證己罪原則或簡稱不自證己罪，雖是國內慣用語，不過用語未完全一致，同樣講到不自證己罪的比較法規定—美國《聯邦憲法》第五修正案「NO person ...; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself」，這項憲法權利，簡稱「privilege against self-incrimination; The right not to incriminate oneself」，國內多數文獻稱作「不自證己罪」³³，文獻上也有其

³¹ Ambos, NStZ 2002, 632.

³² “Dieses Schweigerecht wäre illusorisch, wenn eine außerhalb des Strafverfahren erzwungene Selbstbezeichnung gegen seinen Willen strafrechtlich gegen ihn verwertet werden dürfte.”, BVerfGE 56, 37, 51.

³³ 王兆鵬，1999.03-1，頁35；王兆鵬，2000.09-5，頁273；王兆鵬，2003.10，頁104及頁110註37；王兆鵬，2003.04-1，頁4；吳巡龍，2003.09-1，頁96；謝秉錡，2001.12，頁33；林輝煌，〈論證據排除—美國法之理論與實務〉，2003.09，頁102；林立，〈波斯納與法律經濟分析〉，2004.04，頁428；謝宜雯，2002，頁82；黃育勳，2001，頁20-21；許恒達，2002，

他用語稱呼美國《聯邦憲法》第五修正案，例如「自證己罪禁止權」³⁴、「拒絕自己（自我）負罪特權」³⁵及「不自我入罪的權利」³⁶。我國實務方面，最高法院則一致使用「不自證己罪」用語，第一則使用「不自證己罪原則」的91台上4721說到，「刑事訴訟法規定被告有緘默權，被告基於『不自證己罪原則』，既無陳述之義務，亦無真實陳述之義務」，往後裁判都依循此用語³⁷。用語紛雜的情形，不是我國獨有的現象，德國文獻或裁判也沒有簡潔多少，光是指涉不自證己罪意義的用語，就有免於自我入罪（Selbstbelastungsfreiheit）、禁止自我入罪（Selbstbelastungsverbote）、保護免於自我入罪（der Schutz gegen/vor Selbstbelastung）、保護免於自我指控（der Schutz gegen Selbstbezeichnungen）、自我指控之保護（der Schutz for Selbstbezeichnung）、免受強迫自我指控（gegen den Zwang zur Selbstbezeichnung）或無須自我入罪的權利（das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen）等等。凡此種種，若無特別強調，不管不自證己罪權利的行使主體是被告/犯罪嫌疑人或證人（參照§§ 95②, 181, 186 II），本文通稱或譯稱為「不自證己罪（原則）」。

統一「不自證己罪」用語的目的，不僅行文方便，更重要的是，在與緘默權/默秘權（Schweigerecht; 默秘權）³⁸或稱拒絕陳述權（Aussageverweigerungsrecht）、拒絕答覆權（Auskunftsverweigerungsrecht）作區隔。就本文理解，不自證己罪是緘默權的上位概念，而緘默權是不自證己罪的核心內涵，也是不自證己罪的下位概念，無論如何，緘默權不等於不自證己罪，反之亦然。因此，本文所謂不自證己罪，非專指緘默權或拒絕陳述權。這樣的區分實益在於，涉及被告需主動提出非供述證據時，若使用緘默權一語，必然不會得出非供述證據是否侵犯緘默權的問題，因為非供述證據本來就不是陳述，當然與緘默權無關；然而，採取屬於非供述證據的吐氣、

頁94, 99。

³⁴ 林輝煌發言，〈認罪協商制度之立法檢討〉，2003.09，頁118。

³⁵ 吳景芳，1997.12，頁2；吳景芳，1999.05，頁48；「根據美國憲法第五修正案拒絕自己負罪之特權之精神」，溫祖德，2001.07，頁58；黃朝義，2001.08，頁7；「導源於英美法系國家所建立之『拒絕自己負罪特權』的不自證己罪，亦即『任何人無義務為對自己不利益之供述』；反言之，國家機關亦不得強制任何人積極自證有罪」，蔡偉傑，2003，頁118。

³⁶ 王銘勇，1999.05，頁58。

³⁷ 如91台上4798，92台上1457，92台上1456，92台上2570，92台上2753，93台上664，93台上2240。

³⁸ 「為保護被告自由陳述之權利，賦與默秘權（第九十五條）」，陳樸生，1963.07，頁3；陳樸生，〈刑事訴訟法實務〉，1999.06，頁69；「除非被告同意接受測謊或放棄緘默權，否則偵查中便不可逕自進行測謊而侵害被告之默秘權」，黃朝義，2003.10，頁82。

聲調等，卻是不自證己罪原則所要禁止的取證行為，職是之故，不自證己罪不等於緘默權，概念應予區別，區別也有實益。

就我國最高法院見解來看，其將不自證己罪、緘默權、陳述自由、拒絕陳述與供述自由權，同時放在同一則裁判：「同法九十五條第二款規定：『訊問被告應先告知得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述』，係以被告之陳述為證據資料之一，然本於不自證己罪及保障人權之原則，認被告有防衛其利益之權利，在刑事訴訟程序上應尊重被告陳述之自由，禁止強制其為不利之陳述，所謂陳述自由，包括積極的陳述自由與消極的不陳述自由，被告之緘默權即在保障被告消極的不陳述自由，不得以被告行使緘默權或拒絕陳述，即認係默示自白或為不利於被告之推斷，惟訊問被告時若未踐行告知得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述之告知程序，訴訟程序固非無瑕疵，然被告若無因未受該項告知而違背其自己意思為不利於己之陳述，或以被告違背自己意思所為不利於己之陳述作為不利被告之推斷等情形，對被告訴訟上供述自由權之保障並無妨礙」（93台非70）。裁判之所以用語不一，也是因為國內並未嚴加區隔使然，學者謂「『緘默權』之涵義如何？從其用語之分歧本身，例如，有稱之為『自己負罪拒否權』、『拒絕證言權』、『拒絕供述權』、『供述自由權』或『默秘權』等，至今仍無一個完全統一的名詞」³⁹，是以，上揭裁判論述固然正確，但用語紛雜中，仍不能混淆不自證己罪與緘默權之關係⁴⁰。

第二項 被告

關於「被告」用語，本應指被起訴之人（Angeklagten；被告人），即檢察官提起公訴後，受法院審判之當事人，以區隔尚在偵查階段的犯罪嫌疑人（Verdächtige；被疑人）⁴¹，儘管本法未以程序階段做區隔，而是以追訴主體為分界標準：「檢察官、法官→被告；司法警察（官）→犯罪嫌疑人」⁴²，為求行文方便，如無特別強調，固有的被告與犯罪嫌疑人意義，本文一律統稱

為「被告」（Beschuldigten）。

第三項 證據使用禁止

本文所稱「證據使用禁止」（Beweisverwertungsverbot）或「使用禁止」（Verwertungsverbot），有時也簡稱「證據禁止」（Beweisverbot），指的是某項證據資料，因為國家機關違法取得或雖合法取得但因考量其他更高價值，而禁止法院透過自由心證作為裁判基礎，這樣的意義，也就是通稱的「證據排除」（the exclusion of evidence）。對於「證據使用禁止」一詞，本法時而以「無證據能力」（§§ 155 II, 158-4, 273 I ④, II），時而以「不得作為證據」（§§ 100-1 II, 131 IV, 158-2, 159~, 416 II）稱之，無論如何，本文所稱證據使用禁止，指使用禁止或證據排除的概念，但與未經嚴格證明以致「無證據能力」的概念不同。

³⁹ 陳運財，1998.09-3，頁317。

⁴⁰ 不同處理，「在釐清拒絕證言權、拒絕自證己罪特權與緘默權之區別後，本文以為應仿效英國之作法，將被告於刑事程序中，得始終保持沈默之權利稱為『緘默權』，以與證人之『拒絕自證己罪特權』區隔，如此較能有效掌握緘默權之內容。且由名稱上即可區分權利主體，避免在詮釋自證己罪時，尚須區分不同之主體，徒增困擾」，李小羿，2000，頁50。

⁴¹ 田宮裕，《刑事訴訟法[新版]》，2002.10.30，頁28；詳細分析，Rogall, Der Beschuldigte, 1977, S. 20-24。

⁴² 評論，林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，2003.09，頁142-143。

第二章 不自證己罪原則起源、國際發展與我國法依據

不同於隱私權這種二十世紀的新興權利，國際間形成普世價值的不自證己罪原則，由來已久。以下先說明其起源（【第一節 起源】），再介紹英國、美國、德國與日本四個法律主要國家奠基過程與國際公約（【第二節 國際發展】），最後檢討我國法依據何在（【第三節 我國法依據】）。

第一節 起源

《聖經》蘊含多項法律原則，不自證己罪原則也出自於《聖經》，後來教會法創設職權宣誓制度，飄過英吉利海峽，英國人民對之群起反動，不自證己罪原則終於花落英國。本節僅先交代《聖經》（【第一項 《聖經舊約》】）與教會法（【第二項 教會法】）如何影響不自證己罪原則。

第一項 《聖經舊約》

不自證己罪原則—沒有人有義務為自己的罪行提出貢獻，這項原則根源於歷史悠久的《塔木德法典》（Talmud; das talmudische Recht）規定的「人與自己最親，不會入自己於罪」（Jeder Mensch ist sich selbst der Nächste und macht sich nicht selbst zum Frevler）⁴³，「《塔木德》為猶太教的口傳律法總集，是僅次於《聖經》的主要經典，它是由公元前5世紀到公元5世紀的2000多位學者的研究所構成。其內容分為三部份：口傳律法典（稱 Mishnah，意為復述）、口傳律法典註釋（稱 Gemara，意為完成）及《聖經》註釋（稱 Midrash，意為講解）。編輯《塔木德》的目的就為了以猶太民族的實際生活為依據，以法律為準繩，提供一種更完整、更系統、更實用的人生準則」⁴⁴，

⁴³ Rogall, Der Beschuldigte, 1977, S. 67, 69; Dingeldey, JA 1984, 407; Lammer, Verdeckte Ermittlungen, 1992, S. 156; Wolff, Selbstbelastung, 1997, S. 21; 93 釋 582 許玉秀大法官協同意見書。

⁴⁴ 李景文、張倩紅，1997.12，頁 106。

透過猶太教解經師與法律教學者的解讀，從《聖經舊約》的摩西五經（Fünf Büchern Moses）⁴⁵導出與不自證己罪原則等同的概念：沒有人可以使自己成為有罪之人或異端（niemand darf sich selbst zum Schuldigen oder zum Frevler machen）。這個概念的正確形成時期與原因無從完整查考，以致有不同的認知，但各個認知仍維持不自證己罪原則的價值觀點，而最早期的猶太教解經書則是引用《聖經舊約》申命記（Deuteronomium）第一章六節：「要憑兩三個人的口作見證，將那當死的人治死，不可憑一個人的口作見證，將他治死」作為依據。單憑被告自白或自白之外再加上證人的證詞，都不能為有罪判決，可說是從申命記第一章第六節經文的演繹而生⁴⁶；此外，也有解經家從《聖經舊約》以西結書（Ezekiel）第一章第四節：「看哪，世人都是屬於我的，為父的怎樣屬我，為子的也照樣屬我，犯罪的他必死亡」連結出自證己罪，認為人的生命歸天神掌管，生死歸神，不能以自白對自己宣判死罪⁴⁷。

總之，部分出於訴訟本質，部分又出於神學特性的解讀下，各家的解經版本有所差異⁴⁸，造成不自證己罪源自不同的《聖經舊約》經文，也因此欠缺不自證己罪原則形成理由的一致性。無論如何，可以確定的是，不自證己罪原則乃是根源於《聖經》（die Bibel）而來⁴⁹。

第二項 教會法

雖然《聖經舊約》無疑是不自證己罪原則的根源，但若將這個原則的形成單獨歸因於《舊約聖經》，未必正確，還要加上教會法的逆向操作，才埋下不自證己罪原則的需求因子。

教會法（das kanonische Recht）的發展歷史很早，西元380年羅馬皇帝狄奧多西頒發敕令宣佈基督教為國教後，教會法便是隨著基督教地位此一變

⁴⁵ 摩西五經分成創世記（這個世界被創造的樣子）、出埃及記（摩西率領以色列人從埃及出走的故事）、利未記（祭司工作的相關規定）、民數記（兩次人口普查）、申命記（死期將近的摩西重新寫下造物主的命令所紀錄的文字），鹿鳴春太平著，趙佳誼、張明敏譯，《聖經圖解》，2003.12，頁 42。

⁴⁶ Rogall, Der Beschuldigte, 1977, S. 66 f.

⁴⁷ Rogall, Der Beschuldigte, 1977, S. 69.

⁴⁸ Wolff, Selbstbelastung, 1997, S. 21.

⁴⁹ Rogall, Der Beschuldigte, 1977, S. 69.

化發展起來⁵⁰。西元 800 年以後，為有效追訴貪汙教士，教會引進了新的刑事追訴制度，稱作「犯罪嫌疑宣告制度」(infamia; mala fama)，在這個制度之下，只要客觀犯罪事實被肯認，法院無須經過起訴程序，可事先推定被告有罪，除非被告嘗試「證明冤罪」(sese purgare)，即透過古老的審判方式，例如神判 (Gottesurteil) 或宣誓輔助 (Hilfeid) 制度，來反證自己無罪之外，否則法院得宣判被告有罪⁵¹；「犯罪嫌疑宣告制度」的設計，無疑使得教會法逐漸朝向糾問制度 (inquisitio) 發展⁵²。

神判，或稱「上帝的判決」，原理在於上帝不會拋棄無辜的人⁵³，「從遠古時代起，人們就相信，如果一個人沒有罪，他就不怕火燒，因為神靈保佑他。...面對被扔進冷水裡的嫌犯，神職人員和圍觀的人都堅信，神靈一定會維護公正」⁵⁴，這樣的淵源可以追溯到《漢摩拉比法典》及中世紀日爾曼人入侵的時代⁵⁵。神判花樣百出，除了食審、毒審之外，常聽見的便是火判及水判：

在考驗進行以前，先進行持續三天的宗教儀式，被告要經歷齋戒、祈禱、用聖餐餅、驅邪和祝福，然後就到了接受火燒的時刻。有的作法是讓被告拿著一塊燒紅的鐵走一段規定的距離，大約三米遠。...另一種作法是讓被告蒙著眼睛從火紅的煤塊上走過，然後把火燒的傷口包起來。三天之後驗看傷口，癒合了的無罪，否則有罪。公平地講，這種考驗的結果註定對被告不利。除非是執行的神職人員貪圖賄賂，行過賄的犯人所用的鐵塊和煤塊都不太燙，能夠忍受⁵⁶。

他們把被指為女巫的人捆在一塊大石頭上，扔進河流、沼澤或運河裡。如果她隨水漂流，就是魔鬼不願意看到信徒死亡的證據。他們以此判定此人是否曾經與魔鬼打過交道。她若是女巫，就馬上處死，相反來說，如果她沉入河底，就可證明自己的無辜⁵⁷。

⁵⁰ 教會法的興起與對後世的影響，何勤華，《外國法制史》，2004.01，頁 126。

⁵¹ 李卓儒，1999，頁 76；林朝榮，1997.11，頁 163-164。

⁵² 許恒達，2002.06，頁 11。

⁵³ Jean-Michel Sallmann 著，馬振驊譯，《女巫—撒旦的情人》，2002.03.01，頁 65。

⁵⁴ Karen Farrington 著，陳麗紅、李臻譯，《刑罰的历史》，2003.08，頁 22, 23。

⁵⁵ 李卓儒，1999，頁 28 註 32。

⁵⁶ Karen Farrington 著，陳麗紅、李臻譯，《刑罰的历史》，2003.08，頁 22。

⁵⁷ Jean-Michel, Sallmann 著，馬振驊譯，《女巫—撒旦的情人》，2002.03，頁 64；比較：「...在日耳曼人中，其定罪標準則與前述巴比倫人之標準相反，認為浮諸水面乃有罪之表示，他們所根據之理由，乃是以水為世上最純潔之因素，今受審者入水而不沈，不外表示此純潔之水，不願容納此污濁之物，因此可見該人為有罪。如受審之被告沈入水中，則其友好必須立

除神判之外，另一個古老的審判方式是宣誓輔助人制度。宣誓輔助人是原告、被告以外的第三人，在審判程序上的角色相當於「證人」，不過，宣誓輔助人出庭的任務卻不是將自己聽聞陳述出來以證明犯罪事實存在與否，而是要證明原告或被告的話不可信、證明純潔沒有作假⁵⁸。這種古老的審判方式，與今日的訴訟程序大相逕庭，與其說是犯罪審判，不如說是原告、被告社會階級地位評比的「人格競賽」：

以竊盜罪為例，竊盜罪需 1200 先令的宣誓，此時如由一個「被殺賠償金」1200 先令的貴族進行宣誓，原告即完成宣誓責任，再無須其他宣誓幫助者。反之如原告僅一介平民，因其「被殺賠償金」僅 200 先令，此時原告尚必須再找到五位公民，充任其宣誓幫助者進行宣誓，始補足不足的 1000 先令部分。惟期間並不需實際支付錢幣。故一個人的「被殺賠償金」即一個人的社會價值，也就是宣誓價值，總之彼時，無法律之前人人平等之概念。一旦原告已完成宣誓指訴被告犯罪必要之證言宣誓程序，此時依據他人證言宣誓之責任，則轉至被告。此時被告應以證明自己無罪之宣誓，反駁原告「依據他人證言宣誓」，如被告能提供相同數量的宣誓，即足證明被告無罪⁵⁹。

迨至羅馬教皇英諾森三世 (Papst Innozenz III) 在位期間，召開一個對於後世刑事司法程序極具關鍵性的會議，也就是 1215 年第四次拉特蘭會議 (das vierte Laterankonzil)。第四次拉特蘭會議下令禁止教士主持神判，此舉無疑是廢除神判，此外，另建立「職權宣誓制度」，也確認法官身兼偵查與審判雙重角色，無須控訴 (ohne jede Anklage) 使得本於職權 (ex officio mero) 調查犯罪事實⁶⁰，使得「犯罪嫌疑宣告制度」完全糾問化，由糾問法官一手包辦自始至終的刑事程序，猶如我國古代包公辦案的模式；所謂集合偵查與審判於一身的糾問訴訟 (Inquisitionsprozeß)，大致是指此 1215 年以後的審判制度。影響後世深遠的 1215 年第四次拉特蘭會議與不自證己罪有關的，就是該次會議創設了職權宣誓制度。職權宣誓制度 (Eid: ex officio; Offizialeid)，

即施以緊急之援救，以免其因證明無罪反而喪失其生命」，陳惠馨，2002.11，頁 247。

⁵⁸ 「他們的地位並非證人，宣誓的內容主要在於證明被告是純潔沒有作假的」，陳惠馨，2002.11，頁 246。

⁵⁹ 朱朝亮，2003.06，頁 301。

⁶⁰ Rogall, Der Beschuldigte, 1977, S. 71；林朝榮，1997.11，頁 164, 167, 171；李卓儒，1999，頁 77-78。