

違反緘默權告知義務之證據禁止 ——以德國法作比較觀察^{*}

王 士 帆^{**}

要 目

壹、前 言	(三)第一庭：違反告知不構成不正訊問
貳、德國刑訴緘默權告知規定演變	四、一九六八年第四庭：告知乃訓示規定，無證據禁止（BGHSt 22, 170）
一、一八七七年德國帝國刑訴法	五、一九七四年第一庭（BGHSt 25, 325）
二、一九六四年修正緘默權告知方式	(一)提案背景：Stuttgart高院主張審判期日告知非訓示規定
三、二〇〇九年羈押修法擴大告知義務	(二)第一庭：審判期日違反告知義務，得上訴法律審
參、一九六五年至一九九二年德國聯邦最高法院裁判發展	六、一九八三年第五庭（BGHSt 31, 395）
一、一九六六年第一庭：依舊法方式告知，未違反新法規定	(一)提案背景：Celle高院第一次主張警詢違反告知應證據禁止
二、一九六六年第二庭：被告已由其他方式知悉緘默權	(二)第五庭：警詢漏未告知，不生證據禁止
三、一九六八年第一庭（BGHSt 22, 129）	
(一)下級審見解歧異	
(二)提案背景：Karlsruhe高院有意主張證據禁止	

* 由衷感謝三位匿名審稿委員惠賜修正意見，筆者受益良多，已就相關部分參照修改，當然，一切文責由筆者自負。

** 德國杜賓根大學法律系博士生。

投稿日期：九十九年二月八日；接受刊登日期：九十九年六月二十九日

責任校對：張安婷

肆、德國學界對聯邦最高法院一九九二年之前裁判的回應

一、訓示規定說的魔咒

二、違反告知義務的法律審上訴

(一)原判決違背法令與上訴限制

(二)偵查階段違反告知義務的法律審可上訴性

三、違反緘默權告知義務與證據使用禁止

(一)證據禁止不以法律明文規定為必要

(二)德國刑訴非任意性自白規定的反面解釋

(三)BGHSt 25, 325與證據禁止

(四)警詢違反告知，證據禁止？

伍、一九九二年德國聯邦最高法院裁判BGHSt 38, 214

一、提案背景：Celle高院第二次主張警詢違反告知應證據禁止

二、第五庭見解

(一)警詢違反告知義務證據禁止

(二)自由證明程序

(三)證據使用禁止之限制

(四)被告提法律審上訴無證明負擔

(五)比較法觀察

陸、BGHSt 38, 214相關分析

一、證據禁止基準：規範保護目的

(一)規範保護目的理論的優先地位

(二)違反告知但不損及目的：被告已知悉緘默權

二、程序爭點證明

(一)被告是否訊問前知悉緘默權存疑者

(二)訊問人員是否曾踐行告知義務存疑者

三、同意使用及要件

四、批評「證據禁止異議方案」

(一)新魔咒：證據禁止異議方案

(二)轉嫁法院調查義務

(三)異議方案其他問題

五、比較美國Miranda案

(一)BGHSt 38, 214對Miranda案路線的抉擇

(二)因地制宜的比較

柒、我國緘默權告知義務之證據禁止規定

一、刑訴第一五八條之二第二項

(一)「司法警察(官)詢問拘捕被告」的立法正當性

(二)走出善意例外——「違背非出於惡意」

(三)「自由意志」要件不等於自白任意性

二、刑訴第一五八條之四

(一)適用範圍：供述證據與非供述證據

(二)與第一五八條之二第二項法律適用關係

捌、結論

摘 要

緘默權與不自證己罪屬於公平審判程序的核心領域，面對警察詢問，被告有權自由決定陳述或保持緘默。為促使被告知悉緘默權，我國立法者制定刑事訴訟法第九十五條第二款緘默權告知義務，訊問應告知被告有權保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述，違反規定取得之自白，並有證據禁止效果（§§ 158之2，158之4）。然而，條文引發後續爭議，仍未獲解決。德國刑事訴訟法規定，訊問被告時應告知依法其得自由決定是否陳述（§ 136 I 2 StPO），該規定與我國法相似，但德國刑訴並無針對訊問違反告知制定一般性證據禁止條款，而是由德國聯邦最高法院發展出違反告知的證據禁止結論，特別是出色的BGHSt 38, 214裁判意見。本文嘗試介紹上述裁判，盼能提供以比較法為基礎的觀察視野。

關鍵詞：緘默權、告知義務、證據禁止、自白任意性、善意例外、異議、規範保護目的

壹、前言

緘默權與不自證己罪屬於刑事程序最基本保障之一¹。放眼國際，不論是國際人權公約或單國立法，例如聯合國公民及政治權利國際公約第十四條第三項第七款、舉世聞名的美國聯邦憲法增修條文第五條、二〇〇八年甫施行的奧地利新刑事訴訟法 (§§ 7, 49 at-StPO) 及預計二〇一一年施行的瑞士統一刑事訴訟法 (Art. 113 chStPO)，均直接規定任何受刑事控訴之人享有不自證己罪權利或緘默權，並在司法裁判綻放翩翩風采，諸如我國最高法院所稱「刑事訴訟法規定被告有緘默權，被告基於『不自證己罪原則』，既無供述之義務，亦無真實陳述之義務」²、德國聯邦憲法法院倡言「不自證己罪是基本法第二條第一項及第一條第一項誠命的價值決定，有助於保障被告人格權，在此原則下，刑事追訴公共利益必須退讓；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，以及歐洲人權法院經典的「普遍承認的國際標準，也是歐洲人權公約第六條公平審判權利的核心」⁴。惟權利非人盡皆知，告知通常是促使被告知曉權利的不二法門，職是之故，強調國家照料義務的各國立法者遂制定緘默權告知義務，比如德國 (§ 136 deStPO)、奧地利 (§ 50 atStPO) 與瑞士 (Art. 143, 158, 219 chStPO)，均命追訴機關訊問被告應先告知其享有緘默權，避免被告誤認有陳述義務。同樣地，一九九七年我國增訂刑

¹ Safferling/Hartwig, Das Recht zu schweigen und seine Konsequenzen Entwicklungen in nationalen und internationalen Strafverfahren, ZIS 2009, S. 784.

² 91年度臺上字第4721號判決、96年度臺上字第6865號判決。

³ BVerfGE 56, 37, 43.

⁴ 這已成歐洲人權法院處理緘默權與不自證己罪的裁判格言，新近如ECHR, *Bykov v. Russia*, no. 4378/02, 2009, § 92; *Gäfgen v. Germany*, no. 22978/05, 2010, § 168.

訴第九十五條第二款，訊問被告應告知「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」，以「確保被告自由陳述之權利」⁵，二〇〇三年再增訂相關證據禁止效果（§§ 158之2 II、158之4）。

緘默權告知義務，在我國既有法律依據又有違反效果，看來萬事具備。只是，真的從此河海清宴？單是二〇〇三年增訂的刑訴第一五八條之二第二項，所涉爭議就有「拘捕時點」立法正當性、「違背非出於惡意」及「被告陳述出於自由意志」如何理解等等。面對修法質疑，本文擬從我國增訂緘默權告知義務立法理由所稱的「參考德國刑事訴訟法第一三六條第一項」回溯觀察德國法發展。德國緘默權告知歷史源遠流長，至少確立於一九六四年修法，更遠則可溯及一八七七年帝國刑訴法，惟迄今為止，德國尚未就違反告知增訂證據禁止條款，而是委由實務與學界長年對話，才由聯邦最高法院（BGH）一九九二年一則裁判確立警詢違反緘默權告知應證據禁止：BGHSt 38, 214⁶。質之，德國裁判及學說在本文議題才是決定證據禁止的引領者，而非也無立法規定。BGHSt 38, 214，被譽為「改變刑訴被告訊問的世界」⁷及「德國聯邦最高法院最重要的刑訴裁判」⁸，它在我國並非全然陌生⁹，比較法上也不獨步全球，著名的美國聯邦最高法院Miranda判決¹⁰早在一九六六年，便

⁵ 立法理由：「為保障被告自由陳述之權利，爰參考德國刑事訴訟法第136條第1項、第163條a第4項……。」

⁶ 德國聯邦最高法院刑事裁判彙編，第38冊，頁214以下。

⁷ Ransiek, Belehung über Aussagefreiheit und Recht der Verteidigerkonsultation: Folgerungen für die Beschuldigtenvernehmung, StV 1994, S. 343.

⁸ Roxin, Anm. zu BGH, Beschl. v. 27.02.1992 - 5 StR 190/91, JZ 1992, S. 923.

⁹ 曾介紹者，如林鈺雄，刑事訴訟法（上），頁175，註30，2007年9月5版。

¹⁰ U.S. Supreme Court, *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966). 國內關此介紹汗牛充棟，新近如吳巡龍，我國與美國證據排除實務運作之比較——兼評最高法院相關判決，台灣法學雜誌，141期，頁100，2009年12月。

豎立拘捕被告漏未告知緘默權的證據禁止。與*Miranda*判決同一年代的德國聯邦最高法院有數則以今日眼光觀之仍屬前衛的證據禁止裁判，例如漏未告知親屬關係拒絕證言權¹¹、私人違法錄音¹²、朗讀日記¹³等等，為何在違反緘默權告知方面拖踏曳行？為了盡可能呈現BGHSt 38, 214形成背景，本文先初步說明德國法緘默權告知義務相關立法演變（貳），之後再從一九六四年德國刑訴修法後的實務數則裁判依序談起（參），並從學理觀點評論（肆）。有了以上背景認知，再來介紹BGHSt 38, 214，才能理解其扭轉德國實務之精髓所在（伍）。惟BGHSt 38, 214雖有建樹，也帶來龐大代價，尤其是首創「證據禁止異議方案」，故須進一步評釋，以求鑑別良窳（陸）。繼之，本文輔以德國法觀察，分析我國刑訴違反緘默權告知之證據禁止規定，尋求適當之詮釋（柒）。最後以結論總結全文（捌）。

開展內文之前，在此先作三方面的討論限縮。第一，被告地位。告知義務以被告地位形成為前提，這不容忽略，否則，如可任由規避被告地位，告知義務將形同虛設，違論證據禁止；尤其是追訴實務朝向「告知義務書面化」後，正式訊問必然伴隨筆錄告知，很難想像例稿筆錄發生漏未告知的情況，因而往後焦點會集中在非正式訊問的場景，例如搜索現場或拘捕回警局的路途上。本文所引用的各則德國裁判，都免不了涉及被告地位形成問題¹⁴，惟為避免

¹¹ BGHSt 14, 159.

¹² BGHSt 14, 358.

¹³ BGHSt 19, 325.

¹⁴ 德國文獻指出，刑事被告是指刑事追訴機關基於犯罪嫌疑而開始進行偵查活動之對象，從犯罪追訴經驗得知其可能涉及犯罪的初始嫌疑存在之時，始得追訴，此亦即被告地位形成時點，請參閱Beulke, Strafprozessrecht, 11. Aufl., 2010, Rn. 111; Meyer-Göbner, StPO, 52. Aufl., 2009, Ein. 76; Ranft, Strafprozessrecht, 3. Aufl., 2005, Rn. 323.

失焦，本文直接進入「被告地位形成之後」漏未告知的場景來討論。第二，**違法競合**。訊問被告有綿密取證限制，告知義務只是一環，違反此項規定，也可能同時違反其他規定，甚至與詐欺訊問競合¹⁵，違法競合雖不與本文主題互斥，但均不在本文範圍內。同樣地，本文所稱告知義務或告知規定，除有特別敘述外，專指緘默權告知。第三，「向被告問話」的法定用語在我國刑訴法頗為凌亂¹⁶，其以訊問主體為區分，法官、檢察官發問為「訊問」，司法警察（官）發問則為「詢問」（§§ 71之1、100之2、196之1），因此，警察製作相關筆錄，必須「準用」檢察官製作之規定（§ 43之1 I）¹⁷。除此之外，「詢問」也用於法院徵詢被告意見（§§ 288之1 I、290）或被告向證人、鑑定人問話（§§ 163 I、166 I），此時，「詢問」便不能理解為對被告案情的問話。我國法用語不一的情況還有被告及犯罪嫌疑人，檢察官與法官前稱為「被告」，司法警察（官）前稱為「犯罪嫌疑人」，既不統一，亦不知指涉哪一階段，早受質疑¹⁸。為求行文簡潔，若無特別說明，本文「訊問」兼指「詢問」，「被告」亦兼指「犯罪嫌疑人」，合先敘明。

貳、德國刑訴緘默權告知規定演變

一、一八七七年德國帝國刑訴法

德國帝國刑訴（RStPO）一八七七年二月一日頒布，一八七九

¹⁵ 實例如92年度臺上字第4003號判決、96年度臺上字第1744號判決。另請參閱 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl., 2008, Rn. 570.

¹⁶ 關此，請參閱林鈺雄，刑事訴訟法（下），頁210，2007年9月5版。

¹⁷ 黃朝義，刑事訴訟法，頁97，2007年8月增補1版。

¹⁸ 林鈺雄，同註9，頁152；黃朝義，同前註，頁72-73。

年十月一日施行。不自證己罪與緘默權在當時已是德國各界公認的訴訟原則，「被告享有緘默權」向來不生問題¹⁹，但應否制定明確的告知義務則是爭議所在²⁰。帝國刑訴最終通過的版本是「應詢問被告，是否願意就指控事項作出回答」（§ 136 I RStPO）²¹，這樣的告知方式一直維持到一九六四年才修正成德國現行法²²。

告知規定本即預設人民不知曉其有緘默權²³，乃是「不能使被告處於權利不明狀態」的法治國產物，但舊法的詢問方式，卻無法確保被告知悉權利²⁴。何以如此？德國舊法告知方式，雖然立法者用意多少在提醒被告行使緘默權，但實際操作恰恰相反，與其說是告知緘默權，不如說是告知陳述權，被告容易將這樣的告知理解成他其實還是可以就指控事項表達意見，亦即提醒其有權陳述。因此，舊法用語隱晦不明，不算是讓被告充分知悉緘默權的告知方式²⁵。這實踐現象跟帝國刑訴立法者觀念有關。立法者不認為清楚

¹⁹ Dingeldey, Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozeßrecht, JA 1984, S. 408; Grünwald, Anm. zu BGH, Urt. v. 31.05.1968 - 4 StR 19/68, JZ 1968, S. 752; Rejewski, Unterbliebener Hinweis auf die „Aussagefreiheit“ des Beschuldigten als Revisionsgrund?, NJW 1967, S. 2001; Schmidt, Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten, NJW 1968, S. 1210; Stree, Schweigen des Beschuldigten im Strafverfahren, JZ 1966, S. 593.

²⁰ 王士帆，不自證己罪原則，頁43-44，2007年6月。

²¹ „Der Beschuldigte ist zu befragen, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle.“（引自Oskar von Schwarze, Kommentar zu der deutschen Strafprozeßordnung: und zu den auf dieselbe bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, 1878, S. 270）。

²² Sarstedt, in: L/R StPO, 22. Aufl., Bd. 1, 1971, § 136 Entstehungsgeschichte, S. 845.

²³ Gleß, in: L/R StPO, 26. Aufl., 2007, § 136 Rn. 28.

²⁴ Grünwald, aaO. (Fn. 19), S. 752.

²⁵ Schünemann, Die Belehrungspflichten der §§ 243IV, 136 n. F. StPO und der BGH, MDR 1969, S. 102; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009, § 25

告知緘默權是合適的，因為當時氛圍價值，法官訊問應優先於被告聽審權及緘默權²⁶，以致於告知義務固然立意良善，但宣導無方導致成效不彰的批評聲浪一直存在。面對應否改革告知方式的問題，立法者一方面擔心清楚告知無異於鼓勵被告緘默，而當年環境，人們習慣從被告緘默為不利推斷，被告行使緘默權反受其害²⁷，另一方面則又擔心緘默權會癱瘓犯罪追訴。兩方面彼此對立的觀點導致立法者躊躇不前，改革懸而未決²⁸。

當時的德文文獻主張如同今日，指出緘默權是法律賦予之正當權利，而告知規定表達了「被告完全無義務就控訴事項或個別不利情況表達意見」，「被告可以拒絕被當作供述之人使用。因為無陳述義務，他可以完全拒絕陳述或部分緘默」²⁹，只是法律規定的告知方式不顯著而已³⁰。值得關注的是實務立場，聯邦最高法院除了讚謬舊法告知規定為「法治國程序擔保」、「德國刑訴法治國基本立場的象徵」³¹之外，較有意義的是一九五一年裁判正確理解舊法告知規定在「讓被告自由決定是否願意陳述」³²，而非條文文義所稱的「詢問是否願意陳述」，這樣理解角度符合一九六四年修法的新告知方式：「應告知其得就被控訴之事自由決定陳述或不為陳述」。由此看來，儘管舊法晦澀不明，德國文獻與實務仍能理解告知義務目的，不過難題就像「合理訴訟期間」屬於被告權利是共

Rn. 1.

²⁶ Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 28.

²⁷ Wessels, Schweigen und Leugen im Strafverfahren, JuS 1966, S. 170.

²⁸ Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 28.

²⁹ Tillmann, in: L/R StPO, 20. Aufl., Bd. 1, 1958, § 136 Anm. 5.

³⁰ Rejewski, aaO. (Fn. 19), S. 2001; Sarstedt, in: L/R StPO, 21. Aufl., Bd. 1, 1963, § 136 Anm. 4.

³¹ BGHSt 14, 358, 364.

³² BGHSt 1, 342, 343.

識³³，但訴訟遲延該有何效果則如刺在梗一樣，聯邦最高法院當時對違反告知該有什麼效果就是說不出來，在一九六二年，反而以刑訴註釋書引自帝國法院一九〇九年裁判定義的「訓示規定」定位舊法告知義務，指出違反緘默權告知「不得據以上訴法律審，因為告知條款僅是訓示規定」³⁴，而「訓示規定具有一種指示意義，可依案件情況不予遵守，也不因違反而遭受任何法律效果」³⁵。「德國刑訴法治國基本立場」的緘默權告知，違反卻不生任何效果，抬舉和貶抑都出自聯邦最高法院，雷大雨小的「法治國程序擔保」引發後續長達三十年論戰。

二、一九六四年修正緘默權告知方式

一八七七年舊法語焉不詳，運作結果，即便踐行告知，人民依然普遍在不知悉緘默權下自白。逐波修法呼籲，例如一九五九年第三十屆德國律師大會就批評告知規定不清不楚，促成一九六〇年代修法³⁶。研修過程非毫無阻力，有些邦反對清楚明白告知被告緘默權，理由是當被告必須被告知國民本來就應知悉之權利時，將危及警察追訴任務³⁷。幾經折衝，德國刑訴終於在一九六四年十二月十九日修正告知方式並自一九六五年四月一日施行³⁸。這次修法號稱

³³ 如歐洲人權公約第6條、瑞士統一刑訴第4條及奧地利刑訴第9條。

³⁴ BGH, Urt. v. 09.01.1962 - 5 StR 568/61, GA 1962, S. 148.

³⁵ RGSt 42, 168, 169. (轉引|Bohnert, Ordnungsvorschriften im Strafverfahren, NStZ 1982, S. 6)。

³⁶ Grünwald, aaO. (Fn. 19), S. 752; Schmidt, aaO. (Fn. 19), S. 1213.

³⁷ Schmidt-Leichner, Das neue Recht im Strafverfahren - Zugleich eine Stellungnahme zu einem „Leitfaden zur kleinen Strafprozeßreform“, NJW 1965, S. 1310.

³⁸ 修正條文簡介，請參閱Schmidt-Leichner, aaO., S. 1309 ff.

為「小刑訴改革」³⁹，緘默權告知修正只是其一，該條項位置不變，告知方式則是更為清楚，亦即，被告緘默權未因修法有任何改變，差別只在於，新法比舊法讓被告更清楚知道其有選擇緘默的權利⁴⁰，此即今日德國緘默權告知義務的現行規定——刑訴第一三六條第一項第二句：「應告知被告依本法得就被控訴之事自由決定陳述或不為陳述」（§ 136 I 2 StPO）。此外，也在檢警訊（詢）問增訂準用條款（§ 163a III, IV StPO），一併解決舊法原告告知義務除了直接適用法官訊問之外，有無適用到檢警訊（詢）問的爭議⁴¹。

基於法治國照料義務，德國刑訴規範應告知的權利類型琳瑯滿目⁴²。其中，相當於我國刑訴第九十五條第二款者，主要是德國刑訴第一三六條第一項第二句。就德國法而言，緘默權告知義務，不分程序階段、訊問場景，訊問被告應一律踐行告知，被告強制或任意到場在所不問，也不問國家訊問人員身分，差別僅在條文依據不同：法官訊問者直接適用第一三六條⁴³，檢警訊（詢）問則分別準用之。此外，審判期日另以第二四三條第五項第一句規定「告知被告得自由決定陳述或不為陳述」，該規定原本在第二四三條「第四項」第一句，二〇〇九年八月四日施行的新法移置為第五項，惟條文內容不變⁴⁴。

³⁹ BGBl. 1964 I, S. 1067.

⁴⁰ Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 28; Rejewski, aaO. (Fn. 19), S. 2001; Stree, aaO. (Fn. 19), S. 593.

⁴¹ Sarstedt, aaO. (Fn. 22), § 136 Anm. 1, S. 847.

⁴² 可參閱Schlothauer, Gerichtliche Hinweispflichten in der Hauptverhandlung, StV 1986, S. 213 ff.; Schorn, Belehrungen und belehrende Hinweise im Strafproß, JR 1967, S. 203 ff.

⁴³ 法官為羈押審查及其他人身拘束另有內容相同的規定（§§ 115 III 1, 115a II 2, 126a II 1, 128 I 2 StPO），請參照Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 1.

⁴⁴ BGBl. I 2009, S. 2353. 本文參考的德國文獻或裁判引用的審判程序告知規定，

三、二〇〇九年羈押修法擴大告知義務

本來德國刑訴規定踐行緘默權告知的時點，皆是始於訊問被告。由於德國調整聯邦與各邦羈押權限之故，二〇〇九年七月二十九日修正刑訴羈押相關規定，自二〇一〇年一月一日施行⁴⁵。羈押新法特色之一是增訂數項權利告知義務，比較特別者，例如告知得由醫生檢查身體之權利及若不通曉德文可無償給予通譯，若受拘捕者為外籍國民，另要告知其有向所屬駐在國領事館通知之權利⁴⁶，這些權利之中還包括告知緘默權。根據新法規定，應立即對被拘捕之被告，以其能通曉之語言書面告知就案情有陳述與否之權利，若書面告知不足使被告辨明權利，則須另以口頭告知；無法書面告知時，應以相關方式處理，惟若期待可行者，事後仍須補正書面告知⁴⁷；被告應書面證明其已受告知，如被告拒絕證明，應記明筆錄（§ 114b StPO）。

二〇〇九年德國刑訴羈押修訂之前，追訴人員訊問被告時才有義務告知緘默權，其他非屬訊問的狀況，例如拘捕被告，本不生告知義務。新法增訂後，對被拘捕之被告縱非訊問亦應告知緘默權，用意旨在提早讓被告知悉緘默權，惟不據此免除後來訊問之時本應踐

都為2009年8月4日施行前的德國刑訴第243條第4項第1句，為求行文簡潔，論述或引用一律改以德國現行法條項，特此說明，以免誤會。

⁴⁵ BGBl. 2009 I, 2274. 關此，請參閱Robert Esser著，林鈺雄、王士帆譯，《東協憲章》基礎上的區域人權保護制度之發展——從歐洲觀點看國際法院裁判落實到內國刑訴，台灣法學雜誌，138期，頁75，2010年3月15日；Bittmann, Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, NSTZ 2010, S. 13 ff.; Michalke, Reform der Untersuchungshaft - Chance vertan?, NJW 2010, S. 17 ff.

⁴⁶ 這項告知規定是轉化維也納領事關係公約（Vienna Convention on Consular Relations）第36條第1項。

⁴⁷ 檢討如Bittmann, aaO. (Fn. 45), S. 14.

行之告知義務，亦即，不因受拘捕時已受告知緘默權，即無庸於訊問階段再行告知⁴⁸。因此，訊問漏未告知緘默權的效果仍須回歸本文以下討論脈絡。惟有一項影響值得觀察：由於被告受拘捕時已受權利告知，是否足以讓被告知悉其享有緘默權，以致於後續訊問時告知義務的規範保護目的已有效達成？答案如為肯定，則會造成追訴人員對拘捕被告於訊問階段縱使違反告知義務，亦不損及被告權利，根據規範保護目的理論，便不存在以證據使用禁止消除違法所生損害（即取得之自白無證據能力）的問題⁴⁹。據此可以想見，涉及拘捕被告的權利告知，未來違反告知義務的攻防焦點將會在「被拘捕之被告於訊問前已知悉緘默權」的程序爭點證明⁵⁰。

參、一九六五年至一九九二年德國聯邦最高法院裁判發展

一九六〇年代，「告知義務問題是當時數國難題之一」⁵¹，德國也不例外。德國一九六五年新法既是強化被告保護，違反效果該如何看待，成了立即遭逢的挑戰。為此，德國聯邦最高法院與下級審頻頻來回對話，一直到一九九二年BGHSt 38, 214方歇。新法施行至BGHSt 38, 214作成之間，共有六則聯邦最高法院關鍵裁判支配終審見解，以下依時序觀察。

⁴⁸ Michalke, aaO. (Fn. 45), S. 18.

⁴⁹ 下文【陸、一】。

⁵⁰ 關此程序證明，請參見【陸、四、(→)】。

⁵¹ 那時代美國、英國、法國及其他國家都有告知義務的困擾，請參閱Fincke, Verwertbarkeit von Aussagen des nicht belehrten Beschuldigten, NJW 1969, S. 1014.

※德國聯邦最高法院裁判演變（一九六二年至一九九二年）

裁判日期	法庭	刑事裁判彙編	主旨摘要
1962.01.09 舊法時期	第5庭	未刊載	(舊) 緘默權告知義務屬於訓示規定，違反不得上訴法律審
1966.04.05 新法已施行	第1庭	未刊載	1. 新法已施行，卻仍依舊法方式告知者，符合告知目的，故未違反新法告知義務 2. 違反告知，因法無證據禁止明文，故自白不證據禁止
1966.06.22	第2庭	未刊載	被告以其他方式知悉緘默權（辯護人陪同在場及聽聞同案共同被告接受權利告知），故不得以違反告知為由上訴法律審
1968.04.30	第1庭	BGHSt 22, 129	違反告知義務，不構成不正訊問
1968.05.31	第4庭	BGHSt 22, 170	1. 告知義務乃訓示規定 2. 警詢違反告知義務不生證據禁止
1974.05.14	第1庭	BGHSt 25, 325	1. 審判未告知緘默權，原則得上訴法律審，但要求被告敘明因未受告知而誤認有陳述義務 2. 被告已知悉權利或受告知也會放棄緘默權而陳述者，不得上訴法律審 3. 留下問題：審判未告知緘默權，證據禁止？
1983.06.07	第5庭	BGHSt 31, 395	1. 警詢漏未告知緘默權，法無證據禁止明文，故無證據禁止 2. 警詢漏未告知，非審判階段違反告知，故不適用BGHSt 25, 325
1992.02.27	第5庭	BGHSt 38, 214	1. 證據禁止不以法有明文為必要 2. 警詢漏未告知緘默權，原則上證據禁止 3. 例外不禁止：被告已知悉權利、

裁判日期	法庭	刑事裁判彙編	主旨摘要
			(知悉程序瑕疵或有辯護人)未聲明異議

一、一九六六年第一庭：依舊法方式告知，未違反新法規定

案件發生在新法施行後的四個月（一九六五年八月），Koblenz地院審判期日未依新法而仍照舊法告知被告「是否願意就指控事項作出回答」，後來判決有罪。被告向聯邦最高法院提起法律審上訴⁵²，指摘理由之一為原審未踐行新法的緘默權告知義務，聯邦最高法院第一庭以上訴無理由駁回⁵³。第一庭認為，詢問「是否願對控訴內容陳述什麼」，儘管不符新法告知方式，但也不能作為法律審上訴事由。第一庭說，被告無義務對己不利陳述，「這項原則在修法施行之前便已存在於德國刑訴法」⁵⁴，亦即，緘默權在一九六四年修正告知條款前已存在。至於舊法時代主張告知義務屬於訓示規定，此見解是否仍適用於新法，該法庭不必審查，原因是系爭案件並非漏未告知，而是有告知但未依新法文字踐行告知，所以無法比附援引一九六二年同院第五庭的訓示規定說⁵⁵。

第一庭再補充兩項觀點⁵⁶：(一)一九六四年修法果真看重告知義務遭到侵害，就會不同於舊法狀態來制定證據禁止，如同規定非任意性自白無證據能力一樣（§ 136a StPO），而這顯然未被立法者採納。(二)告知義務的立法思維新舊法皆然，新法只是更清楚刻劃既有的

⁵² 德國聯邦最高法院得有條件受理不服邦地方法院（LG）判決之上訴（§§ 121, 135 GVG），而且聯邦最高法院必為法律審。

⁵³ BGH, Urt. v. 05.04.1966 - 1 StR 26/66, NJW 1966, S. 1718 f.

⁵⁴ A. a. O.

⁵⁵ 該則判決為BGH, Urt. v. 09.01.1962 - 5 StR 568/61, GA 1962, S. 148.

⁵⁶ BGH, NJW 1966, S. 1718 f.

立法目的，新法並未規定告知之用語必須依條文照本宣科而不能用其他描述方式，所以詢問被告「是否願意就指控事項作出回答」即可滿足告知義務追求目的。最終，第一庭以原審未違反告知義務，不具程序瑕疵為由駁回被告上訴。

二、一九六六年第二庭：被告已由其他方式知悉緘默權

下級審完全未踐行告知而被上訴聯邦最高法院，受理的第二庭以兩項理由認定被告雖未被告知，卻已由其他方式知悉享有緘默權並且有意識地決定作出有罪陳述⁵⁷：第一，應否自白，是辯護人與其當事人諮商最優先與最重要的問題，從辯護人書狀可以得知辯護人已與被告討論過如何準備審判期日之應訊；第二，在被告自白之前，審判長已先對另名共同被告依法踐行審訊告知，而被告當時也在場聽聞。於是，第二庭以系爭程序瑕疵並不涉及裁判基礎為由駁回上訴。

三、一九六八年第一庭（BGHSt 22, 129）

（一）下級審見解歧異

前述兩則裁判，第一庭根本否定原審有程序瑕疵，第二庭則認為被告已事先由其他方式知悉權利再決定自白，故不影響法院裁判之作成。違反告知的法律效果究竟為何，終審法院不直接表態，造成下級審百家爭鳴。在前述兩則裁判之前，同年（一九六六年）四月Hamburg高院（OLG）已認為「法律既未明文規定證據禁止，亦無法間接從禁止非任意性自白規定推論」出違反告知義務應證據禁止⁵⁸，「單純未告知緘默權，不屬於不正訊問方法。因此，違反審

⁵⁷ BGH, Urt. v. 22.06.1966 - 2 StR 160/66, NJW 1966, S. 1720.

⁵⁸ OLG Hamburg, Urt. v. 25.01.1966 - 2 a Ss 57/65 (2), NJW 1966, S. 1281.

訊告知的要求，不生證據禁止」⁵⁹。接著同年十一月，Oldenburg 高院審理一起酒駕案，延續Hamburg高院立場。案情為，一九六六年三月被告發酒駕，警察前來詢問，被告答稱開車載友返家，區法院（AG）以此警詢自白認定被告酒駕。被告上訴，指摘警察未依法告知緘默權，自白應禁止使用。對此指摘，Oldenburg高院表示，「立法者並未就違反告知義務明確課予如同不正訊問自白一般的證據禁止效果，此非立法者無心疏忽。按照立法者意思，違反告知義務不生證據禁止，理由是，漏未告知的嚴重性不同於不正訊問⁶⁰。」

相反的，也有其他高院主張應證據禁止。以Bremen高院裁判為例，被告M是鮮奶送貨司機，涉嫌監守自盜，私運給另名共同被告S。下級審判處M竊盜罪、S贓物罪，與本文有關者為S之上訴指摘。S指稱，警詢未告知緘默權，自白應證據禁止。Bremen高院認為S上訴有理由⁶¹。

違反警詢告知，自白應證據禁止。一九六四年修法、一九六五年生效前之實務與文獻通說主張告知義務屬訓示規定，並據此否定違反告知取得之自白應證據禁止以及不得據此上訴法律審。惟一九六四年告知義務修法後，文獻對過去通說見解多次持保留態度。德國刑訴固然沒有表明違反告知產生什麼效果，但仍無法得出「違反因此無關緊要」的推論。號稱刑訴改革的一九六四年修法目標在促進基本法的法治國原則，特別是在刑事訴訟實現憲法基本權利。被告不自證己罪權利乃是人性尊嚴的本質內涵，緘默權告知成為在刑事

⁵⁹ A.a.O.

⁶⁰ OLG Oldenburg, Urt. v. 29.11.1966 - 1 Ss 261/66, NJW S. 1967, 1096, 1098. 相同看法的還有Hamm高院（NJW 1967, S. 1524）。

⁶¹ OLG Bremen, Urt. v. 30.08.1967 - Ss 71/67, NJW 1967, S. 2022 ff.

訴訟形塑法治國的一項重要義務。從此處之價值決定已可直接推論出，違反告知義務取得之自白應證據禁止。

附帶一提，德國法院組織法（GVG）第一二一條第二項規定，各邦高院有意作成與其他高院或聯邦最高法院不同見解之裁判時，必須向聯邦最高法院提案，以表示統一見解，藉由課予下級審提案義務（Vorlagepflicht）來維護德國司法裁判（尤其是法律審）一致性⁶²，提案程序因此被稱為「活化法律續造的機制」⁶³，本文即有四則聯邦最高法院是依高院提案作成之裁判⁶⁴。循此，Bremen高院雖與其他高院見解不同，惟其認為案情不同，故不存在提案義務。

（二）提案背景：Karlsruhe高院有意主張證據禁止

下級審的僵持就等上級審解套。一九六八年，提案給聯邦最高法院表態的是Karlsruhe高院，其預期會與前述Oldenburg高院見解牴觸，而向聯邦最高法院提案⁶⁵。

提案案情為，一九六六年七月十一日晚上十點左右，被告在公路上欲拉住騎車經過其前方的女騎士右前臂，惟未得逞。隔日（十二日）上午受理被害人報案的警察詢問被告，被告起先否認見過被害人，之後宣稱其誤認被害人為以前允諾給他住屋卻又食言之人，欲拉下賞她耳光，但稍後接受檢察官訊問時，被告自白說有意對被

⁶² Hannich, in: KK-StPO, 6. Aufl., 2008, GVG § 121, Rn. 13; Beulke, aaO. (Fn. 14), Rn. 52.

⁶³ Fezer, Anm. zu Beschl. v. 27.02.1992 - 5 StR 190/91, JR 1992, S. 385. 德國漢堡大學教授Fezer還鼓勵各邦高院刑事庭應多利用提案程序，來防止聯邦最高法院「僵化」。

⁶⁴ 分別是BGHSt 22, 129; 25, 325; 31, 395; 38, 214.

⁶⁵ BGHt 22, 129 = BGH, Beschl. v. 30.04.1968 - 1 StR 625/67, NJW 1968, S. 1388 ff.

害人強制性交才試圖拉她下車（第一次自白）；當日上午被告再度接受警詢，被告又作出強制性交未遂之自白（第二次自白）。然而，不論是檢訊或第二次警詢，皆未告知緘默權。同日下午二點，警察為製作筆錄有依法踐行告知，被告重複先前自白並在筆錄簽名（第三次自白）。七月十三日，被告首次接受法官訊問，其撤回先前自白，並重申第一次應訊的說法，「誤認被害人為另名女性」，被告後續都維持這個說法。區法院傳訊警詢的警察及朗讀檢察官製作之書面聲明（檢察官因死亡，無法傳喚），依被告偵查中自白認定其成立強制性交未遂。被告上訴到地院⁶⁶。地法認為，警詢未告知緘默權，自白不得作為證據，宣判無罪。檢察官不服，上訴Karlsruhe高院，高院同意地院見解。很明顯的，Karlsruhe高院與前述Oldenburg高院牴觸，因此Karlsruhe高院依法向聯邦最高法院提案。

（三）第一庭：違反告知不構成不正訊問

受理提案的聯邦最高法院第一庭表示，由於Karlsruhe高院未描述提案問題，惟從提案裁定得知，高院立場應是「檢警違反緘默權告知取得之自白，不得作為裁判依據；之後警察為製作詢問筆錄而依法踐行告知，被告再度自白者，該自白一樣不得作為證據」。第一庭不贊同Karlsruhe高院，本文將裁判理由分為三段敘述⁶⁷：

1. 偵查機關第一次與第二次訊問違反告知義務的自白應否禁止使用，法無明文。第一庭先肯認偵查機關確實違反告知義務，至遲在被告陳述欲傷害被害人時（儘管實際欲為強制性交），被告地位即已形成，後續之訊問應遵守告知義務。緊接問題「違反告知義務

⁶⁶ 德國區法院之判決，得上訴到邦地方法院。

⁶⁷ BGH, NJW 1968, S. 1389 f.

是否生證據禁止？」，第一庭說「學說與高院實務具有爭議」，表明該院針對緘默權告知在一九六五年新法施行前認屬訓示規定，修法後則尚未處理系爭證據禁止問題，而一九六六年四月第一庭及同年六月第二庭所處理之告知義務爭點皆指涉審判程序之告知⁶⁸，與系爭提案針對偵查程序問題無法類比。交代完當時告知義務相關觀點後，第一庭切入主題表示，「違反緘默權告知是否導致證據禁止，本庭無須在系爭案件決定見解。相對於不正訊問之自白有證據禁止明文規定（§ 136a StPO）⁶⁹，違反緘默權告知卻未規定證據禁止」，即便要接受證據禁止，「仍無法從不正訊問規定得出證據禁止，因為疏忽漏未告知，未能比刻意詐欺或甚至是虐待更嚴重影響程序法」⁷⁰。

2. 被告第三次自白之警詢有踐行告知，故可作為證據。被告共自白三次，且均在偵查階段，檢警人員在前兩次訊問未行告知，僅第三次自白是出於警詢合法告知取得。如同前述，第一庭認定偵查人員違反告知義務，而法律未就此制定違反效果，那麼，第三次合法訊問取得之自白，是否因先前訊問違反告知義務而受影響？其實，這正是加重告知的議題，今日德國普遍說法為先前訊問違反告知義務者，後續訊問便不能僅以踐行一般告知義務即為以足，須「特別告知被告，其於先前訊問的陳述，可能因為違反告知義務而

⁶⁸ 上文【參、一】與【二】。

⁶⁹ 德國刑訴第136條之1第3項第2句規定「違反禁止方法取得之被告自白，即便被告同意使用，也不得作為證據」，排除被告透過同意的自白證據能力處分權，文義上並未直言非任意自白應證據禁止，而是以證據禁止作為前提假設；換言之，無關乎被告是否不同意，非任意性自白本來就不得作為證據。請參閱 Beulke, aaO. (Fn. 14), Rn. 142; Diemer, in: KK-StPO, 6. Aufl., 2008, § 136a Rn. 38; Meyer, Anm. zu BGH, Beschl. v. 07.06.1983 - 5 StR 409/81, NStZ 1983, S. 567.

⁷⁰ BGH, Beschl. v. 30.04.1968 - 1 StR 625/67, NJW 1968, S. 1389.

無證據能力」⁷¹，後續訊問之自白才能不受先前違法訊問的繼續效力影響⁷²。然而，以一九六〇年代德國實務否定違反告知義務與證據禁止聯結關係的氛圍，第一庭自然未聯想到討論加重告知議題⁷³。

3.最後，第一庭重申其無須對先前訊問取得之（第一次與第二次）自白是否證據禁止表態，而且，這兩次自白「對Karlsruhe高院作成裁判並不具重要性」，因為當事實審法官未來以一九六六年七月十二日下午之（第三次）自白作為證據時，便無法繼續維持強制性交未遂無罪之認定了⁷⁴。

四、一九六八年第四庭：告知乃訓示規定，無證據禁止（BGHSt 22, 170）

到BGHSt 22, 129為止，聯邦最高法院未直接表態證據是否禁止，頂多只直言「法無明文」，至同年BGHSt 22, 170才出現關鍵卻

⁷¹ 林鈺雄，論告知義務——兼評台北地院88年度訴字第826號刑事判決，載：刑事法理論與實踐，頁201，2001年10月。

⁷² Beulke, aaO. (Fn. 14), Rn. 119; Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 25), § 24 Rn. 33. 德國聯邦最高法院在2009年裁判才算清楚、明確肯定加重告知對先前違反告知義務瑕疵的重要意義（BGH, Beschl. v. 27.05.2009 - 1 StR 99/09, StV 2010, S. 3）。關此德國實務發展，簡述請參閱Neuhaus, Ungeschriebene Belehrungspflichten im Rahmen des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO und die Folgen ihrer Verletzung, StV 2010, S. 46.

⁷³ 此非本文議題故略，評釋第一庭應對第三次自白採取加重告知者，如Grünwald, aaO. (Fn. 19), S. 754; Schünemann, aaO. (Fn. 25), S. 102 f. 附帶說明，有文獻認為加重告知的說法顯然可溯源到Schünemann的1969年上述文章（Neuhaus, aaO. (Fn. 72), S. 45），但依筆者觀察，比Schünemann早一年的Grünwald文章（JZ 1968, S. 754）就主張加重告知了。

⁷⁴ BGH, NJW 1968, S. 1390.

又令學界失望的見解⁷⁵——違反緘默權告知義務不生證據禁止⁷⁶。案情為一九六七年四月二十四日凌晨三點，被告開車肇事。次日，警察在醫院詢問被告卻未行告知，但有問被告是否願意陳述，被告因為受傷無法言語，故手寫事發經過。下級審傳訊警察作證被告自白內容，以之認定有罪。被告以警方違反告知義務上訴聯邦最高法院，第四庭駁回被告上訴，理由如下⁷⁷：

(一)一九六五年告知義務新法生效後，德國聯邦最高法院至今未表明其法律性質及違反效果。第四庭開頭先交代舊法時期實務有關緘默權告知屬於屬訓示規定之見解，違反既無證據禁止，亦不得上訴法律審。再來，第四庭引用一九六六年四月第一庭裁判⁷⁸表示該院對此問題並未處理，而刑訴註釋書及大多數邦高院認為新法告知義務並未變更其在舊法之法律性質。

(二)新法未改變舊法告知義務之法律狀態。環顧文獻正反意見及聯邦最高法院尚未無定見後，第四庭接著表示，從法律形成史來看，新法雖將告知義務修改為「應告知被告得就被控訴之事自由決定陳述或不為陳述」，然而舊法規定「應詢問被告，是否願意就指控事項作出回答」便已明確賦予被告緘默權，換言之，新法並未改變迄今之法律狀態，只是讓被告比過去更清楚知曉其有選擇陳述與否的權利。

(三)立法者未制定違反告知義務應證據禁止的明文規定。第四庭指出，立法者非常清楚實務對舊法告知義務的立場（即訓示規定說），假如有意改變實務，立法者可輕易制定諸如違反告知取得之自

⁷⁵ Fincke, aaO. (Fn. 51), S. 1014; Schünemann, aaO. (Fn. 25), S. 101.

⁷⁶ BGHSt 22, 170 = BGH, Urt. 31.05.1968 - 4 StR 19/68, NJW 1968, S. 1838-1840.

⁷⁷ A.a.O.

⁷⁸ 上文【參、一】。

白應證據禁止的效果條款，像是不正訊問取得之自白予以證據禁止的規定一樣；然而，立法者一九六四年修法卻未制定違反告知的證據禁止條款，由此推論，立法者毋寧只是以既有的緘默權為基礎而透過調整法條文字加以強化而已。是以，第四庭認為，一九六四年修法並無意改變告知義務至今為止的法律狀態，若真有意變更，號稱以擴大被告權利為宗旨的該次修法便會明白表態。

(四)違反緘默權告知，不能類推不正訊問證據禁止。第四庭以不正訊問所涉及者為積極違法作為，而違反告知義務則是不作為，故不正訊問之自白禁止不能類推到違反告知。其另補充，系爭案件也不構成詐欺訊問，警察於被告肇事後詢問其事發經過及是否願意陳述，肇事者可據此得知其已是刑事被告，故無詐欺訊問。

五、一九七四年第一庭 (BGHSt 25, 325)

(一)提案背景：Stuttgart高院主張審判期日告知非訓示規定

BGHSt 22, 170將違反告知義務定調為「不生證據禁止，亦不得上訴法律審」，只讓下級審維持五年寧靜，Stuttgart高院於一九七三年提案要聯邦最高法院再次表態。這是一起人別訊問與告知義務競合的案例，案情為，一審論處被告違法駕駛、過失殺人等等罪名，二審在審判期日人別訊問階段，被告說出過去曾因酒駕被其他區法院科以處刑命令，此後法院向被告踐行告知義務，被告拒絕再為陳述。二審綜合處刑命令內容及人別訊問時被告自白酒駕，認定其因酒精影響不適合駕駛並成立指控罪名。被告向Stuttgart高院提出上訴，主張二審法院以其在人別訊問之陳述作為裁判依據，然該陳述應視為本案訊問之陳述，由於被告後來在本案訊問時保持緘默，故先前之陳述應無證據能力。

Stuttgart高院有意支持被告上訴理由，惟指出，這樣見解的前

提是審判期日告知義務 (§ 243 StPO) 不屬於「即便違反仍不得上訴法律審的訓示規定」，假如再依BGHSt 22, 170將告知義務作為不得上訴法律審指摘的訓示規定，那麼被告在受告知之前或之後所為之不利陳述，無論歸類為本案陳述或人別陳述，都不具意義。Stuttgart高院接著表示，告知義務屬於強制規定，「大多數程序法規並未明確制定違反效果」，「緘默權告知義務如視為訓示規定，將不符合告知條款的重要性」，其不認同聯邦最高法院所謂新法與舊法屬相同性質的訓示規定，尤其是聯邦最高法院以違反告知義務並無類似非任意性自白證據禁止作為推論理由。準此，Stuttgart高院有意作出不同於BGHSt 22, 170之裁判，於是提請聯邦最高法院表示意見，提案問題為「審判程序之緘默權告知規定，是否為一種違反即可上訴法律審指摘的強制規定？」⁷⁹

(二)第一庭：審判期日違反告知義務，得上訴法律審

聯邦最高法院第一庭接受Stuttgart高院意見，認定審判期日告知條款非屬訓示規定⁸⁰。第一庭雖未直接明白認定違反告知應導致證據禁止，卻仍為日後號稱緘默權里程碑的一九九二年BGHSt 38, 214顯露興革曙光。但要特別留意，BGHSt 25, 325前前後後都只在處理審判期日的緘默權告知條款，而不及於偵查階段的告知義務，不能過度放大本則裁判的射程距離。裁判理由摘錄如下：

1. 從條文規範目的而言，審判期日緘默權告知條款非屬訓示規定。首先，第一庭援用文獻說法，認為將告知規定理解無關緊要的訓示規定乃屬「方法論上過時的觀念」，審判期日告知條款的性質應取決於其程序目的，以及，倘若違反將對被告法律地位產生如何之

⁷⁹ OLG Stuttgart, Vorlegungsbeschl. v. 30.05.1973 - 3 Ss 169/73, NJW 1973, S. 1768.

⁸⁰ BGHSt 25, 325 = BGH, Beschl. v. 14.05.1974 - 1 StR 366/73, NJW 1974, S. 1570-1572.

影響而定。接著，第一庭比較新舊法後表示，兩者目的皆在使被告得自由選擇是否陳述，新法並未變更告知義務的法律狀態，換言之，從法治國公平審判程序所生之被告緘默權，新舊法都予以承認。第一庭說，「審判期日告知條款非在創設緘默權，但告知規定在確保任何被告皆有行使緘默權的機會，以防止可能因不知悉權利而遭受虧待。這就是告知目的。」⁸¹不過，第一庭也提到，若被告本來已知悉緘默權或有意藉由陳述作為辯護而使告知義務對其可有可無者，就無須加以預防和照料，「此時，告知義務已非權利行使的必要條件，未告知並未減損被告權利」⁸²。

2. 審判期日違反緘默權告知之程序違法，被告原則上可上訴法律審，惟負有敘明義務。從法規目的得出「審判告知」不屬於訓示規定後，第一庭接著闡明違反與上訴法律審的關係。第一庭說，「對於未知悉緘默權的被告，如其知悉權利則會優先考慮緘默者，審判告知即屬公平審判的必要內涵，漏未告知將會破壞規範目的、限制被告行使權利的選擇性及減損緘默權。從告知義務的意義可得知，漏未告知事關重大，影響到被告在法治國程序的不自證己罪權利」⁸³，因此，違反「審判期日告知規定」，會構成上訴法律審要件所謂的違背「法令」（§ 337 StPO）。然而，第一庭也表達並非所有違反審判告知皆可上訴法律審，必須個案審查程序違反是否導致告知義務規範目的受損，例如當有理由認為被告已知悉權利，或即便知悉也會放棄緘默權而為陳述者，就不得上訴法律審；而有辯護人陪同的被告，應可認為被告明瞭其權利，並在審判期日之前就已

⁸¹ BGHSt 25, 325, 330.

⁸² A.a.O.

⁸³ BGHSt 25, 325, 330 f.

決定是否陳述⁸⁴。此外，第一庭要求被告應敘明上訴理由，因「只當踐行告知乃是被告知悉緘默權所必要以及被告會就此保持緘默，並且裁判以該程序違法取得之自白作為證據，法律審上訴才有理由」，亦即，單憑審判期日違反告知義務作為上訴理由尚嫌不足，「被告必須敘明誤信有陳述義務因而作出不利陳述」⁸⁵。

3. 無法從本則裁判導出偵查程序違反告知義務的法律效果。儘管第一庭不再承襲訓示規定說，但其射程距離仍只在審判期日之緘默權告知。第一庭謹慎表示，不能從本則裁判推論出其有反對以前處理偵查程序漏未告知之同院裁判（指BGH, GA 1962, 148; BGHSt 22, 129; 22, 170）；「判決心證之形成以審判期日之整體為基礎（§ 261 StPO），而適用於審判期日者，不能逕自適用在偵查程序」⁸⁶。

4. 審判期日違反緘默權告知，自白應否證據禁止？這個問題，第一庭隻字不提學界已不斷簇擁的證據禁止方案，既不肯定，也不否定，原因可能是Stuttgart高院提案問題僅限於審判期日違反告知能否上訴法律審而已，而未將能否證據禁止作為提案爭點。惟值得留意的是，第一庭冒出一段插曲：「聯邦檢察總長有不同意見。他聲請本庭作出如下決定：『違反審判期日之緘默權告知義務，原則上不會對該違法取得之陳述成立證據禁止』」⁸⁷，這段耐人尋味的補充，或許可以間接但薄弱地推論第一庭支持審判違反告知應證據禁止。

⁸⁴ BGHSt 25, 325, 331 f.

⁸⁵ A. a. O.

⁸⁶ BGHSt 25, 325, 331.

⁸⁷ A. a. O.

六、一九八三年第五庭（BGHSt 31, 395）

（一）提案背景：Celle高院第一次主張警詢違反告知應證據禁止

如前所述，為緘默權告知規定擺脫訓示規定的BGHSt 25, 325，其自稱僅限於審判告知，而不及於偵查告知規定，理由為「適用於審判期日者，不能逕自適用在偵查程序」，其結果，偵查違反告知的法律效果還是回到一九六〇年代聯邦最高法院主張的訓示規定說、不生證據禁止。同樣是告知規定，卻區分偵查與審判而異其效果，這有說服力嗎？連最基層的區法院都指出BGHSt 25, 325區分審判與偵查未詳細敘明理由⁸⁸，學界則批評第一庭浪費了澄清BGHSt 22, 170的寶貴機會⁸⁹。於是，一九八一年Celle高院，第一次提請聯邦最高法院就警詢違反告知應否證據禁止表示意見。純就結果而論，聯邦最高法院的答案並未滿足Celle高院，以致於，Celle高院在一九九一年就同一問題再度提案，並促成了迄今影響德國實務深遠的BGHSt 38, 214⁹⁰。

提案案情為一起酒駕事件。警察（同時是證人）駕駛自己房車的私人路途上（非執行公務），察覺有車輛危險駕駛，於是攔下該車。警察出示警職證件時，駕駛者衝越小路離去，遂通知警局並提供車輛車牌號碼，經過查證被告為該車輛登記人（但尚不確定是否為駕駛人），警察率隊前往被告住家調查案情，此時已是酒駕事件發生後三十至四十分鐘。警方發現被告與一名女子在家，察覺房內無飲酒跡象，警察未先告知被告緘默權即展開詢問。隨之，警察將被告帶回警局抽血檢測酒精濃度，驗得數值為1.53‰。根據警方法庭證詞，被告在家對警察自白系爭駕駛時點其即為駕駛人以及並非

⁸⁸ AG Hameln, Urt. v. 01.03.1988 - 11 Ls 39 Js 13682/87, NStZ 1990, S. 293.

⁸⁹ Fezer, Anm. zu BGH, Beschl. v. 07.06.1983 - 5 StR 409/81, JR 1984, S. 341.

⁹⁰ 下文【伍、一】。

在危險駕駛被查獲之後才飲酒，惟被告在警局及後來的偵查與審判程序都保持緘默。區法院認定被告酒駕，被告上訴地院，地院改判被告無罪，理由為無法確認被告即為系爭時點之駕駛者。地院強調，警方未能確認駕駛者即為被告，而警察作證說目擊駕駛者雙眼紅漲、渾身酒氣，但醫生同日的檢查報告卻沒有作出相同認定。最後，地院對警方證稱被告曾對其自白一事，以違反告知義務為由否定該自白有證據能力，檢察官不服提起上訴。

受理上訴的Celle高院有意駁回檢察官上訴。高院認為，違反告知取得之自白不得違反被告意願而賦予證據能力，至於何時違反，究係在偵查階段（如同系爭案件）或審判期日，在所不問，唯有如此，才能落實被告緘默權；「如果被告先前（偵查階段）不知悉緘默權情況下作出的自白能作為審判證據，那麼，在審判期日實際上就完全沒有自由決定權可言」，是以，若要維護被告緘默權，偵查或審判違反告知取得的自白原則上不得違反被告意願作為證據使用。由於Celle高院有意作出這樣見解，會與主張違反告知不生證據禁止的BGHSt 22, 170牴觸，故提請聯邦最高法院表示意見，提案問題為「警察違反告知義務，是否導致此違反作成之被告自白，不得違反其意願作為證據使用？」⁹¹

（二）第五庭：警詢漏未告知，不生證據禁止

Celle高院明確的提案問題，讓聯邦最高法院這次無從迴避。回顧來看，聯邦最高法院一九六八年首次表示偵訊違反告知義務不生證據禁止⁹²，一九七四年BGHSt 25, 325從告知義務的意義推論

⁹¹ OLG Celle, Vorlagebeschl. v. 12.05.1981 - I Ss 83/81. (轉引|BGH, Beschl. v. 07.06.1983 - 5 StR 409/81, JZ 1983, S. 716)。

⁹² BGHSt 22, 129; 22, 170.

「漏未告知事關重大，影響被告在法治國程序的不自證己罪權利」，據此推翻過時的訓示規定說，遺憾的是，其自我限縮說裁判射程距離不及於偵查違反告知⁹³。從此刻開始，各方引頸期盼，當聯邦最高法院遇到「偵查階段」違反告知義務的案件，會激發什麼新火花。由於BGHSt 25, 325已傳達聯邦最高法院重視告知義務的態度，一般預測透過Celle這次提案，聯邦最高法院會水到渠成推翻一九六八年不生證據禁止的觀點，轉而肯定違反告知應證據禁止。這樣預測洵有所本，可是，一九八三年聯邦最高法院作成BGHSt 31, 395，大大跌破觀察家眼鏡⁹⁴，結論是警詢漏未告知取得之自白得作為證據使用⁹⁵。裁判理由可分為三段敘述⁹⁶：

1. 證據禁止法無明文。第五庭表示，警詢未依法告知緘默權取得之自白，因告知條款未附有證據禁止的規定，故無法成立證據禁止；不管是一九六四年修法或之後的各次刑訴修法，立法者皆未制定違反告知之證據禁止效果。

2. 不能類推不正訊問證據禁止。第五庭說，德國刑訴第一三六條之一第三項第二句「只處理不正方法影響被告陳述自由而取得之自白，此之違反必須涉及重大（部分還是以刑罰制裁的）不正方法。疏漏告知緘默權無法與不正方法相提並論，漏未告知尤其不構

⁹³ BGHSt 25, 325, 331.

⁹⁴ Fezer, aaO. (Fn. 89), S. 341.

⁹⁵ BGHSt 31, 395 = BGH, Beschl. v. 07.06.1983 - 5 StR 409/81, JZ 1983, S. 716 f.

⁹⁶ 第五庭另提出一項理由，以德國刑訴第252條規定「審判期日之前訊問證人取得之證詞，如該證人至審判期日始主張拒絕證言權者，不得朗讀先前之證詞（作為證據）」為據，指出該條文無法類推適用違法告知。這說法遭批評為多此一舉，因為德國刑訴第252條適用前提是先前訊問已合法踐行拒絕證言權之告知義務，而違反告知緘默權卻是一開始就違法未踐行，自然無類似性。請參閱Grünwald, Anm. zu BGH, Beschl. v. 07.06.1983 - 5 StR 409/81, JZ 1983, S. 718; Meyer, aaO. (Fn. 69), S. 567.

成詐欺訊問，因為通說認為詐欺以故意誤導為要件，過失違反則不成立詐欺」⁹⁷。第五庭另表示，不正訊問證據禁止必須「證明不正訊問影響被告意思決定或活動之自由，如該條文要類推適用到未告知緘默權，就必須證明被告由於未受告知導致誤認有陳述義務才自白。這樣的證明實際上無法作到。要談證據禁止，唯有放棄未告知與自白之間因果關係的要求，或認為無法排除因果關係即為以足，才有意義。然而，這種解決方案仍有違法規體系，因為將導致疏漏告知緘默權會具有與（部分甚至以刑罰制裁的）不正方法相同的重大訴訟制裁效果；認定也有顯著困難，特別是偵查初期須否踐行告知有疑時，如果不能證明違反告知義務與取得自白之間的因果關係，卻仍要對偵查人員疏漏告知緘默權賦予證據禁止效力，將有違刑事司法需求性⁹⁸。」

3. BGHSt 25, 325不能適用在Celle提案。第五庭最後提到，其見解不會與首度定性審判告知非屬訓示規定的BGHSt 25, 325牴觸，原因就如同BGHSt 25, 325所稱，「不能從其裁判推論出，本庭反對以前處理偵查程序漏未告知之該院裁判」、「適用於審判期日者，不能逕自適用在偵查程序」，而第五庭現在所審理者正屬BGHSt 25, 325刻意拒絕表態的「偵查警詢漏未告知」之狀況⁹⁹。

⁹⁷ BGH, JZ 1983, S. 717.

⁹⁸ A.a.O. 當時證據禁止理論已採取規範保護目的、受干預人保護需求、違法情節及如以合法手段是否仍能取證等觀點判斷的方向，第五庭在此僅偏重刑事司法的考量顯得特立獨行，遭致批評可想而知（Meyer, aaO. (Fn. 69), S. 567）。

⁹⁹ BGH, JZ 1983, S. 717.

肆、德國學界對聯邦最高法院一九九二年之前裁判的回應

德國從一九六五年施行新告知到一九九二年BGHSt 38, 214之前，上述六則聯邦最高法院裁判在這段期間關於違反告知效果的見解，激起學界熱烈回應。

一、訓示規定說的魔咒

新告知施行初始，聯邦最高法院將告知義務認屬「訓示規定」的說法——無證據禁止且違反不得上訴法律審¹⁰⁰，是學界最先挑戰的對象。第一次作此表態的是一九六二年聯邦最高法院第五庭，其表示違反（舊）緘默權告知「不得據以上訴法律審，因為告知條款僅是訓示規定」¹⁰¹，理論依據為「參照一九五八年Löwe-Rosenberg刑訴註釋書（簡稱L/R刑訴）第二十版」¹⁰²。那一版註釋書說什麼，第五庭一字未提，顯然不是理想的引據方式。筆者查對L/R刑訴第二十版被第五庭引用的段落，其寫道「刑訴第一三六條是訓示規定，違反者不得據以上訴法律審」¹⁰³，理由則是引自帝國法院一九一五年裁判¹⁰⁴。弔詭的是，再翻閱帝國法院刑事裁判彙編（RGSt）卻令人大失所望，因為這則一九一五年關鍵裁判並未被公開刊載，「於是乎，實務所稱的通說（指訓示規定說），其

¹⁰⁰ BGHSt 22, 129; 22, 170.

¹⁰¹ BGH, Urt. v. 09.01.1962 - 5 StR 568/61, GA 1962, S. 148.

¹⁰² 判決原文為「亦參照Löwe-Rosenberg StPO, 20. Aufl., Anm. 11 zu § 136」。

¹⁰³ Tillmann, aaO. (Fn. 29), § 136 Anm. 11.

¹⁰⁴ 裁判字號為「RG v. 26.10.1915 V 399/15」。經筆者查閱，正確而言，L/R刑訴註釋書引用帝國法院裁判定位告知義務屬於訓示規定者，始於1934年第19版，主筆者是帝國法院法官Fritz Hartung（L/R StPO, 19. Aufl., 1934, § 136 Rn. 10, S. 456）。

考量根源可能永遠不見天日」¹⁰⁵。

比較重要的發展，是同屬舊法時期的一九六三年L/R刑訴第二十一版，更換了刑訴第一三六條主筆者，其刪除告知義務屬於訓示規定的段落，改以「上訴法律審僅能以審判程序違反告知義務作為上訴理由。……若在偵查程序違反者，就如同其他偵查程序違法一樣，由於法院裁判的心證只能以審判程序之證據調查為依據，並不涉及偵查程序，故偵查程序違法不得上訴法律審」¹⁰⁶。同套註釋書從第二十一版起，推翻訓示規定說，儘管排除偵查程序上訴可能性說理未當¹⁰⁷，但聯邦最高法院卻未注意到訓示規定說已遭摒棄，從一九六五年新法施行後還是主張訓示規定說¹⁰⁸。實務純粹引用無從查考的訓示規定說，猶如魔咒（Zauberformel）一般，不附說理當然無法源遠流長¹⁰⁹，直到BGHSt 25, 325從告知目的批判訓示規定說屬於「方法論上過時的概念」¹¹⁰才解封。舊法時代對緘默權告知義務的理解，其實與今日相去無多¹¹¹，即便L/R刑訴第二十版主筆者認為其屬訓示規定，但仍寫道「根據第一三六條，被告完全無義務就控訴事項或個別不利情況表達意見¹¹²。」然而，訓示規定說揮之不去，儘管帝國法院在一九二二年就有證據使用禁

¹⁰⁵ Grünwald, aaO. (Fn. 19), S. 752. 筆者蒐集文獻裡，Grünwald是最先指出訓示規定說空穴來風之人。為求詳實，筆者曾查閱德國帝國法院刑事裁判彙編，果然驗證Grünwald所言。同樣指出不附理由者，另有Meyer, aaO. (Fn. 69), S. 566.

¹⁰⁶ Sarstedt, aaO. (Fn. 30), § 136 Anm. 14.

¹⁰⁷ 下文【肆、二、(二)】。

¹⁰⁸ BGHSt 22, 170.

¹⁰⁹ Grünwald, aaO. (Fn. 19), S. 752.

¹¹⁰ BGHSt 25, 325, 329.

¹¹¹ 上文【貳、一】。

¹¹² Tillmann, aaO. (Fn. 29), § 136 Anm. 5.

止概念¹¹³，把緘默權告知放在訓示規定說的窠臼裡，不僅排除法律審救濟的可能性，也無從肯定應予證據禁止。

緘默權告知為何是訓示規定，既然追本溯源卻無從查考，只能旁敲側擊帝國法院與聯邦最高法院所理解的訓示規定是什麼，原因應該是在上訴法律審（Revision）。德國刑訴規定，原判決違背法令且該判決以違背法令為作成基礎者，為上訴法律審事由（§ 337 StPO），並未額外要求檢驗所稱被違背的「法令」是否屬於訓示規定，倒是一八七七年德國（帝國）刑訴生效不久，帝國法院就以語焉不詳的訓示規定概念，持續不斷偏離刑訴法典為上訴法律審條文原本設定的簡單要求¹¹⁴；直到一九〇九年帝國法院裁判才嘗試定義訓示規定，其說，訓示規定「是在刑訴法裡與有遵守義務的強制規定相異的一種指示性規定。概念上，訓示規定也應被遵守，但視案件情況可不予遵守。如同帝國軍事法院所述，訓示規定具有指示意義，可依案件情況不予遵守，也不因違反而遭受任何法律效果。」¹¹⁵帝國法院上述定義，由於只是將實務自創的「訓示規定」詞彙及其效果反覆描述，而關鍵問題「為何不生違反效果」卻沒有提供答案，或者答案就是本來就不知如何判別的「訓示規定」。「因屬訓示規定，所以不生違反效果；不生違反效果，因屬訓示規定」的循環論證，帝國法院見解註定是失敗的定義¹¹⁶，

¹¹³ RGSt 57, 63, 64. 案情為原審取消醫生拒絕證言權，此影響被告訴訟權利，故證言證據禁止，請參閱Jahn, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008, C 39.

¹¹⁴ Bohnert, aaO. (Fn. 35), S. 6. (列出眾多帝國法院裁判佐證)

¹¹⁵ RGSt 42, 168, 169. (轉引Bohnert, aaO. (Fn. 35), S. 6)

¹¹⁶ Bohnert, aaO. (Fn. 35), S. 6; Rudolphi, Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Strafprozeß, MDR 1970, 94, S. 99.

偏偏被後來的聯邦最高法院所繼承了¹¹⁷。

聯邦最高法院在一九六〇年代一方面高舉緘默權告知乃是「法治國程序擔保」、「德國刑訴法治國基本立場的象徵」¹¹⁸，另一方面又說其屬訓示規定故違反不生任何效果，明顯二律背反，難道法治國擔保的力道這麼薄弱？告知義務在保障被告行使緘默權，一九六五年德國新法施行後，立法者有意更清楚有效讓被告知悉緘默權，規範目的昭然¹¹⁹，而實務卻還沿襲舊法時期的訓示規定說，逼得學界直呼維護被告訴訟權利的告知義務並不是訓示規定¹²⁰。幸而，一九七四年BGHSt 25, 325以條文規範目的及倘若違反將對被告法律地位產生如何之影響，轉而認定告知義務非訓示規定¹²¹。今日德國，訓示規定已被認為可屬於判決違背法令所稱的「法令」¹²²，只不過仍要繼續檢驗原判決是否以違反系爭訓示規定作為裁判基礎，而這項檢驗本來就是德國刑訴法律審本來所要求的上訴要件（§ 337 I StPO），並未因訓示規定而從嚴對待（法律審要件，見下述）。

¹¹⁷ Seelmann, Revision wegen des Unterlassens der Belehrung über das Recht zur Aussageverweigerung - BGHSt 25, 325, JuS 1976, S. 158.

¹¹⁸ BGHSt 14, 358, 364.

¹¹⁹ 上文【貳、二】。

¹²⁰ Grünwald, aaO. (Fn. 19), S. 752 f.; Hanack, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht, JZ 1971, S. 169; Rudolphi, aaO. (Fn. 116), S. 94; Schünemann, aaO. (Fn. 25), S. 102.

¹²¹ BGHSt 25, 325, 330 f.

¹²² Kuckein, in: KK-StPO, 6. Aufl., 2008, § 337 Rn. 13; Meyer-Goßner, aaO. (Fn. 14), § 337 Rn. 4.

二、違反告知義務的法律審上訴

(一)原判決違背法令與上訴限制

在德國，原判決刑事程序違法能否法律審上訴，撇開法定絕對上訴事由（§ 338 StPO）及德國實務設限的唯具指摘權限（Rügebefugnis）者始得上訴（即權利領域理論¹²³）不談，上訴要件之一為原判決違背「法令」（Gesetz），其二為，原判決須以系爭違背法令為裁判基礎（§ 337 StPO），亦即，原判決與系爭違背法令（實體法或程序法）之間有因果關係；因果關係無須證明至確實存在，僅須無法排除原判決係以系爭違背法令為裁判基礎者即可，換言之，去除系爭違背法令即有可能為他種判決或「若正確適用法令即有作成其他判決之可能性」即為以足¹²⁴。在告知義務被界定為訓示規定的時代，由於訓示規定非屬違反得上訴法律審的「法令」，理由是訓示規定不具法律審可上訴性（Revisibilität），這循環論證的魔咒，自BGHSt 25, 325以條文規範目的及違法對被告之影響作為許可上訴法律審的認定基準後，不僅告知規定受惠，還帶動「訓示規定說」整體檢討¹²⁵。

違反告知義務得上訴法律審，BGHSt 25, 325的新基準與新轉向，鼓舞奔波多時的學界，直說是「重大且值得歡迎的進

¹²³ 權利領域內涵，在德國首創於1958年聯邦最高法院裁判（BGHSt 11, 213, 215），而「權利領域理論」一詞則初見於1958年文獻（Gossrau, MDR 1958, 468），1985年聯邦最高法院一度放棄權利領域理論（BGHSt 33, 148, 153 f.），但1994年又回復權利領域路線（BGH, NJW 1994, S. 3364, 3365）。以上僅參閱Neuhaus, aaO. (Fn. 72), S. 49, Fn. 62.

¹²⁴ Beulke, aaO. (Fn. 14), Rn. 565; Fezer, aaO. (Fn. 89), S. 343; Kuckein, aaO. (Fn. 122), § 337 Rn. 33; Volk, Grundkurs StPO, 6. Aufl., 2008, § 36 Rn. 17.

¹²⁵ Bohnert, aaO. (Fn. 35), S. 9; Meyer, in: L/R StPO, 23. Aufl., Bd. 2, 1978, § 136 Rn. 66.

步」¹²⁶。可惜的是，德國律師界未必能感受到學者的喜悅。「告知規定在確保任何被告皆有行使緘默權的機會，以防止可能因不知悉權利而遭受虧待，這就是告知條款目的」¹²⁷，既然如此，當規範目的——讓被告知悉緘默權——在個案中「已由其他方式」達成，縱使國家漏未告知，「告知義務已非權利行使的必要條件，未告知並未減損被告權利」¹²⁸，而所謂其他方式，BGHSt 25, 325繼一九六六年第二庭裁判後再度提到受辯護人協助的被告「應可認為其明瞭權利」¹²⁹，其結果，有辯護人之被告，雖未受告知，仍不得上訴第三審。這樣斬釘截鐵的認定¹³⁰，等於間接透露出，告知義務是為無辯護人之被告量身定作，這絕對是一九六四年修法前費勁鼓吹加強告知義務的律師界始料未及之事¹³¹。

此外，被告也未必是受惠者。原因出在BGHSt 25, 325課予被告上訴法律審的敘明負擔（Darlegungslast），單憑審判期日違反告知義務作為上訴理由尚嫌不足，「被告必須敘明其誤信有陳述義務並因此作出不利陳述」¹³²，照此說法，被告若不能敘明，上訴被駁回的不利益歸被告承擔¹³³。突如其來的敘明義務無異是課予被告證明負擔（Beweislast），要被告證明自己因未受告知而誤信有陳述義務，這根本不符合告知義務預設的立場：被告不知悉權利！立法者就是預設被告不知悉權利才課予追訴機關告知義務，BGHSt

¹²⁶ Hanack, Anm. zu BGH, Beschl. v. 14.05.1974 - 1 StR 366/73, JR 1975, S. 340 f.

¹²⁷ BGHSt 25, 325, 330.

¹²⁸ A.a.O.

¹²⁹ BGHSt 25, 325, 332.

¹³⁰ Seelmann, aaO. (Fn. 117), S. 160.

¹³¹ Hanack, aaO. (Fn. 126), S. 341.

¹³² BGHSt 25, 325, 332 f.

¹³³ Grünwald, aaO. (Fn. 96), S. 718.

25, 325作法反而是預設被告知悉權利而要其證明實際上不知情，已與告知義務規範目的背道而馳¹³⁴。

(二)偵查階段違反告知義務的法律審可上訴性

若說推翻訓示規定說的BGHSt 25, 325有兩大敗筆，一是課予被告敘明義務，另一肯定是其謂「不能從本則裁判推論出，本庭反對以前處理偵查程序漏未告知之同院裁判」，因為「判決心證之形成以審判期日之整體為基礎，而適用於審判期日者，不能逕自適用在偵查程序」¹³⁵。「適用於審判期日者，不能逕自適用在偵查程序」這話備受抨擊¹³⁶，單純從程序形式切割偵查與審判，過度保守的立場讓其裁判射程距離侷限在審判期日違反告知始能上訴法律審，而偵查程序的違法卻任其停留在訓示規定窠臼。BGHSt 25, 325切割偵查與審判而異其評價的態度，讓後續受理「偵查階段」違反告知義務的裁判有機會持續守舊，BGHSt 31, 395即為明證。偵查階段違反告知取得自白，能否據此程序瑕疵上訴法律審？德國早期確實有否定見解，例如一九七一年L/R刑訴註釋書認為，僅能

¹³⁴ Dingeldey, aaO. (Fn. 19), S. 414; Eisenberg, aaO. (Fn. 15), Rn. 576; Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 111 f.; Hanack, aaO. (Fn. 126), S. 342; Seelmann, aaO. (Fn. 117), S. 160.

¹³⁵ BGHSt 25, 325, 331.

¹³⁶ 如Fezer, aaO. (Fn. 89), S. 341. 反過來說，若BGHSt25, 325要將見解擴及偵查程序，就會與同院其他裁判出入，依法便有義務提請聯邦最高法院大刑庭統一表示見解（Hanack, aaO. (Fn. 126), S. 341）。德國法規定（§ 132 GVG），如果聯邦最高法院某一刑事庭有意作出與其他庭或大法庭不同之裁判時，聯邦最高法院可以成立刑事大法庭（簡稱大刑庭）以裁判表示意見，其通常由院長和各個刑事庭兩名成員組成。除此之外，當聯邦最高法院刑事庭有意作成與民事庭、民事大法庭或聯合大法庭之不同裁判時，聯邦最高法院也可以成立聯合大法庭以裁判表示意見，由院長和刑事大法庭及民事大法庭之成員組成。

以審判程序違反告知義務作為上訴法律審事由，若偵查程序違反，就如同其他偵查違法一樣，由於法院裁判的心證只能以審判程序之證據調查為依據（§ 261 StPO），並不涉及偵查程序，故偵查違法不得上訴法律審¹³⁷。

平心而論，過去這些限制上訴觀點，一來忽略偵查結果對裁判作成的持續影響力，亦即，偵查違反告知取得自白，該自白本應證據禁止卻被事實審法院採為裁判依據者，偵查程序瑕疵持續影響到判決，便可據以提起法律審上訴¹³⁸。二來，就被告保護需求而言，偵查程序更甚於審判程序。法院採納被告自白判決有罪，違反告知究係發生在偵查或審判，就被告觀點來說，根本沒有差別，然而，告知緘默權在偵查程序帶來的資訊價值卻比在審判程序更為重要，被告在偵訊（特別是初次偵訊）常因訊問場景陷入自證己罪危險，即便辯護人在場，辯護人能提供之協助，也不如審判程序來得周密¹³⁹。最後，假如允許偵查程序未受權利告知不得上訴法律審指摘，那就是許可偵訊違反告知取得之自白進入審判期日作為證據，那麼，被告在「審判期日實際上完全沒有自由決定權可言」¹⁴⁰。因此，BGHSt 25, 325對審判告知義務的規範目的說法，也應一樣適用在偵查告知，違反應得上訴法律審¹⁴¹。

¹³⁷ Sarstedt, aaO. (Fn. 22), § 136 Anm. 18, S. 857.

¹³⁸ Eisenberg, aaO. (Fn. 15), Rn. 578; Fezer, aaO. (Fn. 89), S. 341; Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 113; Schünemann, aaO. (Fn. 25), S. 102.

¹³⁹ Fezer, aaO. (Fn. 89), S. 341 f.; Meyer, aaO. (Fn. 69), S. 567; Paulus, Anm. zu AG Hameln, Urt. v. 01.03.1988 - 11 Ls 39 Js 13682/87, NStZ 1990, S. 295; Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 25), § 24 Rn. 31.

¹⁴⁰ OLG Celle, Vorlagebeschl. v. 12.05.1981 - I Ss 83/81. (轉引|BGH, Beschl. v. 07.06.1983 - 5 StR 409/81, JZ 1983, S. 716)。

¹⁴¹ Grünwald, aaO. (Fn. 96), S. 718; Hanack, aaO. (Fn. 126), S. 341; Roxin, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht - Ein Rückblick

三、違反緘默權告知義務與證據使用禁止

德國一九六四年修法告知規定後，違反告知應否證據禁止在當時是「最受爭議與討論的問題」¹⁴²，到了一九八〇年，繼續蟬聯「刑事程序最爭議的問題」¹⁴³。以上引用的六則德國聯邦最高法院裁判，無一直接明白講到違反告知應證據禁止，即使是BGHSt 25, 325，撇開其切割偵審的半套保護不談，裁判理由也未清楚表示證據禁止。

(一)證據禁止不以法律明文規定為必要

這時期，聯邦最高法院認為違反告知無須證據禁止的理由之一在於法無明文，這是「立法者意志」。說法約為，立法者清楚實務立場，假如有意改變實務，其可輕易制定類似不正訊問自白禁止（§ 136a StPO）的效果條款，惟一九六四年修法卻未制定，故實務據此認定，立法者無意對違反告知課予證據禁止效果¹⁴⁴。

然而，推測立法者（立法者指誰？德國國會議員或是聯邦政府向議會提出修法之執政成員？¹⁴⁵）已清楚德國實務立場，可能高估立法者，誤以為其對法律有精細理解。文獻指出，德國立法者並未聯想到應否立法證據禁止，由於有普遍適用的法律原則——探求條文規範目的，也無須仰賴立法者去對任何訴訟條文制定違法效果¹⁴⁶。實際上，德國刑訴法至今為止，立法明文的違法取證證據

auf 40 Jahre, in: 40 Jahre Bundesgerichtshof: Festveranstaltung am 1. Oktober 1990 mit Ansprache des Präsidenten des Bundesgerichtshofes, 1990, S. 89 f.

¹⁴² Schünemann, aaO. (Fn. 25), S. 101.

¹⁴³ Rieß, Die Vernehmung des Beschuldigten im Strafprozeß, JA 1980, S. 300.

¹⁴⁴ BGH, NJW 1966, S. 1718 f.; BGHSt 22, 170; 31, 395.

¹⁴⁵ Grünwald, aaO. (Fn. 19), S. 753.

¹⁴⁶ Grünwald, aaO. (Fn. 19), S. 753.

禁止規定寥寥可數，並未有一般化的立法架構¹⁴⁷，「證據禁止不以法律明文規定為必要」在德國學界早屬長年不爭之事，取證違法要否證據禁止，學界反而才是引領風潮者¹⁴⁸。德國學界從修法歷程探求告知義務規範目的，認為立法旨意在加強保障被告緘默權及督促追訴機關善盡告知義務，故絕不能如同過去般再將緘默權告知解讀成訓示規定，而另一方面，違反告知並非即刻耗盡其保護目的，未告知的程序瑕疵可藉由自白證據禁止予以彌補或避免終局受損。因此，從刑訴一般原則——「判決不得以違法取得之證據為基礎與規範保護目的」，即可獲致違反告知義務之自白應證據禁止的結論，無須特別立法明文¹⁴⁹。

其次，「無法律、無證據禁止」也未被德國實務奉行不渝，這恐怕是實務最難招架的批評。姑且不談德國聯邦憲法法院已有數則非法定證據禁止的標竿裁判¹⁵⁰，就拿聯邦最高法院裁判來佐證，亦顯見自相矛盾。在一九八三年BGHSt 31, 395作成之前，聯邦最高法院不受限於法無明文，反而創造出豐富的「實務證據禁止」，相當嫻熟地運作「非法定證據禁止」¹⁵¹，例如偵查法官訊問證人

¹⁴⁷ 指出此現狀的新近裁判，如BVerfG, Beschl. v. 02.07.2009 - 2 BvR 2225/08, § 16.

¹⁴⁸ Beulke, aaO. (Fn. 14), Rn. 457; Fezer, aaO. (Fn. 89), S. 342; Jahn, aaO. (Fn. 113), C 33-35.

¹⁴⁹ Fezer, aaO. (Fn. 89), S. 344; Grünwald, Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 1966, S. 495; Rieß, aaO. (Fn. 143), S. 300; Rudolphi, aaO. (Fn. 116), S. 99.

¹⁵⁰ 例如1981年BVerfGE 56, 37（破產人裁定），該案國家稅務機關合法取證，但以之作爲刑事證據卻侵害被告不自證己罪，德國聯邦憲法法院認爲應類推適用法律或直接援用憲法來宣告證據禁止，被譽爲德國憲法層次證據使用禁止的標竿裁判。

¹⁵¹ 以下僅列舉一二，更多例證，請參閱Fezer, aaO. (Fn. 89), S. 342.

未依法通知在場權人¹⁵²、審判期日（囑託）訊問證人卻違法未通知辯護人到場¹⁵³、漏未告知親屬關係拒絕證言權¹⁵⁴、未取得通訊監察書的利用通訊一方同意之監聽¹⁵⁵等等；甚至在合法取證類型，也有高度精緻的自主性證據使用禁止，例如將下列證據以違反人性尊嚴認定證據禁止：私人違法錄音¹⁵⁶、朗讀日記¹⁵⁷。這些被聯邦最高法院採納的證據禁止類型，有的還在裁判理由承認對此類違法取證「德國刑訴法並未制定證據使用禁止規定」¹⁵⁸。聯邦最高法院明知法無明文卻仍願且仍能作出證據禁止的裁判，再以法無明文作為違反告知不生證據禁止的論據，很難自圓其說。

（二）德國刑訴非任意性自白規定的反面解釋

以德國刑訴只制定非任意性自白證據禁止（§ 136a StPO），

¹⁵² BGHSt 26, 332（辯護人）；31, 140（被告）；29, 1（被告與辯護人），德國聯邦最高法院針對偵查法官違反通知義務的證人筆錄本來效果是不得作為證據，但在2000年BGHSt 46, 93轉向以證明力評價解決，請參閱何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果（上），政大法學評論，111期，頁116-124，2009年10月；Ignor, Plädoyer für die Widerspruchslösung, in: FS für Rieß, 2002, S. 187-189.

¹⁵³ BGHSt 25, 357.

¹⁵⁴ BGHSt 14, 159.

¹⁵⁵ BGHSt 26, 298; 31, 304. 補充說明，在BGHSt 31, 304，德國聯邦最高法院以「經由詐欺誘發犯罪嫌疑人在電話交談中自證已罪，規避通訊監察應由法官核發令狀而構成重大程序違法」認定證據禁止，之後同類案情的兩則裁判（BGHSt 39, 335; 42, 139）雖未持續BGHSt 31, 304說理，但不影響本文此處描述聯邦最高法院自相矛盾的批評，因為依時序而言，BGHSt 31, 304作成於BGHSt 31, 395之前，已可驗證「違法取證證據禁止不以法有明文為必要」仍是BGHSt 31, 395裁判當年實務觀點。

¹⁵⁶ BGHSt 14, 358.

¹⁵⁷ BGHSt 19, 325.

¹⁵⁸ BGHSt 19, 325, 329; 31, 304, 307.

據此反面解釋為立法者無意對違反告知課予法律效果，是聯邦最高法院賴以為據的理由。對此，學界細膩闡述德國非任意性自白證據禁止規定，結論是實務錯誤類比¹⁵⁹。

禁止不正訊問，除了保護被告利益，同時也維護國家司法形象，德國刑訴第一三六條之一第三項第二句規定「違反禁止方法取得之自白，即便被告同意使用，也不得作為證據」，明文排除被告透過「同意」任意處分不正方法取得之自白，以避免法無明文滋生疑義¹⁶⁰。是以，該規定文義並未直言非任意自白應證據禁止，而是以「已證據禁止」作為前提假設，條文所直接規範者為「被告不得同意作為證據」¹⁶¹。倘若該條文以「明示其一、排除其他」的反面解釋方法可以得出違反告知不應證據禁止，解讀空間又何必劃地自限，法律所不欲拘束的「其他」情況也可能是「被告除了不得同意非任意性自白作為證據外，其他違法取證不受限制」，亦即，違反告知義務取得之自白應證據禁止，「但經被告同意，則得作為證據」，聯邦最高法院為何不作這樣的反面解釋¹⁶²？準此以觀，若實務習於自陷「反面解釋法律」的風險，誤以為法未明文即無庸證據禁止，少數已經立法明文證據禁止的規定可能不只多餘，甚至會危害其他取證法規證據禁止的續造空間¹⁶³。

¹⁵⁹ Beulke, Die Vernehmung des Beschuldigten - Einige Anmerkung aus der Sicht der Prozeßrechtswissenschaft, StV 1990, S. 181; Grünwald, aaO. (Fn. 96), S. 719; Meyer, aaO. (Fn. 69), S. 567.

¹⁶⁰ Tolksdorf, Verwertungsverbot wegen unterlassener Beschuldigtenbelehrung nur bei Widerspruch?, in: Der verfaßte Rechtsstaat: FG für Graßhof, 1998, S. 258.

¹⁶¹ Beulke, aaO. (Fn. 14), Rn. 142; Diemer, aaO. (Fn. 69), § 136a Rn. 38; Meyer, aaO. (Fn. 69), S. 567.

¹⁶² Schünemann, aaO. (Fn. 25), S. 101.

¹⁶³ Schünemann, aaO. (Fn. 25), S. 102.

(三)BGHSt 25, 325與證據禁止

BGHSt 25, 325為緘默權告知屬於訓示規定的郵書燕說劃下休止符，雖然其限縮僅在處理審判告知，而不觸及偵查告知，也雖然導致十年後的BGHSt 31, 395延續一九六〇年代論調，重申違反（警詢）告知義務不生證據禁止¹⁶⁴，仍難掩BGHSt 25, 325讓違反審判告知原則上得上訴法律審指摘的遲來貢獻。惟仍有一問題尚無答案，就是違反審判告知取得之自白，是否應有證據禁止效果。若順著BGHSt 25, 325意旨再加上德國刑訴上訴法律審要件¹⁶⁵，會得出違反告知之裁判如要上訴法律審有理由，原裁判須以違背審判告知取得之自白為裁判基礎（§ 337 StPO），並且，原判決與程序違反告知義務之間之因果關係，當指若去除系爭違反告知義務取得之自白即有可能為他種判決；易言之，如合法踐行告知可能不會取得之自白，卻將自白作為裁判基礎者，此上訴為有理由，下級審便應禁止使用自白¹⁶⁶。事實上，前述這種混合法律審上訴要件與事實審證據禁止的操作方式，會阻礙證據禁止基準的發展¹⁶⁷，原因一來，混合說將證據應否禁止取決於是否有效上訴法律審，才能得知原審到底有無不應使用而使用的裁判違法；二來，當上級法律審以下級審使用證據「雖有不當，然除去該項證據，仍應為同一事實之認定，即於判決無影響」¹⁶⁸而否定上訴理由時，此將稀釋證據禁止

¹⁶⁴ 嚴格來說，BGHSt 22, 170出來，聯邦最高法院才正式表態，違反緘默權告知義務原則上不生證據禁止（Schünemann, aaO. (Fn. 25), S. 101）。

¹⁶⁵ 上文【肆、二、(一)】。

¹⁶⁶ Kühne, Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2007, Rn. 909.

¹⁶⁷ Fezer, aaO. (Fn. 89), S. 342 f.

¹⁶⁸ 常見於我國最高法院裁判，新近如98年度臺上字第6662號判決。其他類似說法，新近如98年度臺上字第7595號判決：「有罪判決所用以證明同一事實內

效力，導致下級審與其探究、辨明違法取證應否證據禁止，不如逕採為證據再加上其他證據形成裁判，以求降低遭上級審指摘駁回的機率。

若再對照聯邦最高法院其他前後直接言明「證據不得使用」的數則裁判¹⁶⁹，可以看出BGHSt 25, 325對違反告知義務證據禁止一事，態度並不積極。也許BGHSt 25, 325裡一段敘述「聯邦檢察總長有不同意見。他聲請本庭作出如下決定：『違反審判期日之緘默權告知義務，原則上不會對該違法取得之陳述成立證據使用禁止』」¹⁷⁰，這段耐人尋味的補充可以間接但薄弱地推論BGHSt 25, 325支持證據禁止。無論如何，當年學界仍是一派樂觀，BGHSt 25, 325「被文獻認為是違反告知賦予證據禁止效力的突破」¹⁷¹，「從中可推論出，被告在審判期日未受告知所為之陳述，應予證據使用禁止」¹⁷²，乃至於一九九二年BGHSt 38, 214也說BGHSt 25, 325已採納審判違反告知應證據禁止¹⁷³。此外，翻查今日德國刑訴著作，在介紹違反緘默權告知之法律效果時，通常會描述「實務早期認為告知義務是訓示規定，到了BGHSt 25, 325才肯定審判期日違反告知有證據禁止效力，但偵查階段違反告知則到BGHSt 38, 214

容之證據，如有二種以上，而其中一種之證據縱有違證據法則，然如除去該部分，綜合案內其他證據，仍應為同一事實之認定者，此項程序上之違誤並不影響於判決結果，即不得指為違法。」

¹⁶⁹ 在BGHSt 25, 325之前者，如BGHSt 14, 159, 160; 14, 358, 363；之後者，如BGHSt 52, 11 = BGH, Urt. v. 26.07.2007 - 3 StR 104/07, § 36.

¹⁷⁰ BGHSt 25, 325, 331.

¹⁷¹ Grünwald, aaO. (Fn. 96), S. 717 f.

¹⁷² Grünwald, aaO. (Fn. 96), S. 717 f.; Meyer-Goßner, aaO. (Fn. 14), § 136 Rn. 61 f.; Rieß, aaO. (Fn. 143), S. 300.

¹⁷³ BGHSt 38, 214, 221.

始肯定應證據禁止」諸如此類說法¹⁷⁴，並為我國文獻全盤引用¹⁷⁵。這種描述未必有誤，不管是從法律審觀點或其謂反對聯邦檢察總長意見，BGHSt 25, 325只差沒有明講證據禁止而已，但仍值得客觀還原其與證據禁止之關係。

四、警詢違反告知，證據禁止？

自BGHSt 25, 325開始，雖其處理爭點是審判違反告知義務能否上訴法律審，但德國學者與有主筆刑訴註釋書的法官們（只有一名法官例外）有志一同形成三點共識¹⁷⁶：第一，未踐行告知義務，自白應證據禁止，但被告已知悉緘默權者，不在此限；第二，證明負擔應作如下分配：只須證明未行告知即可，被告無須證明「因未受告知而誤信有陳述義務及倘若合法告知將不為自白」；第三，偵查程序違反告知義務與審判程序之違反，應同等處理。觀此三點，都無法直接獲得BGHSt 25, 325背書，第一點或許勉強推論是其見解，但第二點正好與BGHSt 25, 325相反，其反而要求被告承受證明負擔，至於第三點，BGHSt 25, 325則說「審判程序所適用者，不適用於偵查程序」，以致於即便肯認其認為審判違反告知應證據禁止，也不屬於偵查違反告知之效果。

本來，違法取證是否導致證據禁止，德國學界眾說紛紜，能讓各家說法都主張證據禁止（第一點），而且違反告知之效果無分偵審階段（第三點），誠屬罕見。不過，促成此共識的原因不難理

¹⁷⁴ 例如Beulke, aaO. (Fn. 14), Rn. 117; Ranft, aaO. (Fn. 14), § 20 Rn. 347; Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 25), § 24 Rn. 31.

¹⁷⁵ 如林鈺雄，同註9，頁175，註30；張永宏、陳昭龍，論告知義務——刑訴第95條第1、2、3款規定與證據使用禁止，軍法專刊，53卷5期，頁91，2007年10月；王士帆，同註20，頁294。

¹⁷⁶ Grünwald, aaO. (Fn. 96), S. 718. (有充分佐證)。

解，因為緘默權告知義務在保護被告程序權利，當時不論是權利領域理論、合於司法程序之請求權或消除侵害保護法益狀態等任何證據禁止理論，都會得出違反告知義務應證據禁止的結論¹⁷⁷。學界呼籲此起彼落，聯邦最高法院並非處在萬籟俱寂的沈默氛圍，BGHSt 25, 325雖不盡滿意，學界仍不吝讚揚，更期待聯邦最高法院百尺竿頭，豎立「偵查」違反告知之證據禁止。期待了十年，一九八三年BGHSt 31, 395出來，學界才知道聯邦最高法院無意以各項證據禁止理論解決違反告知問題，反而是回到一九六〇年代「無法律、無證據禁止」路線¹⁷⁸，重申警詢未告知緘默權不予證據禁止。

這段過渡期，彼此對立的聯邦最高法院與學界兩相傾軋，漁翁得利的莫過於偵查機關，「既然不告知也不生證據禁止，警詢又何必告知呢？」從當時美國印第安那大學Bloomington法學院Bradley教授訪談德國審檢辯三方的資料顯示，警察詢問被告已經不會事先告知相關權利¹⁷⁹。二〇〇九年十二月過世的德國知名教授Grünwald，也在一九八三年評釋BGHSt 31, 395提出警告，「回想當年增訂告知義務仍受到刑事追訴機關反對，以及想到未來警察教育訓練關於告知義務的具體資訊可能是：『您們依法有義務向被告踐行權利告知。但若未告知，依據聯邦最高法院說法，不會有任何（證據禁止）後果』，這會對警察實務帶來什麼效果，可以拭目以待，也令人憂心」¹⁸⁰。

¹⁷⁷ Grünwald, aaO. (Fn. 96), S. 718.

¹⁷⁸ Grünwald, aaO. (Fn. 96), S. 718.

¹⁷⁹ Bradley, Beweisverbote in den USA und in Deutschland, GA 1985, S. 108.

¹⁸⁰ Grünwald, aaO. (Fn. 96), S. 719.

伍、一九九二年德國聯邦最高法院裁判 BGHSt 38, 214

上一階段聯邦最高法院留下來的問題：偵查違反告知是否證據禁止與證明負擔，到了一九九二年BGHSt 38, 214終於明白表態。一九九〇年十月一日德國教授Roxin應邀在聯邦最高法院演講，他談到，「就我來看，聯邦最高法院一直堅持警詢違反告知義務不生證據禁止且不得上訴法律審，是法院當前與文獻對峙的唯一嚴重問題」，Roxin並以「實務是否繼續堅持下去，應再三考慮」作出簡短總結¹⁸¹。演說言猶在耳，BGHSt 38, 214隔一年餘即作成，轉變之迅速，連Roxin都感意外¹⁸²。

一、提案背景：Celle高院第二次主張警詢違反告知應證據禁止

偵查（尤其是警詢）違反告知義務不生證據禁止，歷經幾次爭議到了BGHSt 31, 395，聯邦最高法院似乎定了調，也許同院其他法庭並不滿意第五庭作成的BGHSt 31, 395，但苦無機會表態¹⁸³，而下級審也有不理會BGHSt 31, 395的，例如一九八九年Hameln區法院站在學界立場，以警詢未告知緘默權不得作為證據，判決被告無罪¹⁸⁴。

發動這次提案的主角還是Celle高院。一九八一年，傾向學界

¹⁸¹ Roxin, aaO. (Fn. 141), S. 89 f.

¹⁸² Roxin, aaO.(Fn. 8), S. 923.

¹⁸³ Paulus, aaO. (Fn. 139), S. 295.

¹⁸⁴ AG Hameln, Urt. v. 01.03.1988 - 11 Ls 39 Js 13682/87, NStZ 1990, S. 293 f. Hameln區法院毫不客氣批判聯邦最高法院相關裁判，例如指出BGHSt 25, 325「適用於審判期日者，不能逕自適用在偵查程序」說法欠缺理由、循環論斷。另一所Ochsenfurt/Main區法院法官Paulus，還稱讚Hameln區法院有勇氣反抗錯誤百出的最終審法官（指聯邦最高法院），「因為這樣的勇氣在下級審法官是少有的，可惜！」（Paulus, aaO. (Fn. 139), S. 295）。

觀點的Celle高院第一次提請聯邦最高法院就警詢違反告知是否證據禁止表態，不料適得其反，聯邦最高法院反而作出不生證據禁止的BGHSt 31, 395。相隔十年後的一九九一年，Celle高院捲土重來再度提案，受理的法庭一樣（聯邦最高法院第五庭）、提案問題不變，Celle高院立場也依然是「警詢違反告知義務應證據禁止」¹⁸⁵。此次提案說理，除了重申十年前主張過的「若要維護被告緘默權，偵查或審判違反告知取得的自白原則上都不得違反被告意願作為證據使用」，還加入學界對BGHSt 31, 395相關批評，諸如證據禁止不以法有明文為必要、不正訊問自白禁止規定與告知義務證據禁止無關、證據禁止與刑事司法不衝突等等。唯一耳目一新的是，Celle高院博引美國Miranda案、丹麥刑訴與英國一九八四年警察與證據條例等，佐證警詢違反告知課予證據禁止的國際趨勢。

比較法被搬上檯面，確實是告知義務從一九六〇年代論戰以來頭一回，聯邦最高法院第五庭若想再度駁斥高院見解，等於另要說理交代他山之石「不值得」攻錯，當然，也可以避重就輕「以與我國刑訴相歧異之他國立法例，指摘原裁定不當，難認為有理由」¹⁸⁶率性打發而承受德國學界嘲諷。不過，這些掛慮純屬多

¹⁸⁵ OLG Celle, Vorlagebeschl. v. 26.3.1991 - I Ss 2/91, StV 1991, S. 249 ff. 評釋：Amelung, StV 1991, S. 454 ff.; Kiehl, Verwertungsverbot für Beschuldigtenvernehmung ohne vorherige Belehrung: Der BGH korrigiert sich - überzeugend?, NJW 1993, S. 501.

¹⁸⁶ 例如97年度臺抗字第870號裁定：「抗告意旨，或仍執前詞，對原裁定已詳予說明之事項，徒憑己見，再為爭執，或以學者個人不同之見解，及與我國刑訴前開規定相歧異之德國、日本立法例，指摘原裁定不當，難認為有理由，應予駁回。」若習慣性單純以法條文字來運用法律，法院會低估自己蘊藏法律續造、司法造法的豐沛能量，觀察、接觸比較立法例或他國實務是催化能量的觸媒之一，就此而言，翻譯比較法提供國內視野，多少具有正面意義，在德國都有教授認為翻譯工作能對德國實務提供幫助（其指歐洲人權法院裁判

餘，第五庭回應提案的裁判BGHSt 38, 214，更是上乘之作，雖然德國學界好發議論，但也不吝於褒揚，這則裁判就曾被讚嘆為「德國聯邦最高法院最重要的刑訴裁判」¹⁸⁷。

二、第五庭見解

本次提案案情為，被告深夜在血液酒精濃度1.67‰狀態下駕車。他控制不住車輛，汽車遭受嚴重毀損後，將車擱置離去。證人R，同時也是警察，在事故車輛內找到被告駕照。約莫事故發生後半小時，R偶遇在事故地點外圍道路步行的被告。R向前盤問，被告先回以偽名（不說「Li」而是回答「La」）並且陳述不實的住居地址。R懷疑被告是他先前找到駕照上的登記之人，於是持之質問。被告承認駕照為其所有，「對於交通事故之盤問」，被告否認其駕駛那部事故車輛，稱自己是前座乘客，但不願說出駕駛姓名，也不願透露事故經過。被告還聲稱，自己在事故之後飲了兩杯啤酒。起訴後，雖然被告在審判期日未對案情有所陳述，區法院仍判處被告酒駕，心證如下：「被告向R承認，事故發生時其就在自己那部車輛裡面，被告稱自己僅為前座乘客之說法，乃不實迴護之詞，原因一方面是被告拒絕透露其所稱之真正駕駛者姓名，而另一方面，倘如被告所言只是乘客，就沒有理由冒用偽名及陳述不正確

從英文翻譯成德文），「才可能真正也在德國開發出歐洲人權保護釋義與理論的寶藏」（Christoph Gusy著，王士帆譯，歐洲人權法院裁判對德國之影響（下），司法周刊，1479期，2010年2月2版）。

¹⁸⁷ Roxin, aaO. (Fn. 8), S. 923. 儘管如此，Roxin對BGHSt 38, 214異議方案（下文陸、四）毫無著墨，不解其「遮掩」用意，惟其1998年25版刑訴教科書批評異議方案違反法院照料義務及法院應主動發現重大違反法治國規定的調查義務（Roxin, Starfverfahren, 25. Aufl., 1998, § 24 Rn. 25）。補充說明，Roxin刑訴教科書在2009年由Schünemann接手第26版，內容局部修改，為確定Roxin原始觀點，筆者此處查考第25版。

之住居地址。由被告虛偽陳述可以推論出，被告有意不讓人辨識出其乃事故駕駛人。被告試圖隱瞞在事故時點醉酒一事，更可說明其心虛並能據此認定其即為駕駛人。至於被告所說，事故發生之後在家飲用兩瓶啤酒，同屬不實迴護之詞。」被告不服判決，向Celle高院提出上訴，以程序瑕疵為主張其對警察R之陳述不得作為證據，因為R詢問他之前未踐行告知，並指出，如其有被依法告知權利，便不會對R陳述。

Celle高等法院贊同被告上訴觀點，有意撤銷原判決，但高院認為與BGHSt 31, 395見解相左，因此向聯邦最高法院提案，提案問題如下：「警察違反緘默權告知，是否導致因違反告知取得之被告自白，不得違反被告意志作為證據使用？」受理的第五庭作成BGHSt 38, 214，回應了學界對過去實務的所有質疑，這則「判決文采相當於學術著作，不僅參酌廣泛文獻，也有詳細的比較法說明，可謂提供了實務與學術對法律發展緊密合作的經典之作。」¹⁸⁸依爭點摘要如下。

(一)警詢違反告知義務證據禁止

1. 證據禁止不以法有明文為必要

「德國刑訴並未制定證據使用禁止的規定。證據取得禁止是否推導出使用禁止，須特別針對每一條文與個案內容來判斷。因而，實務已承認特定程序瑕疵具有證據禁止效力，比如未告知拒絕證言權（§ 52 StPO）、未依法通知辯護人到場（§§ 168cV, 224 StPO）。上述這些情況，法律皆無明文規定證據是否禁止使用。此外，實務也直接從人格權保護的憲法價值推論出證據禁止。在其他情況，實務則否定證據使用禁止，舉例來說，抽血應只可由醫師為之（§

¹⁸⁸ Roxin, aaO. (Fn. 8), S. 923.

81a StPO) , 違反該規定取證者, 不予證據禁止。是否證據禁止, 應以全面、廣泛審酌權衡的方式來認定。違背法定程序情節及其對相關人受法律保護範圍之意義, 應與不得不計代價發現真實之考量一樣, 於審酌權衡之際發揮影響。另一方面也要考慮到, 證據禁止損及真實發現之可能性與根據德國聯邦憲法法院裁判之說法, 國家必須依據憲法維護刑事司法良好功能, 若非如此則無法實現正義。所違反的程序規定, 如非用以或主要非用以保護被告權利者, 則不生證據禁止; 例如違反證人不自證己罪拒絕證言權告知 (§ 55 II StPO) 。相反的, 當所違反之程序規定乃是為了保障刑事被告的程序法地位基礎而制定時, 便應成立證據禁止。」¹⁸⁹

2. 警詢違反告知應證據禁止

「警察違反的緘默權告知規定涉及保護被告之權利, 故應證據禁止。

(1) 沒有人必須在刑事程序自證己罪, 其享有緘默權, 此乃刑訴承認之原則。一九六六年十二月十九日公布的公民與政治權利國際公約第十四條第三項第七款規定緘默權。承認緘默權符合尊重人性尊嚴, 其保護被告人格權, 且是公平審判程序的必要內涵。凡被刑事法以外之法律課以說明義務, 而所說明之內容使自己遭受追訴之人, 即應以前述原理加以保護, 在刑事訴訟不得違反該被告意思而使用其陳述作為證據。

(2) 告知義務課予訊問人員須告知、提示緘默權, 乃是認為, 這項提示對維護被告權利不可或缺, 因為緘默權非眾所皆知之權利。基此, 告知緘默權得以確保公平審判程序。『未履行告知, 會破壞法規目的、限制行使選擇之權利及權利自身遭受削減。由緘默權之重要性可以得知, 違反告知義務屬於重大之程序違法。被告所應享

¹⁸⁹ BGHSt 38, 214, 219 f.

有不自證己罪的法治國利益，會受到波及。』¹⁹⁰……

(3)儘管警察違反告知之法律效果歷經數年討論，而立法者對此未明確決定要否證據禁止，但這種狀況無法說明立法者反對證據禁止。如前所述，德國刑訴對於制定證據禁止的立法規範仍然陌生，循此，立法者也未就違反一九七四年十二月九日新增訂的刑訴第一六八條之三第五項一般性通知義務設立證據使用禁止；同樣的，這種情況也發生在關於違反刑訴第一〇〇條之一、第一〇〇條之二取得之資訊是否以及什麼範圍內始得加以使用的問題。」¹⁹¹

3. 偵查違反告知比審判違反更嚴重

「本院刑事第一庭（BGHSt 25, 325）採納證據禁止，但其處理範圍僅指審判期日法官未踐行緘默權告知。然而，這對於——不同於BGHSt 25, 325裡審判期日告知的——偵查法官、檢警之告知義務並無不同適用。被告在警察初次詢問下處於未經思慮即自證己罪的危險，若與審判期日情境相比，非較無關緊要，危險程度反而更高。原因是，在審判期日被告能鎮靜從容準備其陳述內容並預先徵詢法律建議，此外，審判期日通常有辯護人隨同在旁；相較之下，被告在警察初次詢問多半未有準備，也無辯護人在場，一般也被隔絕於其所信賴之環境外，困惑與置身不熟悉的氛圍環境而受壓迫或畏懼者，所在多有。被告能在辯護人協助下條理其審判期日所為之陳述，但對警詢的初次陳述，時常欠缺這樣的影響可能性，而且即便審判期日翻供，也會對後續程序之進行發生明顯的實際影響力。」¹⁹²

¹⁹⁰ 引用BGHSt 25, 325, 331.

¹⁹¹ BGHSt 38, 214, 220-224.

¹⁹² BGHSt 38, 214, 221 f.

4. 非任意性自白規定無法比附援引

「立法者在禁止不正訊問條文明白規定證據禁止（§ 136a StPO），但無法據此反面推論違反緘默權告知即不生證據禁止。不正訊問會導致使用禁止，乃由於其違法特別嚴重及對相關人基本權利之重要性，條文出發點不言可喻。刑訴第一三六條之一第三項第二句規定，如條文用語『也』所示，立法者出發點即已預設證據使用禁止的效果，而其規定，即便被告有所同意，也一樣證據禁止，就此而言，該規定擴大了使用禁止的適用範圍。刑訴第一三六條之一使用禁止的情形取決於不正訊問手段影響意思決定或意思活動之自由，而緘默權告知之情形實際上並不需要『對違反告知誡命造成誤認有陳述義務一事提出證明』，本庭認為這兩者並無評價矛盾。如提案Celle高院正確觀察，所涉及的是不可類比的兩件事。刑訴第一三六條之一特別提到意思自由的影響性，這是因為也有微不足道、非顯著程度的疲勞訊問與詐欺訊問，而在凌虐或折磨以及身體侵害的訊問情形，當然無須額外認定，即可適用刑訴第一三六條之一。違反緘默權告知義務乃是一種單純的不作為，無法區分不同的影響程度，毋寧每一件不作為都是違反告知義務。雖然刑訴第一三六條之一程序違法的情形遠比違反告知義務嚴重甚多，但單單這樣的情況並不表示不能在違反緘默權告知的情形採納證據禁止。」¹⁹³

(二) 自由證明程序

1. 被告是否訊問前已知悉緘默權

「法官不可對個案未經詳細審查，即認定被告初次警詢前已知悉緘默權。立法者未以知悉緘默權作為免除告知義務的預設條件，否則，不會課予追訴人員緘默權之告知義務。沒有一種特定群體（例如

¹⁹³ BGHSt 38, 214, 222 f.

前科犯)本來就會知道緘默權的普遍經驗法則。儘管如此,當被告於辯護人在場陪同而向警察有所陳述者,通常預設為被告已知悉緘默權。如果事實審法官基於事實根據真摯懷疑被告於警詢時已知悉緘默權,經自由證明程序之後仍無法排除此懷疑者,應依據立法者增訂告知義務所採取之基本決定,認為被告並未知悉緘默權,該自白應予證據禁止。」¹⁹⁴

2. 訊問人員是否踐行告知義務

「只要有事實根據顯示漏未告知緘默權,事實審法官便應以自由證明程序查明警察是否已踐行告知。法官在自由證明程序應特別注意警察有無按照《刑事與罰金程序準則》相關規定(Nr. 45 I RiStBV)將已踐行告知一事記明筆錄。倘若無法釐清有無踐行過告知,那麼,法官便可使用訊問所得之內容作為證據。」¹⁹⁵

(三)證據使用禁止之限制

1. 訊問前被告已知悉緘默權

「不論被告是否知悉其權利,警察皆有義務告知緘默權,法律並未規定告知義務的例外。這十分具有意義:由於偵查程序特殊的訊問場景,為了使被告清楚理解權利,一個熟悉法律狀況的人也可能需要緘默權告知。然而,在開始訊問之際未經告知即已知悉其無須陳述之人,對其法律保護之必要性不等同於其他未知悉緘默權之人。對於知悉緘默權的被告,固然仍須依法踐行告知,但若未告知,卻可例外不適用證據禁止。這種評價考量是出於在這類案情,實施刑事程序之利益具有優先性。如果事實審法官獲知,被告在訊問開始已知悉緘默權而未經告知之下對警察為陳述者,法官就可使用

¹⁹⁴ BGHSt 38, 214, 225.

¹⁹⁵ BGHSt 38, 214, 224.

被告陳述作為裁判基礎，否則，法官必須遵守證據禁止。」¹⁹⁶

2. 有辯護人之被告同意使用

「如果辯護人有參與審判期日，並且該名有辯護人之被告就未經告知所為之自白明示同意作為證據，自白就不生證據禁止。」¹⁹⁷

3. 未對違反告知義務之自白使用提出異議

「有辯護人之被告未對使用違反告知取得之自白表示異議者，也不生證據禁止。異議只能在德國刑訴第二五七條所稱時點之前聲明之，亦即，被告或其辯護人最遲必須在法庭調查未經告知而為陳述之內容的相關證據之時表示異議。當有辯護人之被告在事實審法官審理時未對證據使用與使用之前之證據調查提出異議者，實務至今已在可類比的案例，考慮過證據禁止之權利主張應予失效的可能性。這是合理的限制證據禁止，而非在限縮被告權利。限制證據禁止（即證據禁止例外），符合辯護人的特別責任與其應具備闡明、揭發告知瑕疵及分辨主張證據禁止是否有助於合理辯護之能力。假如被告在審判期日事實審法官審理時未有辯護人，則唯有在審判長已告知被告可對警詢自白之使用表示異議，始得適用前述所稱之限制證據禁止。若非如此，便應發生證據禁止之效力。因為證據禁止必須考量到，被告在審判期日縱然有被依法告知緘默權，他仍會誤以為自己偵查階段仍有義務向警察陳述，並因此或後知後覺而未在審判期日提及警詢違反告知義務。」¹⁹⁸

(四)被告提法律審上訴無證明負擔

「在法律審程序，被告無須聲稱或證明其若有被依法告知權利

¹⁹⁶ BGHSt 38, 214, 224 f.

¹⁹⁷ BGHSt 38, 214, 225.

¹⁹⁸ BGHSt 38, 214, 225 f.

便不會陳述；他也不須針對——系爭案件並非絕對不存在的——不同意見，即依據程序情況保持緘默應屬不適合之辯護手段，予以辯論。這些不同意見所涉及的是有罪判決是否以程序瑕疵作為裁判基礎之問題的部分觀點。就此而言，有效的法律審指摘，只須單單取決於法律審法院對事實審判決以程序違法為基礎之懷疑無法排除即為以足。本院BGHSt 25, 325也許是以不同見解為基礎。有鑑於一方面屬於警察初次詢問（本庭）、另一方面則為審判期日訊問被告（BGHSt 25, 325），兩者乃屬不同之情況，因此，本庭無須對BGHSt 25, 325第一庭之見解表示意見。¹⁹⁹」

(五)比較法觀察

「Celle高院的詳細比較法論述，本庭有如下觀察意見：在謹慎參考比較法不同刑訴原則之要求後，可以說，不僅BGHSt 31, 395的觀點，還有如同本庭現在認定的證據禁止，都能在西方國家法律制度找到相同情形。

1. 法國和義大利等等與本庭目前為止之實務裁判呈現類似狀況。在法國，調查法官疏忽所造成的漏未告知，依法該取證無效（Nichtigkeit），然而法律在警詢漏未告知卻無類似的制裁規定，而法國實務在學說批評反對下也沒有從普遍共通原則導出制裁效果。義大利（一九八九年）新刑訴法施行之前，也有類似的情況。在奧地利，法律迄今為止沒有規定警察詢問被告應告知緘默權，奧地利此刻正計畫立法增訂這樣的條文規定。

2. Celle高院提到的英國法，則是採取中間立場：英國警察必須遵守如同德國緘默權告知義務。至於警察違反告知是否導致證據禁止，則由法官從公平審判程序依全案情節認定。

¹⁹⁹ BGHSt 38, 214, 226 f.

3. 其他國家原則上認為警察違反告知會發生證據禁止效力

(1) Celle 高院適切地提到了丹麥最高法院採納的證據禁止。

(2) Celle 高院以充分說理提到，美國聯邦最高法院在 *Miranda v. Arizona* 一案強調證據使用禁止的特別重要意義。儘管如此，如根據美國聯邦最高法院 *Miranda* 裁判見解，本庭所處理的系爭提案將不生證據禁止之結果，原因是 *Miranda* 裁判主張之證據禁止僅適用在『拘禁訊問』（custodial interrogation）。該處所謂『拘禁』，一般也適用在警察逮捕後的場合與其他類似情況，例如警察破門入屋將被告帶往警車。美國聯邦最高法院清楚表示，『一般交通攔阻』與在馬路上詢問並不構成『拘禁訊問』。

(3) 比較法特別值得注意的是荷蘭最高法院（Hoher Rat）裁判見解。荷蘭最高法院在與德國法相同的荷蘭法律狀態下以證據禁止為基礎原則，可是，倘事實審法官認為警察未對被告履行告知亦無損其辯護者，則例外不予證據禁止。循此以解，在被告之辯護人於審判期日未主張程序瑕疵的情形，即未對被告生不利後果。荷蘭最高法院將關注面向轉移到訊問及因而產生告知義務的判斷時點。荷蘭大量與此相關的裁判指出，雖然何時發生告知義務這個實務重要問題尚未完全釐清，但也不因此被理解為反對證據禁止的理由。」²⁰⁰

陸、BGHSt 38, 214 相關分析

德國學界就聯邦最高法院一九六〇年代以來處理緘默權告知的種種批評，BGHSt 38, 214 均充分予以善意回應，包括證據禁止不以法有明文為必要、警詢違反告知應證據禁止與被告上訴法律審無證明負擔等等，惟儘管有所建樹，其自創的證據禁止異議方案誠屬

²⁰⁰ BGHSt 38, 214, 228-231.

當中最大敗筆。就這些辯論超過二十餘年，終於由BGHSt 38, 214與學界合流的通說結論，本文不再複贅，以下擇要分析。

一、證據禁止基準：規範保護目的

(一)規範保護目的理論的優先地位

警詢違反告知取得之自白原則上無證據能力，這是BGHSt 38, 214突破BGHSt 31, 395的全新且正確之見解，同一時間，聯邦最高法院其他四個刑事庭均表態贊同BGHSt 38, 214²⁰¹。這是出自於什麼證據禁止基準？當BGHSt 38, 214談到「是否證據禁止，應以全面、廣泛審酌權衡的方式來認定」並列舉數項審酌因素，例如違法情節、法律保護必要性及發現真實，乍看之下，貌似權衡理論，惟如細讀裁判理由：「當所違反之程序規定乃是為了保障刑事被告的程序法地位基礎而制定時，便應成立證據禁止」²⁰²，會發現BGHSt 38, 214將規範保護目的理論置於優先決斷地位²⁰³。透過規範保護目的明確取捨證據禁止，而非藉助權衡理論空泛審酌，在BGHSt 38, 214裡展露無遺，所謂「德國多數主張權衡理論」的觀察²⁰⁴，可能未詳究其實²⁰⁵。

²⁰¹ BGHSt 38, 214, 231.

²⁰² 上文【伍、二、(一)、1.】。

²⁰³ 同此看法，如「儘管形式上要求『廣泛權衡』，卻是以違反取證規定的保護目的來回答訊問瑕疵是否應證據禁止」（Neuhaus, aaO. (Fn. 72), S. 49）、「可是（第五）法庭並未在本案適用此項原則（指權衡理論），其緊接提出的標準是，視被違反的程序規定是否在保護被告」（Fezer, aaO. (Fn. 63), S. 385）；Ignor, aaO. (Fn. 152), S. 186 f.

²⁰⁴ 如我國2003年刑訴增訂第158條之4立法理由：「日本在戰後受美國影響，採『相對排除理論』，德國之『權衡理論』亦為多數主張，亦即法院在裁判時應就個案利益與刑事追訴利益彼此間權衡評估。」

²⁰⁵ 林鈺雄，德國證據禁止理論之發展與特色，載：干預處分與刑事證據，頁

以規範保護目的作為證據禁止基準，BGHSt 38, 214接著探求告知義務目的，「乃是認為，緘默權非眾所皆知，告知對維護被告權利不可或缺」，「由緘默權之重要性可以得知，違反告知義務屬於重大之程序違法，被告所應享有不自證己罪的法治國利益，會受到波及。」其實，上述規範目的完全出於一九七四年推翻訓示規定說的BGHSt 25, 325²⁰⁶，BGHSt 38, 214不過是借用其微言大義，而BGHSt 25, 325不願將緘默權告知的法治國利益廣及偵查程序的疏漏，飽受學界批評後²⁰⁷，後見之明的BGHSt 38, 214以「被告在警察初次詢問下處於未經思慮即自證己罪的危險，若與審判期日之情境相比，非較無關緊要，危險程度反而更高」²⁰⁸，將告知義務的保護重要性延伸到偵查程序。假如BGHSt 25, 325的真知灼見不故步自封在審判告知規定，而同時對偵查告知雨露均霑，被Roxin稱為「德國聯邦最高法院最重要的刑訴裁判」也許就是BGHSt 25, 325，而非BGHSt 38, 214了。

(二)違反告知但不損及目的：被告已知悉緘默權

根據規範保護目的理論，倘違法取得之證據不予證據禁止，則保護目的會繼續或擴大者便應證據禁止，相反的，違法取證卻不損及規範目的或違反時保護目的已耗盡者，則無須證據禁止²⁰⁹。據此，違反緘默權告知義務並非即刻耗盡其保護目的，該程序瑕疵仍

305，2008年1月：「掌握德國告知義務相關判例之發展，正足以見微知著，瞭解德國法證據禁止那種權衡為『表』，規範保護目的為『裏』的特性，而只膚淺看『表』而不深入究『裏』，也正是對德國法最容易產生的誤解。」

²⁰⁶ BGHSt 25, 325, 331.

²⁰⁷ 上文【肆、二、(二)】。

²⁰⁸ 上文【伍、二、(一)、3.】。

²⁰⁹ Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 25), § 24 Rn. 25; 林鈺雄，同註9，頁583。

可藉由證據禁止予以彌補或避免終局受損，故違反告知取得之自白應證據禁止²¹⁰。反之，對於告知之前已知悉緘默權之被告，國家漏未告知並不損及規範保護目的，其結果，正如BGHSt 38, 214所述：「在開始訊問之際未經告知即已知悉其無須陳述之人，對其法律保護之必要性不等同於其他未知悉緘默權之人。對於知悉緘默權之被告，固然仍須依法踐行告知，但未告知者，卻可例外不適用證據禁止。」²¹¹

以被告已知悉緘默權而不得指摘侵害告知義務的說法，非首見於BGHSt 38, 214。早在一九六六年聯邦最高法院第二庭即以被告雖未受告知，卻已由「其他方式」知悉緘默權故不得指摘程序違法，所稱其他方式為被告有辯護人協助以及自白前曾聽聞法院對另名共同被告踐行告知義務²¹²；繼之，一九七四年BGHSt 25, 325說「有辯護人陪同的被告，應可認為被告明瞭權利。」²¹³然而，這兩則裁判對「被告訊問前已知悉緘默權」之理解固然符合告知目的，但如何判斷被告已知悉，兩則裁判卻逕將「被告受辯護人協助」作為證明依據，如此一來，有辯護人的被告等於沒有踐行告知義務的保護必要，或者說，告知義務是對無辯護人之被告量身訂做的權利²¹⁴。相較之下，BGHSt 38, 214獨到之處在於未將辯護人協助作為被告已知悉緘默權的證明，其說道「被告於辯護人陪同在場下向警察有所陳述者，通常預設為被告知悉緘默權。如果事實審法官基於事實根據真摯懷疑被告於警詢時已知悉緘默權，經自由證明程序

²¹⁰ Fezer, aaO. (Fn. 89), S. 344; Grünwald, aaO. (Fn. 149), S. 495; Rieß, aaO. (Fn. 143), S. 300; Rudolphi, aaO. (Fn. 116), S. 99.

²¹¹ 上文【伍、二、(三)、I.】。

²¹² 上文【參、二】。

²¹³ 上文【參、五、(二)】。

²¹⁴ 上文【肆、二、(一)】。

之後仍無法排除此懷疑者，應依據立法者增訂告知義務所採取之基本決定認為被告未知悉緘默權²¹⁵，亦即毫無懷疑時，始得認定被告知悉緘默權，採取「程序爭點有疑、利於被告」的證明歸責（請見下文）。

二、程序爭點證明

(一)被告是否訊問前知悉緘默權存疑者

如前所述，BGHSt 38, 214依規範保護目的取捨證據禁止，在此脈絡下，被告訊問前是否已知悉緘默權成為爭點所在。對此，由於是否知悉緘默權純屬程序爭點之證明，適用自由證明程序自不待言²¹⁶，更重要的是，BGHSt 38, 214補充三點²¹⁷：第一，應依個案審查，沒有普遍經驗法則認定哪些特定類型的被告（例如前科犯）必然知悉緘默權。第二，被告在辯護人陪同在場下向警察陳述者，固然通常預設被告已知悉權利，但仍可基於事實根據存疑。第三，僅懷疑被告訊問時已知悉緘默權，應依告知義務規範目的認為被告不知悉權利。簡之，法院應依職權個案調查被告是否知悉，辯護人協助僅是判斷因素之一而已，當自由證明程序完畢仍有疑時，應從被告有利之認定，即判定其不知悉緘默權。完全不同於BGHSt 25, 325要求被告必須證明自己不知悉緘默權，BGHSt 38, 214最後一點

²¹⁵ 上文【伍、二、(一)、1.】。

²¹⁶ Beulke, aaO. (Fn. 14), Rn. 180; Eisenberg, aaO. (Fn. 15), Rn. 567; Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 25), § 24 Rn. 3 f.; 93年度臺上字第2251號判決；97年度臺抗字第234號裁定：「訴訟法上之程序事項，固非屬犯罪構成要件之事實，以經自由證明為已足。然所謂自由證明，係指使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制而已，然仍必須為適法之證據始足當之。」

²¹⁷ 上文【伍、二、(一)、1.】。

的「程序爭點有疑，利於被告」之認定受到學界支持²¹⁸，畢竟告知義務之立法乃是預設被告不知悉權利，「是否知悉」有疑，從有利於被告之認定，才符合告知義務立法意旨。近年來我國最高法院裁判，也可與之相互輝映²¹⁹。

(二)訊問人員是否曾踐行告知義務存疑者

漏未告知才生證據禁止，因而，訊問前是否告知常是攻防焦點。BGHSt 38, 214說法官在自由證明程序應特別注意警察有無依法將已踐行告知一事記明筆錄，「倘無法釐清有無踐行告知，那麼，法官便可使用訊問所得之內容作為證據。」²²⁰準此，是否告知有疑時，處理如下：1. 依自由證明程序調查，尤應調查筆錄有無記載；2. 調查結果有三種情形：一是記載已告知，另一是未記載曾告知，第三是記載未告知。第三種情形除非筆錄不實，基本上可認定被告未受告知（這還是訊問人員所製作），不生要否調查踐行告知的問題，故以下分析前二類情形。

²¹⁸ Beulke, aaO. (Fn. 14), Rn. 117; Fezer, aaO. (Fn. 63), S. 386; Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 79; Roxin, aaO. (Fn. 8), S. 923; Volk, aaO. (Fn. 124), § 9 Rn 11.

²¹⁹ 94年度臺上字第275號判決：「自白是否出於任意性有疑義時，應先對自白之任意性為調查，且在心證上無需達於確信程度才能認定，認定之結果，不利益應歸國家負擔，利益歸被告，亦即依自由證明程序調查後，法院在心證上雖非達到確信，惟相當程度懷疑調查機關使用不正訊問方法時，即應認定證據非出於任意性」；94年度臺上字第1252號判決：「承辦書記官於委任狀上記載該委任狀於同月18日始送到該股等語，但此為原審法院內部作業問題，既無法判定該委任狀是否在原審辯論終結後始送達到原審，依有利被告之原則，應推定在辯論期日之前即已送達到原審法院」；95年度臺上字第4917號判決：「如檢察官無法依刑訴第156條第3項之規定，證明其自白出於任意性，依有疑唯利被告之原則，應為有利於上訴人之認定。」

²²⁰ BGHSt 38, 214, 224.

1. 筆錄記載已告知

筆錄記載有告知，被告卻抗辯未受告知，法院調查後確實存疑者，如何認定？BGHSt 38, 214提出備受非議的說法：「倘若無法釐清有無踐行告知，那麼，法官便可使用訊問所得之內容作為證據」，這顯然讓被告承受證明負擔，無法證明之不利益歸被告承受。如果不能有效確保訊問人員善盡告知義務，僅因筆錄已記載就作出從有利於追訴機關之認定，如此分配證明負擔會造成被告未能提出未受告知之證明時，承受不利（即被認定已受告知），以致於告知規定形同虛設²²¹。

儘管筆錄有記載曾告知，但懷疑仍存在者，應如何認定可從兩方面來看。首先，有無踐行告知的程序爭點與用來證明實體罪責問題的罪疑唯輕無關，亦即不生「程序有疑，唯利被告」的罪疑唯輕適用結論。其次，程序事項無法證明時，由誰承擔不利益？這才是問題核心。有無踐行緘默權告知存疑時，總有一種可能性無法排除，就是國家確實漏未告知，既然已將告知義務列為法治國刑事程序之一環，對刑事程序的法治國性質之懷疑，即告知義務是否如實踐行存疑者，其重要性不會低於被告是否犯罪之懷疑。如果在國家掌控的司法領域內存有程序瑕疵的懷疑，程序合法性與司法形塑性的推定將受到嚴重衝擊，再加上訊問情景是在追訴機關負責及支配領域內，相對於被告而言，有場域優勢的追訴機關更有能力去除法院懷疑被告未受告知之可能性，無法證明之不利益豈能歸由無力舉證的被告承受？因此，儘管訊問筆錄記載已曾踐行過告知，但懷疑漏未告知之可能性仍無法排除時，應認定訊問人員未告知緘默權²²²。

²²¹ Fezer, aaO. (Fn. 63), S. 386; Ransiek, aaO. (Fn. 7), S. 346 f.; 支持有疑應認為未告知，如Volk, aaO. (Fn. 124), § 9 Rn. 11.

²²² Eisenberg, aaO. (Fn. 15), Rn. 567; Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 78; Meyer-

除理論面可批評BGHSt 38, 214外，BGHSt 38, 214實際面也充滿矛盾，其既然認為，同屬程序爭點的被告是否於訊問前已知悉緘默權存疑者，依「有疑利於被告」認定其不知悉，何以有無踐行告知存疑者卻反向為「有疑不利於被告」來認定呢²²³？迄至今日，德國新近裁判已出現修正BGHSt 38, 214說法的裁判，認為BGHSt 38, 214所述僅是「針對已踐行過告知，但無法獲得更詳盡釐清所為的指示」，法官始得使用訊問所得之內容²²⁴。

必須補充，有利被告之認定不會造成被告射倖抗辯，讓實際已告知而取得之自白因無法證明已告知而遭證據禁止。理由一來，製作訊問筆錄要經被告簽名，可藉此查對²²⁵；二來，澄清方法之一就是調閱訊問錄音（影）。雖然訊問錄音與否取決於各國制度（如我國刑訴第一〇〇條之一），而縱使規定錄音義務，仍無法避免偵訊實務提前溝通、再正式訊問錄音的現象²²⁶，即便如此，訊問錄音都比傳喚警察自證有無漏未告知來得可信與便捷，傳喚警察也可

Goßner, aaO. (Fn. 14), § 136 Rn. 20; Roxin, aaO. (Fn. 8), S. 923 f.; Wohlers, Anm. zu BGH, Beschl. v. 08.11.2006, 1 StR 454/06, JR 2007, S. 126 f.

²²³ Bohlander, Anm. zu Beschl. v. 27.02.1992 - 5 StR 190/91, NStZ 1992, S. 505; Roxin, aaO. (Fn. 8), S. 924.

²²⁴ BGH, Beschl. v. 08.11.2006, 1 StR 454/06, StV 2007, S. 65. 贊同者，如Wohlers, aaO. (Fn. 222), S. 126.

²²⁵ Roxin, aaO. (Fn. 8), S. 924.

²²⁶ 何賴傑，訊問被告未全程連續錄音錄影之法律效果——評最高法院88年度臺上字第5073、5762、6752號判決及台北地院88年度訴字第826號判決，月旦法學雜誌，62期，頁165，註7，2000年7月；「如此之程序違法事實，並無法以刑訴法第100條之1方式解決。對此，只能透過加強偵訊機關之紀律，以減少該等嚴重違背法治程序情形之發生」；吳巡龍，新法施行後錄音（影）有瑕疵時，被告筆錄證據能力的判斷及自白之證明，月旦法學雜誌，113期，頁67，2004年10月。

能無濟於事²²⁷。萬一錄音（影）紀錄因可歸責於國家之佚失或毀損以致無法釐清疑義者，應由國家承擔無法證明之不利益²²⁸，畢竟訊問場景及資料保管都在國家掌控之下，無法強求被告提供自己所無法支配取得之訊問錄影（音）證據。總之，當法院窮盡調查，對筆錄記載被告已受告知仍存疑者，應從有疑利於被告之方向認定。

2. 筆錄未記載曾告知

相反的，訊問筆錄未記載曾告知但訊問人員主張已告知者，如何認定曾否告知？BGHSt 38, 214對此未置一詞²²⁹，德國學界則指出，倘若筆錄未記錄曾踐行告知，除有其他方式可以認定外，應認為漏未告知，無法證明之不利益不可歸被告負擔²³⁰。

學界觀點後來也被德國新近裁判接受²³¹。例如有一案例，警詢筆錄未記載曾踐行告知，辯護人也主張警察漏未告知，法院調查

²²⁷ 調查不正訊問就有類似情形，如91年臺上字第2908號判例：「被告供認犯罪之自白，如係出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正方法，取得該項自白之偵訊人員，往往應擔負行政甚或刑事責任，若被告已提出證據主張其自白非出於任意性，法院自應深入調查，非可僅憑負責偵訊被告之人員已證述未以不正方法取供，即駁回此項調查證據之聲請。」

²²⁸ 95年度臺上字第4917號判決：「調查單位因保管之疏失，致未能提出上開錄影帶，等同於訊問時未加錄影、錄音者同」；98年度臺上字第4173號：「第100條之1第1項前段規定（略），旨在以錄音、錄影作為上開合法訊問及公信力之證明，屬舉證責任問題。倘欠缺全程連續錄音或錄影之內容，無論係因未行錄音、錄影，或因操作機械（器）不當、設備不良、保存不善，致事後無法勘驗者，應由檢察官負舉證責任，以證明原陳述之任意性及內容之真實。」

²²⁹ Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 78.

²³⁰ Fezer, aaO. (Fn. 63), S. 386; Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 78; Ranft, aaO. (Fn. 14), § 20 Rn. 349.

²³¹ BGH, StV 2007, S. 65 f.

偵訊人員後，亦無法確認告知程序有否踐行。該案情為²³²「警察對被告住家搜索，搜出大麻與瓦斯槍。審判期日被告承認販毒，但對槍枝藏放在房裡箱盒並不知情，查獲的箱盒是其被捕數日前為收置鬧鐘，請其妹妹從閣樓取下的，被告尚未查看盒內物品。地院以M、W及K三名警察的證詞駁回被告說法。警察M說，被告父親於搜索時在場，找出槍枝後，其父表示槍枝是先人遺物，也訝異怎會出現在兒子房間，被告則回答『是一週前拿到瓦斯槍』。W和K兩名警察也證實M所說無誤。辯護人以警察搜索當時未踐行告知義務，反對被告前述自白具有證據能力。於是，地法傳喚三名警察，調查有無違反告知義務。警察M先說，有對被告告知，『當從被告褲袋找到4公克多大麻時，最遲在搜索被告身體就有告知。在此之前是否有告知，則未置可否』；警察K說，他自己沒有踐行告知，『但他推測，警察M有告知，至於何時告知，則不知情』；警察W則說，『是否有對被告踐行告知，無法作證表示意見』。地院還是使用被告自白作為證據，說法是『根據BGHSt 38, 214豎立的原則，當無法釐清在被告自白持有槍枝之前警察是否有踐行告知時，被告陳述內容即可作為證據。』」

對此，聯邦最高法院駁斥地院說法，指出「儘管地院傳訊三名警察調查有無踐行告知一事誠屬正確，但地院認定曾踐行告知的心證，則不具說服力。被地院採信的三名警察證詞，只能說明沒有一名警察可以具體回憶在被告自白持有瓦斯槍之前是否有依法踐行告知。BGHSt 38, 214是針對已踐行過告知，但無法獲得更詳盡釐清所為的指示，本案則有所不同。本案中，警方證詞並無法作為已踐行過告知的根據，也沒有一位警察依法將告知一事記明筆錄。由於沒有充分可信根據可認定警察曾履行告知義務，加上筆錄內沒有依法記

²³² BGH, StV 2007, S. 65.

載告知一事，據此，警詢自白不得作為證據。」²³³從以上裁判可看出，聯邦最高法院已朝向學界所主張的方向發展：「事實審法院只有在確信其法庭調查之證據不存在違法取證之疑慮時，才得以作為被告之不利證據。」²³⁴

三、同意使用及要件

緘默權旨在保障被告不受強制自白，所關注者為尊重被告緘默意願²³⁵，惟不禁止被告自願性放棄權利而選擇自白，至於動機究竟是誠摯悔悟或可邀輕判，在所不問。緘默權都可任由被告放棄了，確保知悉緘默權的告知義務更無堅守之理，依據BGHSt 38, 214說法，「如果辯護人有參與審判期日，並且該名有辯護人之被告就未經告知所為之自白明示同意作為證據，就生證據禁止。」²³⁶由於違反告知義務不同於不正訊問，職是之故，被告對違反告知義務之陳述使用與否有支配處分權²³⁷，因而，BGHSt 38, 214說法受到學界支持²³⁸。惟須注意，BGHSt 38, 214所代表的德國實務見解，對同意使用設定三項要件：一，被告有辯護人協助，指定或委任不拘；二，該辯護人有參與審判期日，僅參與偵查仍屬不足；第三是明示同意。前兩要件檢驗基準清楚，第三要件「明示同意」則可進一步說明。

²³³ BGH, StV 2007, S. 65 f.

²³⁴ Wohlers, aaO. (Fn. 222), S. 126.

²³⁵ ECHR, Jalloh v. Germany, no. 54810/00, 2006, §§ 101-102.

²³⁶ BGHSt 38, 214, 225.

²³⁷ Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 81.

²³⁸ 例如Lesch, Der Beschuldigte im Strafverfahren - über den Begriff und die Konsequenzen der unterlassenen Belehrung, JA 1995, S. 162; Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 85; Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 25), § 24 Rn. 32; Tolksdorf, aaO. (Fn. 160), S. 257; Volk, aaO. (Fn. 124), § 9 Rn. 11.

首先，既然要求明示同意，「默示」同意顯然不在容許之列，易言之，無法從默示行為推論出同意使用²³⁹。平心而論，明示同意的高標要求固無不可，惟純就理論而言，默示同意在特定條件下仍應有合法空間。同意方式限於明示，固有求其明確及避免被告莫名（例如回答「無意見」）被判失權的優點，但這樣的優點並非僅出現在「明示」同意。無論明示或默示，關鍵都在於被告在明示同意或相當於同意之默示作為前，是否知悉同意效果且願意提供法院使用證據，亦即，以被告已知悉無證據能力且仍同意使用或不反對使用為要件²⁴⁰。法院在認定被告已有同意而欲採用違反告知義務取得之自白作為證據之前，應向被告闡明同意效果²⁴¹。而且，也不宜用開放問句詢問被告「對系爭自白有何意見」，這樣問話難以切割到底是詢問陳述內容（證明力爭執）或取證程序（證據能力爭執），還是兩者皆在其內，當被告回答「無異議」、「沒有意見」，解讀為被告「不反對作為證據」或許是法院所樂見²⁴²，但被告可能只是不願爭執陳述內容，卻不接受程序瑕疵²⁴³。因此，詢問方式應是徵詢被告是否同意將違反告知程序取得之自白作為定罪證據，以及明白告知被告系爭自白原無證據能力，會因同意而作為證據。法院

²³⁹ Tolksdorf, aaO. (Fn. 160), S. 258; 贊同默示同意，如Roxin, aaO. (Fn. 8), S. 924.

²⁴⁰ 這條件同樣適用在主張未異議即應失權的情況（Tolksdorf, aaO. (Fn. 160), S. 262）。

²⁴¹ Lesch, aaO. (Fn. 238), S. 162.

²⁴² 如97年度臺上字第2892號判決：「審判長於94年7月12日審判期日調查證據程序中，就前開證人蘇○所有審判外或審判內之陳述，業已依法對於上訴人提示或告以要旨，經上訴人表示：『沒有意見』，上訴人並未指摘肯認前述擬制同意之法律效果，有何不當，則原審援採為判斷依據，自不得視為程序上瑕疵。」

²⁴³ 如BGHSt 1, 284，法院詢問對鑑定報告有無意見，辯護人僅指摘報告內容不可靠，而非指摘法院選任鑑定人鑑定時漏未通知辯護人到場的程序瑕疵。

的徵詢絕非禮遇被告，國家既已違反告知義務在先，事後又想將違法證據作為裁判依據，豈非將追訴程序與裁判結果的不利益都由被告承受？法院唯有透過清楚明白的告知徵詢換取自白證據，才不致讓被告緘默權過於廉價犧牲。

四、批評「證據禁止異議方案」

德國警詢違反緘默權告知應證據禁止，成果已遲來，還帶來出乎意料的重代價：異議方案（Widerspruchslösung）。BGHSt 38, 214認為，警詢違反告知原則上證據禁止，而例外不予證據禁止的三種情形，「被告已知悉緘默權」與「同意使用」這兩類已如前述，而第三種正是掀起學界波瀾及震驚律師界的證據禁止異議方案：「有辯護人之被告在法院調查自白時未異議」，或者，被告雖無辯護人但「審判長已告知被告可對警詢自白之使用表示異議」卻未異議者，皆無證據禁止；而且，設定異議期限，最遲必須在法庭調查系爭自白之時表示異議，逾時異議不生效力²⁴⁴。

(一)新魔咒：證據禁止異議方案

德國「無異議即無證據禁止」的證據禁止異議方案，首次出現在BGHSt 38, 214。證據禁止或異議方案各自在德國實務均非新鮮事，但BGHSt 38, 214法官造法，首度將兩者結合²⁴⁵。BGHSt 38, 214說，「實務迄今為止已在可供類比的案例考慮過證據禁止之權利主張應予失效的可能性」²⁴⁶，乍聽之下，會以為BGHSt 38, 214不

²⁴⁴ 上文【伍、二、(三)、3.】。

²⁴⁵ Ignor, aaO. (Fn. 152), S. 186 f.; Graf von Schlieffen, Neues von der Widerspruchslösung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat: 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, 2009, S. 802.

²⁴⁶ BGHSt 38, 214, 225 f.

過是蕭規曹隨，事實不然，其論證異議方案所引用的五則裁判所涉及者，都是法官訊問人證（證人與鑑定人）違法未通知在場權人²⁴⁷，而無一涉及「無異議即無證據禁止」²⁴⁸。

1. 帝國法院裁判

先來看德國帝國法院一九一七年RGSt 50, 364與一九二四年RGSt 58, 100這兩則裁判。案情皆為辯護人閱卷後知悉法官曾訊問證人，卻違法漏未通知辯護人到場，辯護人在審判期日辯論朗讀訊問筆錄的容許性，惟爭執焦點不在未受通知之程序瑕疵，亦即未就漏未通知提出異議。帝國法院指出，如果辯護人知悉系爭程序違法卻緘默以對，可表示辯護人不重視未受通知之程序瑕疵。帝國法院僅說明至此，而這會衍生成因未異議以致於證人筆錄不生證據禁止嗎？從裁判只能看出辯護人知有程序瑕疵而未異議，能否單從其緘默即推論辯護人不在意程序瑕疵，不無問題，畢竟從法律規定而言，辯護人並無對漏未通知之程序瑕疵負有表示意見的法律義務²⁴⁹。撇開這項質疑不談，逾半世紀後引用的BGHSt 38, 214未將前述帝國法院裁判關鍵要素的「辯護人知有程序瑕疵」作為其自創異議方案的前提條件，BGHSt 38, 214似乎認為，辯護人本身「應具備揭發告知瑕疵之能力」²⁵⁰，如其不知悉告知瑕疵以致於未提出異議，不生證據禁止是自己應承擔的後果²⁵¹。

²⁴⁷ RGSt 50, 364, 365; 58, 100, 101; BGHSt 1, 284, 286; 9, 24, 28; 31, 140, 145.

²⁴⁸ Fezer, aaO. (Fn. 63), S. 386; Tolksdorf, aaO. (Fn. 160), S. 259.

²⁴⁹ Fezer, aaO. (Fn. 63), S. 386; Tolksdorf, aaO. (Fn. 160), S. 261.

²⁵⁰ 上文【伍、二、(三)、3.】。

²⁵¹ Fezer, aaO. (Fn. 63), S. 386.

2. 聯邦最高法院裁判

BGHSt 38, 214引用的同院裁判共有三則。

(1)第一則是一九五一年BGHSt 1, 284。案情為訊問指定之期日，依法應事先通知檢察官、被告與辯護人，如會損及調查結果者，得不予通知（§ 224 I StPO），區法院訊問鑑定人時，既未依法通知辯護人，亦未傳喚被告到場，惟區法院並未以此項程序違法作為裁判依據。案經上訴地院，辯護人在審判期日對鑑定報告質疑可信度，該報告未考量被告血液酒精濃度大部分是在事故發生之後飲酒所形成的，因此主張報告無證據能力，但未指摘原審違法漏未通知之瑕疵。於是，地院依法朗讀鑑定報告作為證據（§ 251 StPO），被告或辯護人並未就「朗讀筆錄」提出異議。後經上訴聯邦最高法院，BGHSt 1, 284說，「假使辯護人有意如同其在上訴狀所述般反駁鑑定人，辯護人就應該會反對朗讀鑑定報告並聲請傳喚鑑定人。」²⁵²從以上模糊的判決理由，實在很難推估BGHSt 38, 214為何會聯想到BGHSt 1, 284，也許可以在後者裁判要旨看出端倪：「囑託訊問鑑定人時，違反刑訴第二二四條第一項規定而未通知被告或辯護人者，如其未在審判期日針對朗讀囑託訊問作成之鑑定報告提出異議，則不得援用此程序瑕疵上訴法律審。」²⁵³可以看出，BGHSt 1, 284所宣示的，是漏未通知之程序瑕疵未經異議不得上訴法律審，而非限制證據能力。

(2)第二則是一九五五年BGHSt 9, 24。法院判處被告誹謗罪，被告上訴，其指摘，下級法院在一九五三年七月二十八日囑託訊問證人（§ 223 StPO），但被告卻直到訊問完畢後之次日（二十九日）才接獲法院通知，辯護人於是在審判期日對朗讀訊問筆錄提出

²⁵² BGHSt 1, 284, 286.

²⁵³ BGHSt 1, 284 f.

異議。聯邦最高法院表示，被告於審判期日在場，不只是其義務，而且是權利，乃是刑訴程序權利的基本法律原則，還涉及被告質問權。德國法規定，當證人由於身心因素（例如疾病）或其他無法排除之障礙而不能到庭，或路途遙遠不能期待其到庭者，法院得囑託受託法官訊問，訊問期日應事先通知被告（§§ 223 f. StPO），是以，發生法定障礙而由受託法官進行訊問，同樣構成審判期日之一部，被告在場權與質問權一樣存在，不是只有在舉行審判期日的法庭才賦予被告在場權及質問權²⁵⁴。BGHSt 9, 24結論說，「只要被告未因自己或辯護人無異議地容任朗讀訊問筆錄而失去指摘之權利，則必須賦予被告能在法律審主張其未受到通知之權利。指摘程序違法的權利在本案並未失效，因為辯護人已明確反對朗讀筆錄」²⁵⁵。BGHSt 9, 24在表達，未異議程序瑕疵，便不得以該瑕疵上訴法律審，也不是在指涉因此不生證據禁止。

(3)第三則是一九八二年BGHSt 31, 140。該案被告涉嫌仲介性交易及凌虐旗下一名十七歲女子E，證據之一為一九八〇年十二月十八日偵查法官訊問E之筆錄，惟偵查法官訊問時未依法通知被告到場。一九八一年八月二十七日，承審本案的地院調查證據時，辯護人當庭反對法院使用E筆錄，但地院仍作為有罪證據。被告上訴指摘「偵查法官訊問E時，未依法通知被告到場（§ 168c StPO），而該筆錄被地院作為有罪證據。」BGHSt 31, 140認為被告指摘有理由，其指出，雖然刑訴允許例外得解除通知義務，但偵查法官訊問筆錄卻未記載不通知之理由，以致系爭案件並不存在解除通知義務的依據。BGHSt 31, 140接著表示，「漏未通知被告的本案程序瑕疵，會成立證據禁止，一九八〇年十二月十八日訊問E的（偵查）

²⁵⁴ BGHSt 9, 24, 27 f.

²⁵⁵ BGHSt 9, 24, 28.

法官筆錄不得作為裁判依據」²⁵⁶，「辯護人在審判期日已明白反對使用筆錄，至少由於此項異議之故，一九八〇年十二月十八日（偵查）法官訊問筆錄必須證據禁止。」²⁵⁷由此可知，BGHSt 31, 140豎立違法漏未通知在場權人之證人訊問筆錄應證據禁止，該裁判並未觸及辯護人未異議便不生證據禁止，相反的，系爭案情辯護人提出異議，而這個舉動反而更強化證據禁止的認定。

綜觀BGHSt 38, 214引用的五則裁判，除了BGHSt 31, 140之外，其餘皆在解決被告在下級審未對程序瑕疵提出異議與上訴法律審之間的關聯性，即便這些裁判說理正確，也只侷限在探討法律審可上訴性。持平而論，被告未就違反告知提出異議，是否因此不生證據禁止，這項認定工作屬於事實審法官的任務，應用什麼標準幫助事實審法官論斷「程序瑕疵未異議即不生證據禁止」，這些裁判恐怕愛莫能助²⁵⁸。那麼，為何BGHSt 38, 214慧眼獨具，連結到上述裁判而得出證據禁止異議方案？「追根究底其引用的裁判，答案會大失所望：觀察這些裁判提出的異議方案，聯邦最高法院法官們的法律續造並沒有推論過程，而只是獨斷式的宣布」²⁵⁹。看來，繼一九六〇年代聯邦最高法院「緘默權告知屬於訓示規定」之後，又有一個新魔咒：證據禁止異議方案。

(二)轉嫁法院調查義務

除了引喻失義，證據禁止異議方案遭受的批評還可概括歸納出三點²⁶⁰：形式上欠缺法律基礎、運作上拖延訴訟程序及實質上轉嫁法

²⁵⁶ BGHSt 31, 140, 144.

²⁵⁷ BGHSt 31, 140, 145.

²⁵⁸ Tolksdorf, aaO. (Fn. 160), S. 260.

²⁵⁹ Graf von Schlieffen, aaO. (Fn. 245), S. 802.

²⁶⁰ Ignor, aaO. (Fn. 152), S. 189 f.

院調查義務。異議方案將本應證據禁止者，由於辯護方在證據調查時點「未異議」而不生證據禁止，其效果猶如被告明示同意使用一般，而這在德國刑訴法尚無法律基礎²⁶¹，欠缺類似擬制同意的法律規定（例如我國刑訴第一五九條之五第二項）。運作起來也拖延訴訟程序，原因之一出在異議程序如何操作不明²⁶²，另一原因則是辯護方隨機異議將導致下級審膨脹化。程序違反未經異議不生證據禁止或不得上訴指摘的異議方案，雖能舒減上訴法律審的案源（負面則是讓身為刑訴守護者的聯邦最高法院邊緣化²⁶³），但從整體訴訟程序以觀，卻會膨脹下級事實審（特別是第一審）的審判時間，原因是法院既然要求辯護人異議，否則有程序不利益，這當然會影響辯護策略。就辯護人角色來說，未異議大半是不知存在程序瑕疵或是否證據禁止尚不明朗，而法院「天威難測」，難保心證轉向某項取證存在瑕疵或應予證據禁止²⁶⁴，為了不放棄一絲防禦希望，辯護策略會被異議方案誘導為寧「濫」勿「缺」的不停異

²⁶¹ Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 82.

²⁶² Graf von Schlieffen, aaO. (Fn. 245), S. 802-805. 該文對證據禁止異議方案提出一系列問題，包括：異議者的說理義務到什麼程度？法院是否及何時之前決定異議是否成立？異議方案有無回溯效力？針對回溯效力，BGHSt 38, 214突發奇想證據禁止異議方案之前，辯護人根本不知道警詢違反告知「應」透過異議始生證據禁止（或者說，不異議就無證據禁止），實務毫無蛛絲馬跡，辯護人當然無從防備，BGHSt 38, 214提出異議方案後，在其此之前的舊案，是不是一律以辯護人未異議都不能再主張證據禁止，阻斷舊案救濟之路？

²⁶³ Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 25), § 24 Rn. 160.

²⁶⁴ BGHSt 38, 214異議方案等於預設辯護人能且應在審判期日提出反對證據使用的異議，這難免強人所難，聯邦最高法院飽受學界批評仍負隅頑抗三十年，拒絕接受證據禁止，如何期待辯護人提出一項明知不可行的異議（Tolksdorf, aaO. (Fn. 160), S. 265）？在BGHSt 38, 214作成之前，辯護人費心援用學說提出警詢違反告知應證據禁止欲撼動根深蒂固實務時，還會擔心遭到同事或法官微笑以對「何苦呢？」（Graf von Schlieffen, aaO. (Fn. 245), S. 801）。

議，萬箭齊發結果，拖延審判程序非不可想像²⁶⁵。

除了前述責難之外，異議方案遭受的最大批評是轉嫁法院調查義務。BGHSt 38, 214異議方案，若扣除類比五則無關緊要的裁判，箇中理由就是其謂異議方案「符合辯護人的特別責任與其應具備闡明、揭發告知瑕疵及分辨主張證據使用禁止是否有助於合理辯護之能力。」²⁶⁶「辯護人基於為被告利益及一定公益之角色功能，自應本乎職業倫理探究案情，盡其忠實辯護誠信執行職務之義務」²⁶⁷，因此，可以期待辯護人依專業細心注意個案證據禁止的主張可能性，也無所謂辯護人訴訟疏失絕不可由被告承擔不利益的說法（例如逾時上訴或未聲請必要證據），就此而言，BGHSt 38, 214將異議方案建立在辯護人專業責任似乎不無道理。可是，如果辯護人被指摘疏失未履行的訴訟行為，本來應是法院依法應善盡的調查作為，這筆帳還能算在辯護人頭上嗎？

德國與我國一樣，刑事法院負有對被告有利不利一律注意的客觀義務（§ 244 II StPO；比較我國刑訴第二條、第一六三條第二項），程序瑕疵與證據能力之有無也屬法院在客觀義務內應依職權調查之事項。然而，異議方案卻讓辯護人實際上承擔了本應由法院遵守的訴訟責任。如此一來，程序瑕疵及證據禁止將不再由法院依職權調查，而是改為如同民事訴訟抗辯（Einrede）須以當事人提出指摘為斷，辯護人還要監督訴訟程序有無合乎法定程序。這樣的異議程序，比較適合在訴訟資料由當事人支配處分的當事人程序，在法院仍有義務職權調查的德國刑訴顯得格格不入，易言之，「即

²⁶⁵ Tolksdorf, aaO. (Fn. 160), S. 265

²⁶⁶ BGHSt 38, 214, 225 f.; Roxin, Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsultation in der neuesten Rechtsprechung, JZ 1997, S. 346.

²⁶⁷ 97年度臺上字第561號判決。

便被告或其辯護人未提出指摘，證據禁止仍須依職權考量，異議制難以切合深刻影響德國刑訴的職權調查原則」²⁶⁸。因此，法院有法定義務應依職權主動調查訴訟程序瑕疵及證據禁止，不可將調查責任轉嫁由辯護人承擔，一旦轉嫁出去，也違反法院身為法律守護者而應維護法律的法治國地位²⁶⁹。況且，學界警告，德國法院將調查義務轉由辯護人承擔，若其未盡職責，辯護人疏失的不利益結果還是歸由被告承受，可能還會抵觸歐洲人權法院所宣示的「內國應承擔有效辯護的輔助責任」²⁷⁰。

(三)異議方案其他問題

最後，簡單交代四點旁枝問題。第一，BGHSt 38, 214設定異議期限，須在德國刑訴第二五七條第一項證據調查完畢之前，若逾時，例如言詞辯論階段才行主張，異議便失效。正確而言，異議期限的說法並不正確。實際上，德國刑訴第二五七條第一項規定「證據調查完畢後應詢問被告有無意見」，立法目的在保障被告聽審權，使其得在每一證據調查之後直接提出意見，也可以直到被告最後陳述之前提出，法律根本無所謂「異議」、更未設定陳述意見「期限」的規定，法院也不可指示被告所有證據調查完畢之後才結辯²⁷¹。因此，所謂提出異議設有時限、逾時失權一事，不在德國

²⁶⁸ Bohlander, aaO. (Fn. 223), S. 505; Lesch, aaO. (Fn. 238), S. 162.

²⁶⁹ Beulke, aaO. (Fn. 14), Rn. 281; Fezer, aaO. (Fn. 63), S. 386 f.; Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 83-85; Kiehl, aaO. (Fn. 185), S. 502; Lesch, aaO. (Fn. 238), S. 162; Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 25), § 24 Rn. 34; Tolksdorf, aaO. (Fn. 160), S. 265.

²⁷⁰ Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 25), § 24 Rn. 34. 歐洲人權法院相關裁判，如 ECHR, *Artico v. Italy*, no. 6694/74, 1980, § 36; *Goddi v. Italy*, no. 8966/80, 1984, §§ 27, 30; *Lagerblom v. Sweden*, no. 26891/95, 2003, § 56.

²⁷¹ Fezer, Anm. zu BGH, Urt. v. 12.10.1993, 1 StR 475/93, JZ 1994, S. 687; Gleß, aaO. (Fn. 23), § 136 Rn. 84; Tolksdorf, aaO. (Fn. 160), S. 267 f.

刑訴第二五七條第一項規範之內²⁷²。第二，BGHSt 38, 214主張，異議方案對於被告雖無辯護人但「審判長已告知可對警詢自白之使用表示異議」卻未異議者，也同樣適用。這一點，如果法院調查義務都不能轉嫁給在德國被定位為司法單元的辯護人，又憑什麼要被告承受？BGHSt 38, 214「似乎忘了其先前自己提到維護被告權利的主張」²⁷³。第三，少數文獻認同異議方案²⁷⁴，理由是可藉此加強被告及辯護人地位，讓防禦方有左右法院判斷證據能力的機會²⁷⁵。這種說法似是而非，真要強化被告地位，「同意使用」不就是承認被告的證據處分權了嗎，何須求助可能不利於被告的異議方案呢？

第四點，證據禁止異議方案在德國實務有大幅擴張的現象²⁷⁶，但另一方面，實務證據禁止結論也常常不受制於異議方

²⁷² Tolksdorf, aaO. (Fn. 160), S. 268. 國內似有誤解：「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」（張永宏、陳昭龍，同註175，頁97），如本文所述，德國學說普遍反對異議方案，德國刑訴第257條也未規定異議方案。

²⁷³ Bohlander, aaO. (Fn. 223), S. 505.

²⁷⁴ 不同觀察：「對於聯邦最高法院意見，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有異議權時，卻未進行異議，補行同意權」（張永宏、陳昭龍，同註175，頁91），這樣描述易誤會成德國學界普遍贊同，其實支持異議方案者鳳毛麟角。附帶一提，該文引註出處為Roxin刑訴1995年24版中譯本（吳麗琪譯），惟1998年25版批評異議方案違反法院照料義務及法院應發現重大違反法治國規定的任務（Roxin, aaO. (Fn. 187)）。

²⁷⁵ 作此主張者，如Ignor, aaO. (Fn. 152), S. 190-194.

²⁷⁶ 限於篇幅與主題，本文略而不談，案例可參考BGHSt 39, 349; 50, 572. 近例如BGH, Beschl. v. 11.09.2007 - 1 StR 273/07, NJW 2007, S. 3587涉及維也納領事關係公約第36條第1項權利告知，討論眾多，新近可參閱Graf von Schlieffen, aaO. (Fn. 245), S. 808-812. 其他討論，請參閱Burhoff, Verteidigerfehler in der

案，新近如二〇〇七年宣告臥底警察違反不自證己罪探話應予以證據禁止²⁷⁷，論證完全不提異議方案。本文無法預測飽受學界抨擊的異議方案未來走向何處，僅在此提醒，猶如「法無明文即無證據禁止」翻版，只要有「無異議即無證據禁止」的證據禁止異議方案，再高規格的人權保護或縝密的證據禁止理論都將瞬間（因「未提出異議」）化為無形。BGHSt 38, 214已是前車之鑑，BGHSt 42, 14又是令人惋惜的一例：一九九六年，數名被告因在德國漢堡市殺人被捕。警察於夜晚對被告訊問，有先告知得選任辯護人諮商。被告表達想選任辯護人，但無一認識。警察遞給職業電話簿，被告從電話簿想找一位通曉義大利文的律師，但該名律師深夜無法聯繫。事實上，漢堡市有全天候的律師緊急服務站，惟警察故意隱瞞，接著訊問被告取得自白。聯邦最高法院第五庭雖然認為警察為促成被告受律師協助權利，有義務向被告告知律師緊急聯繫方式²⁷⁸，未盡協助義務而繼續訊問會導致證據禁止。遺憾的是，其話鋒一轉：由於審判期日有辯護人陪同在場的被告，未適時就偵查違法取得之自白提出異議，因此不生證據禁止²⁷⁹。

五、比較美國Miranda案

(一)BGHSt 38, 214對Miranda案路線的抉擇

BGHSt 38, 214結尾歷數各國（法、義、英、美、荷蘭與丹麥）違反告知義務的處理經驗。對此，德國教授Roxin當年評論，

Tatsachen- und Revisionsinstanz, StV 1997, S. 435; Meyer-Göbner, aaO. (Fn. 14), § 136 Rn. 25; Tolksdorf, aaO. (Fn. 160), S. 257.

²⁷⁷ BGHSt 52, 11 = BGH, Urt. v. 26.07.2007 - 3 StR 104/07, § 36.

²⁷⁸ BGHSt 42, 14, 19.

²⁷⁹ BGHSt 42, 14, 22-24.

「這麼做，對形成裁判沒有直接貢獻，也許會因此招受批評，惟批評應站不住腳」，「因為現代化的證據禁止理論並非德國特殊現象，而是刑訴所承認最上位之法律原則，得透過各國憲法深入內國訴訟法的一種國際發展內涵」²⁸⁰，BGHSt 38, 214顯示出「刑訴法——如同其他眾多法領域——在今日已不能在內國自我隔離下運作，有鑑於歐洲人權公約與歐洲人權法院影響，刑訴法必須持續與國際發展接軌，以符合歐洲基準。」²⁸¹BGHSt 38, 214將屆滿二十年，今日內國刑訴國際化現象則更甚以往，就在德國，「歐洲人權公約對內國刑事法的意義非同小可，而且也如同德國最新裁判所呈現之狀態，公約的基礎保障正在刑訴法一再扮演重大角色。」²⁸²我國已施行的公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法也是一例，讓我國刑訴法與已在全球一六六個國家生效的公民及政治權利國際公約²⁸³國際人權接軌（刑事程序特別是公約第十四條）。

不過，比較法或國際接軌並非意味自此暢行無阻，像國際人權公約只是條列式的人權清單，如「立即受審，不得無故稽延」²⁸⁴，若未進一步詮釋，人權頓成口惠不實。此時，國際區域甚至是單一國家的比較法觀察都有他山之石的研究價值²⁸⁵，惟應

²⁸⁰ Roxin, aaO. (Fn. 8), S. 924.

²⁸¹ Roxin, aaO. (Fn. 8), S. 924 f.

²⁸² Satzger, Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht - Grundlagen und wichtige Einzelprobleme, Jura 2009, S. 768. 德國慕尼黑大學教授Satzger還呼籲，歐洲人權公約不是一份「外邦」的法律文件，公約在德國刑事法的重要影響，每一位德國法律系學生都應按時掌握。

²⁸³ 資料來源：聯合國條約資料庫（<http://treaties.un.org>，最後瀏覽日：2010年7月8日）。

²⁸⁴ 公民及政治權利國際公約第14條第3項第3款。

²⁸⁵ 歐洲人權法院裁判可謂是取經典範之一，其在全球發揮可觀的影響力，但正

謹慎以對。就此而言，BGHSt 38, 214清楚認知其與享譽盛名的美國聯邦最高法院Miranda案異同。美國Miranda判決早在一九六六年就豎立警察「拘捕被告」(custodial interrogation)漏未告知緘默權的證據禁止²⁸⁶，理由為拘捕場景使被告受到心理強制狀態，故應踐行緘默權告知²⁸⁷。相較遲了二十餘年的BGHSt 38, 214則是處理警察「對交通事故之盤問」違反法定告知義務。本來BGHSt 38, 214可以見賢思齊援用Miranda拘捕標準，對不屬於拘捕訊問的「交通事故盤問」漏未告知不予證據禁止，或作相反抉擇，宣告違反緘默權告知之證據禁止不以拘捕時點為限，而答案顯然是後者，其謂「Miranda案強調證據禁止，具有特別重要意義。儘管如此，如根據Miranda案見解，本庭所處理的系爭提案將不生證據禁止之結果，原因是Miranda案主張之證據禁止僅適用在『拘禁訊問』」，「美國聯邦最高法院清楚表示，『一般交通攔阻』以及在馬路上詢問並不構成『拘禁訊問』。」²⁸⁸

(二)因地制宜的比較

BGHSt 38, 214抉擇不算意外。「訊問被告」應先踐行告知緘默權，德國乃是直接立法在刑訴法，拘束所有訊問人員，包含法官、檢察官及警察 (§§ 136, 163a, 243 StPO)，這與美國透過Miranda判決豎立警察權利告知義務不同，因而，德國聯邦最高法院

因如此，維護被告享有合理審判權利的歐洲人權法院自噬案源湧現、審判遲延之苦。請參閱Meyer-Ladewig/Petzold, 50 Jahre Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, NJW 2009, S. 3750, 3754.

²⁸⁶ U.S. Supreme Court, *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966).

²⁸⁷ 王兆鵬，刑事訴訟講義，頁353-354，2009年9月4版；林裕順，偵查階段供述證據保全的法理探討——以刑訴第158條之2第2項為中心，月旦法學雜誌，149期，頁95，2007年10月；張永宏、陳昭龍，同註175，頁88。

²⁸⁸ 上文【伍、二、(五)】。

就違反告知法律效果的討論，不可能只專就「警察拘捕被告」的情景，本文引述含BGHSt 38, 214在內的幾則德國告知義務關鍵裁判就無一與拘捕訊問有關。

此外，**抑制違法偵查**也非德國聯邦最高法院採取違反告知應證據禁止的理由，或者說，這幾則裁判絲毫不列為判斷基準。宣示告知義務告別訓示規定說的BGHSt 25, 325，處理案情是「審判程序」漏未告知，若要懲戒也是鎖定事實審法官，而非偵查機關；主張警詢違反告知不應證據禁止的BGHSt 22, 170及BGHSt 31, 395，字裡行間看不出有導正警察紀律之必要，即便BGHSt 38, 214才表達警詢違法應證據禁止，其探求的是告知義務規範保護目的，不是圖求以儆效尤才採取證據禁止。更何況，BGHSt 38, 214容許被告訊問前已知悉緘默權及明示同意均可作為違反告知證據禁止之例外，這兩種情形警察漏未告知仍是違法失職，倘要貫徹抑制違法偵查，也該導致被告陳述證據排除才對²⁸⁹。以上在在看出，BGHSt 38, 214固然比較了美國*Miranda*判決及其他國家制度，德國聯邦最高法院最終決定「證據禁止始於被告訊問而非拘捕時點」及自創異議方案，是該院攻錯他山之石後因地制宜的產物，雖然利弊互見，起碼不是純粹異地移植比較法而已。

柒、我國緘默權告知義務之證據禁止規定

視野拉回我國。在我國，可作為緘默權告知義務證據禁止的法律依據是刑訴第一五八條之二第二項與第一五八條之四，在緘默權告知義務脈絡裡，兩者各遭逢程度不一的責難。

²⁸⁹ Amelung, aaO. (Fn. 185), S. 455; Bradley, aaO. (Fn. 179), S. 107.

一、刑訴第一五八條之二第二項

(一)「司法警察(官)詢問拘捕被告」的立法正當性

我國刑訴第一五八條之二第二項(準用同條第一項)規定,司法警察(官)²⁹⁰詢問受拘捕之被告(或犯罪嫌疑人)時,違反緘默權告知所取得被告之自白(及其他不利之陳述),不得作為證據,但經證明其違背非出於惡意,且該自白係出於自由意志者,不在此限。這項規定被理解為司法警察(官)詢問受拘捕之被告違反緘默權告知,自白原則上證據禁止,而司法警察(官)違背出於善意「且」自白具自由意志(任意性)者為例外²⁹¹。就證據禁止之適用範圍來看,第一五八條之二第二項效力並非始於任何訊問人員在任何訊問階段違反告知,而是侷限在「司法警察(官)詢問拘捕被告」的時點。然而,同法第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告知緘默權」,此告知義務始於訊問被告,並不區分被告應訊到場原因,強制(拘捕)或任意(通知或傳喚)到場皆然。第一五八條之二第二項特地挑選其中一種訊問情節明示證據禁止,難免質疑立法者明示其一、排除其他訊問情節的正當性何在?

查對第一五八條之二第二項立法理由「為使檢察事務官、司法警察(官)確實遵守第九十五條第二款、第三款之權利告知義務,

²⁹⁰ 條文規範對象有三:檢察事務官、司法警察官與司法警察,本文統稱為司法警察(官)。1999年立法增訂「檢察事務官」新職,於執行偵查權限時,「視為刑訴第230條第1項之司法警察官」(法院組織法第66條之3第2項),但刑訴多數條文又將檢察事務官與司法警察官並列(如第158條之2),實屬多此一舉。

²⁹¹ 王兆鵬,同註287,頁326:「第158條之2第2項準用第1項但書規定,……。此一但書規定應由檢察官舉證,應同時證明『善意』及『自由意志』二要件」;林鈺雄,同註9,頁178。

若其等詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人，違反上述規定時，應準用第一項之規定，爰一併增訂第二項予以規範」，假設立法者就是刻意鎖定司法警察（官）促其守法，又為何獨挑詢問「拘捕被告」違法才課予訴訟效果？用個比喻，等於在講「為使駕駛人確實遵守紅燈號誌」，故僅處罰「直線加速」闖越紅燈者，放過紅燈右轉等等違規情形，立法者所動用的局部手段根本無法全面囊括其宣稱的立法目的²⁹²。實際上，第一五八條之二第二項規範情節不是空前絕後的立法例，其符合美國Miranda案意旨²⁹³，只是立法說明不提罷了。若比較緘默權告知規定與我國相似的德國，BGHSt 38, 214對Miranda案的因地制宜謹慎分析²⁹⁴，相對於我國第一五八條之二第二項直接異地移植Miranda案，無法完全解決我國告知義務問題²⁹⁵，「遂形成了一大段被告緘默權保障的空窗期」²⁹⁶，以致於

²⁹² 但真正立法者可能不是立法院，2003年「新法的『立法理由』，根本不是立法理由，而是立法條文通過之後，非立法機關（司法院、行政院法務部）事後東增西添、補充而成的『主觀參考說明』而已」（林鈺雄，刑訴第158條之4的平台定性——以最高法院裁判為例證，台灣法學雜誌，140期，頁34-35，2009年11月15日）。

²⁹³ 相同觀察者，如林鈺雄，歐式米蘭達——歐洲人權法院Allan裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學雜誌，72期，頁130，2005年7月：「美國米蘭達告知的適用範圍僅以拘捕（禁）的被告為限（這點，也表現在2003年我國刑訴第158條之2第2項的立法），因此，形成的後果是，在警方已經鎖定特定嫌疑人，也就是刑事被告地位已經形成之後但發動逮捕拘禁之前，嫌疑人對警方的陳述並不受米蘭達告知的保障」；林裕順，同註287，頁94：「雖然立法者增訂本條文並未說明上述區別的理由，然比較法上參考美、日法制似可發現相同規範意旨」；張永宏、陳昭龍，同註175，頁96；王兆鵬，同註287，頁354。

²⁹⁴ 上文【陸、五】。

²⁹⁵ 吳巡龍，同註10，頁100：「因為被拘捕的嫌犯身體於警察實力支配之下，警察才有告知Miranda Warning義務，對於一般通知到案之嫌犯或其他未被拘捕之嫌犯問話，嫌犯身體未受拘束，警察並無告知義務。此點與我國刑訴第95

其他違背緘默權告知情節，例如警察未對通知到場之犯罪嫌疑人告知或司法官漏未告知，遂落入是否適用第一五八條之四或回頭類推第一五八條之二第二項的混亂場面²⁹⁷。

瞭解可能的立法由來及規範銜接漏洞後，仍然要面對如何適用法律的問題。不容諱言，Miranda案對於拘捕被告之權利告知，雖然適用範圍狹窄，但立意本身良善。偵查程序「警察初次詢問，被告多半未有準備、沒有提供建議之人，一般也被隔絕於其所信賴之環境之外，困惑與置身不熟悉的氛圍環境而受壓迫或畏懼者，所在多有」²⁹⁸，偵查中強制拘捕到場接受訊問的被告，面對突如其來的訊問場景，即便有辯護人在場協助，也降低事先充分諮商的可能性，防禦條件終究不如任意到場²⁹⁹，更比不上有更多權利保障的

條不論被告或犯罪嫌疑人是否被拘捕，偵訊人員問話前均有告知義務不同。另外，在美國，只有警察有Miranda Warning告知義務，檢察官及法官並無告知義務，此與我國法規定所有訊問被告、犯罪嫌疑人之人員均有告知義務亦不相同。但美國檢察官角色僅相當於我國公訴人，偵查中並不負責偵訊嫌犯，比較時應特別注意此區別。」

²⁹⁶ 林鈺雄，同註293，頁130；林裕順，同註287，頁96：「偵查階段犯罪嫌疑人緘默權保障的刑訴機制，不分偵訊實施者為檢察官或司法警察，原有一致的基準。故第158條之2第2項的適用對象侷限司法警察，若從以上之論述似難認同。」

²⁹⁷ 下文【柒、二】。

²⁹⁸ BGHSt 38, 214, 221 f.

²⁹⁹ 林裕順，同註287，頁95：「偵訊的一方在擁有偵查權能的強大支援下，在犯罪追訴過程總是立於主導性的優勢地位。且在逮捕等人身自由受限下，受壓抑之犯罪嫌疑人，心理狀況非比平常可保持平穩狀態。偵訊過程往往形成單向式地操作，而有利偵訊者取得犯罪嫌疑人供述。也因此，法律設計上處理偵查機關與供述者之互動規範，應特別考慮『特殊環境』之情狀，以兼顧受偵訊者之防禦立場」；98年度臺上字第4209號判決：「第95條第3款、第158條之2第2項亦定有明文。之所以如此立法，當係被告或犯罪嫌疑人臨時受拘提或逮捕，一時難免惶惑，不知所措，為保障其訴訟上之防禦權，期使司法警察

審判訊問³⁰⁰。而且，實際拘捕被告者是偵查第一線的司法警察（官），也多半不是司法官。準此，純就司法警察（官）詢問拘捕被告而言，第一五八條之二第二項本文並無不妥³⁰¹。只不過，肯定了第一五八條之二第二項本文立法正當性，不等於認同了該條項但書。此外，「司法警察（官）詢問拘捕被告」以外的其他違反緘默權告知的訊問場景，第一五八條之二第二項也沒有提供答案，就筆者觀察，樞紐會在同法第一五八條之四證據禁止一般規定。

（二）走出善意例外——「違背非出於惡意」

依第一五八條之二第二項但書，證據禁止例外條件之一是司法警察（官）違背告知非出於惡意，立法理由謂參考美國Leon案的「善意例外」（good faith）³⁰²。這毋寧是被我國立法者誤植的比

（官）確實遵守此一告知之程序，以保障人權」（簡評，請參閱林裕順，權利告知乃莊嚴的承諾——實質有效辯護之國家宣誓，台灣法學雜誌，152期，頁96以下，2010年5月15日）。

³⁰⁰ Fezer, aaO. (Fn. 89), S. 341 f.; Meyer, aaO. (Fn. 69), S. 567; Paulus, aaO. (Fn. 139), S. 295; Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 25), § 24 Rn. 31.

³⁰¹ 相同看法，如林裕順，同註287，頁97：「藉由以上論述強調『犯罪嫌疑人』因『逮捕或拘提』到場者，緘默權保障的機制最具實益。現行法第158條之2第2項的規範要件，限定『拘捕到場』的『犯罪嫌疑人』方有適用，實有相當法理論據。」請比較王兆鵬，同註287，頁354：「自拘捕後的警訊實務、拘捕後的被告心理狀態、舉證責任分配法理等面向而言，被告在拘捕後受警察訊問時，應推定構成『事實』上的『強迫』，此一強迫雖然未必符合第156條第1項之脅迫，但構成不自證己罪及緘默權所禁止之強迫，至於該強迫是否為大多數人所認可，是否為文明的方式，則非所問。被告在此充滿『事實』上『強迫』之環境所為自白，應推定係違反不自證己罪及緘默權之產物，原則上不得為證據。」

³⁰² 立法理由：「……爰參考美國聯邦最高法院在*U.S. v. Leon*一案中所創設之『善意例外』原則，於第1項設但書之規定，以兼顧公共利益之維護及真實之發見。」

較法例。美國Leon案³⁰³，案情為警察依據線報，向治安法官聲請搜索票獲准並扣得毒品，被告向法院聲明異議，質疑搜索票合法性，下級審法院審查結果認為，警方據以聲請搜索之密報內容過時且可信度不足，不具備發動搜索的「相當理由」要件，裁定該次搜索違法，扣押毒品應無證據能力。案經上訴，美國聯邦最高法院以六比三逆轉原審判決，認為證據仍有證據能力，理由是：無法期待警察對於治安法官核發搜索票有無違法一事進行審核，對於法官核發的搜索票，警察予以信賴乃是客觀合理之事，基於「善意信賴」搜索票而搜得的證物，應符合聯邦憲法第四增修條文「不得不合理搜索扣押」之規定。從Leon案脈絡可知，其揭示的善意例外是針對非法搜索之證據排除例外³⁰⁴，這「與違背禁止訊問規定而取得供述證據之情形，應分別以觀」³⁰⁵，然而，第一五八條之二第二項但書卻將善意例外套用在自白供述證據。更摸不著頭緒的是，告知義務

³⁰³ U.S. Supreme Court, *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984). 請參閱林輝煌，論證據排除——美國法之理論與實務，頁150-159，2003年9月1版；王兆鵬，同註287，頁49-50；李榮耕，善意例外法則，台灣法學雜誌，145期，頁173，2010年2月1日。

³⁰⁴ 美國善意例外所提到含Leon案在內的5個裁判，都是針對搜索而發，請參閱李榮耕，同前註，頁173-174。

³⁰⁵ 朱石炎，刑事訴訟法論，頁150，2009年8月2版；王兆鵬，同註287，頁326：「惟英美法『善意例外』係適用於『物證』之排除，告知義務違反之自白排除，應適用『公眾安全』例外」；類似主張，但所理解的Leon案略有出入者，如張永宏、陳昭龍，同註175，頁96：「增訂第158條之2，最令人難以置信的是引進所謂『善意例外法則』，……，惟查美國聯邦最高法院於*US v. Leon*案，所建立的善意例外法則，係針對聯邦憲法增修條文第4條的解釋，係指當涉及公共安全，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，尚無任何實務意見認為可以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。」

立法模式與我國相近的德國，有文獻也曾疑問能否將Leon案善意法則作為違反Miranda告知的證據禁止之例外，而以「Leon案只能侷限在違法搜索之例外來理解」予以否定之時³⁰⁶，我國立法者卻能創意的將美國Miranda案與Leon案組裝成第一五八條之二第二項證據禁止之原則與例外。

比較法繼受瑕疵，不但使他國立法例平白招受誤會，也讓我國法制成了實驗白鼠。如果第一五八條之二的「違背非出於惡意」，即立法理由所稱的「善意例外」，而原來的Leon案善意例外卻又非針對自白供述，那麼，警察違背告知義務「非出於惡意」究竟所指為何？我國法恐怕要自尋出路。可供選擇的路徑有二，其一，Leon案本土化，當Leon案「善意例外」連結到告知義務，會變成警察基於善意信賴誤認為詢問拘捕被告不予告知緘默權乃法律許可之事，無導正紀律或抑制違法偵查之必要，故無須證據禁止。姑且撇開美國緘默權告知的「公眾安全」例外³⁰⁷，也不談導正紀律始終不是我國法證據禁止最優先目的，當警察對「拘捕被告」展開詢問，被詢問者的被告地位已具體形成，而非遊走在證人或被告之間的模糊地帶，警察卻可以天真到善意信賴當下並無告知義務？我國施行十餘年的緘默權告知義務，要說警察以為詢問「拘捕被告」無庸告知，實在牽強³⁰⁸。Leon案內化到我國法告知義務看來是亡路歧途。

第二條思路，則是就「違背非出於惡意」本土化，跳脫立法者

³⁰⁶ Salditt, 25 Jahre Miranda - Rückblick auf ein höchststrichliches Experiment, GA 1992, S. 63.

³⁰⁷ 詳細請參閱王兆鵬，同註287，頁326；吳巡龍，同註10，頁101。

³⁰⁸ 98年度臺上字第4209號判決：「第93條、第95條及第158條之2已分別於民國86年12月19日、92年9月1日公布施行，至97年6月間已行之經年，當為辦理刑事偵查之司法警察（官）所明知。」

援引Leon案善意例外的邏輯。如此一來，如何理解「惡意」成了關鍵所在。惡意（bad faith），相當於蓄意、恣意，「明知而有意為之，自屬惡意」³⁰⁹，其運用結果，從公平審判原則而言也合理，司法警察（官）惡意違反告知義務，明知故犯取證，當無容許證據使用之理³¹⁰。相較於善意例外，詮釋「惡意」並不棘手，而且解釋法律文義本屬適用法律無從迴避的第一步，因此，第一五八條之二規定的「違背非出於惡意」解釋為非蓄意違法、非恣意違法或非明知故犯，均無不可，惟為與無法銜接的善意例外法則區隔，「違背非出於惡意」絕不是指「善意信賴以為合法」。

（三）「自由意志」要件不等於自白任意性

「非出於惡意」僅是第一五八條之二第二項但書條件之一，還須結合另一法定條件「被告陳述出於自由意志」。被告自由意志在

³⁰⁹ 98年度臺上字第4209號判決；99年度臺上字第1441號判決：「第158條之2第1項規定即明，上揭例外，即屬學理上所稱之『善意例外允許原則』之一種。所謂惡意，係對於違背禁制規定之作為，具有直接之故意，其判斷應依該詢問過程與相關之外在附隨條件客觀認定之，例如詢問前，是否已掌握得強而有力之非供述性表面證據？詢問中，詢答雙方互動之態度、語氣、聲調是否正常？有無律師陪同在場？詳言之，倘犯罪嫌疑人或被告已遭搜獲諸多不利之證物，且有律師陪同進行警詢程序，嗣在不知不覺之和緩氣氛中，從白天繼續至夜間者，尚難認為司法警察（官）具有惡意取供情形」；法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第84條：「非明知而故意違法。」其他解釋，如陳運財，被告接受辯護人援助之機會，月旦法學教室，24期，頁119-120，2004年10月：「係指不可歸責於司法警察人員而言，司法警察人員如有故意或因過失而漏未告知者，均屬可歸責，並非善意」；王兆鵬，同註287，頁326：「違背非出於『惡意』，並非指警察未告知是否出於良善動機之意，而是只因為有緊急事由，有更重大的利益需要保護，致警察未履行告知義務。」

³¹⁰ 林鈺雄，同註9，頁586：「當國家追訴機關明知故犯，不惜以違法手段為代價而取證者，已經違背公平審判原則保障之最低限度，應即禁止使用證據，法官並無權衡之餘地。」

我國刑訴並不陌生，通常聯想到第一五六條第一項（及第九十八條）禁止不正訊問，其主要目的在保障被告自由意志（或稱自由意思、自白任意性）³¹¹。可是，把第一五八條之二「被告陳述出於自由意志」看作第一五六條保障的「被告自由意志」時³¹²，會面臨條文體系及立法必要性的質疑：第一五八條之二「自由意志」例外要件是否為贅文？理由在於，違反第一五八條之二規範之訊問規定（請參閱同法第九十三條之一、第九十五條及第一〇〇條之三）取得的自白，如不具任意性，本來就能且應構成不正訊問，落入第一五六條第一項而絕對證據禁止³¹³。換言之，唯有違反第一五八條之二規範之訊問規定卻仍具「任意性」之自白，始不適用第一五六條第一項³¹⁴，也才能進階檢驗是否適用第一五八條之二。按此推

³¹¹ 95年度臺上字第3894號判決。

³¹² 如王兆鵬，同註287，頁396：「第158條之2第2項自白排除之理論依據，並非意謂警察未為權利告知，即代表該自白為非任意性自白。真正的理論基礎是為預防一般被告的非任意性自白成為證據、節省訴訟資源、避免法院判斷錯誤，在警察未為權利告知時，一律『推定』被告之自白為非任意性而予以排除。依該條第2項準用第1項但書規定，如檢察官能證明『警察程序違反非出於惡意』，且『自白或陳述係出於自由意志』者，該未為權利告知之自白，仍得為證據。準此法理，未為權利告知之自白，係推定為非任意性自白。」

³¹³ 實例如92年度臺上字第4003號判決：「倘檢察官於偵查中，蓄意規避踐行刑訴第95條所定之告知義務，對於犯罪嫌疑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」；98年度臺上字第6024號判決：「夜間詢問是否已達『疲勞詢問』，應依個案情節綜合考量，如司法警察詢問之時間、犯罪嫌疑人之精神狀態、有無適當休息及詢問地點之環境狀況等為斷。倘於夜間詢問已該當刑訴第98條所禁止之疲勞詢問等不正方法時，縱係經犯罪嫌疑人同意為之，所取得之自白，依同法第156條第1項規定，仍非屬任意性之自白，應認無證據能力。」

³¹⁴ 黃朝義，同註17，頁473：「若違反夜間訊問，其『強度』已達刑訴法第98條

論，能進入第一五八條之二檢驗的自白證據，其前提必為具備自由意志之自白，倘違反第一五八條之二列出的訊問取證規定取得之自白不具任意性，早就因第一五六條第一項而排除證據能力，根本不會也無庸落入第一五八條之二再次審查。運作下來，第一五八條之二司法警察（官）「違背非出於惡意且自白出於自由意志」例外，說穿了，只有「違背非出於惡意」才是唯一要件，至於自白任意性本來已通過第一五六條第一項之檢驗而不待審查，我國立法規定混淆體系且略嫌贅庸³¹⁵。

倘如前述，將第一五八條之二「被告自由意志」理解為第一五六條第一項保障的自白任意性，以致於不待檢驗，但書唯一要件僅剩「非出於惡意」，那麼，第一五八條之二第二項會變成一場新災難：司法警察（官）詢問拘捕被告漏未告知緘默權，只要其非出於「惡意」（明知故犯），自白便有證據能力。循此以解，警察對格外有防禦必要性的拘捕被告進行詢問，**疏忽**漏未告知緘默權，不管是法律專業不足或找不到有告知例稿的詢問筆錄（甚至是電子範本），都可依法例外取得證據能力。這結果一來牴觸告知義務規範目的，即立法者預設被告不知權利才課予追訴機關告知義務，縱使被告知悉緘默權，國家在現行法規範下也不能免予告知³¹⁶，而從未預設法律專業不足或設備欠缺的訊問人員得免除該義務；二來，

之『不正方法』，應認該自白不具任意性，其法律效果應係第156條第1項，絕對無證據能力，換言之，本條（按：第158之2第1項）之適用前提係違反夜間訊問，但該自白非出於『不正方法』，仍具任意性。刑訴法第158條之2第1項但書之規定，於解釋上似乎產生相當大之矛盾。」

³¹⁵ 陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，月旦法學雜誌，113期，頁35，2004年10月：「本屬刑訴法第156條第1項自白任意性法則之規範問題，實無庸多此一舉放在本項但書，如此規定反而混淆了任意性與違法排除之間的概念區別」；林鈺雄，同註9，頁178。

³¹⁶ BGHS5 38, 214, 224 f.

「非明知故犯」能有證據能力，正好暗示警察不知告知義務而違反者將不生證據禁止，越有專業素養的警察違反者反而會證據禁止，這絕對是一場鼓勵反智的新災難。

以上分析可知，「被告自由意志」取捨各有難處。因此，本文建議在現行法架構下，可對第一五八條之二第二項「被告陳述出於自由意志」，從緘默權告知義務規範保護目的加以詮釋，而非連結第一五六條第一項自白任意性³¹⁷。對於已知悉緘默權之拘捕被告，警察違反告知取得自白者，並不損及告知之規範保護目的——「促使被告知悉緘默權情況下，自由決定陳述與否」，亦即，被告是在緘默權已受到維護下依自由意志作出陳述（如有不正訊問方法介入，又另當別論），正如BGHSt 38, 214所述，開始訊問前未經告知即已知悉權利者，對其法律保護之必要性不等同於其他未知悉緘默權之人，對於已知悉緘默權之被告，固然仍應依法踐行告知，但若未告知，卻可例外不生證據禁止³¹⁸。至於「被告是否訊問前已知悉緘默權」成為程序爭點時，可作如下參考³¹⁹：第一，應依個案審查，沒有普遍經驗法則可認定哪些特定類型的被告（如前科犯）必然知悉緘默權。第二，被告在辯護人陪同在場下向警察陳述者，固然通常預設被告已知悉緘默權，但仍可基於事實根據存疑。第三，僅懷疑被告訊問時已知悉緘默權，應依告知義務規範目的認為被告

³¹⁷ 我國最高法院已在選任辯護人之告知方面，作類似表態，如98年度臺上字第7082號判決：「第95條第3款規定（略）；該條款之規定，依同法第100條之2之規定，於司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人時，準用之。此項告知，既攸關被告或犯罪嫌疑人對辯護人之倚賴權之保護，即非以形式踐行為已足，應以使被告或犯罪嫌疑人得以充分瞭解此項權利，並決定在該情況下接受訊問，且基於充分自由意思決定接受或放棄辯護人之援助，為其必要。」

³¹⁸ 上文【伍、二、(三)、1.】。

³¹⁹ 上文【陸、二、(一)】。

不知悉權利；畢竟告知義務之立法乃預設被告不知悉權利，「是否知悉」有疑，選擇利於被告方符合告知義務立法意旨。近年來我國最高法院裁判數則程序有疑利於被告觀點，正可相互輝映³²⁰。

綜合上述，本文認為，第一五八條之二第二項違反告知例外不予證據禁止的兩個要件「違背非出於惡意」及「被告自白出於自由意志」，可依公平審判原則及告知義務規範保護目的解釋為：司法警察（官）詢問拘捕被告違背緘默權告知規定者，僅在非蓄意（或非恣意、非明知故犯）違背且被告詢問前已知悉緘默權時，自白始例外不予證據禁止。

二、刑訴第一五八條之四

（一）適用範圍：供述證據與非供述證據

簡單一個開場問題：司法警察（官）對於任意到場之被告漏未告知緘默權取得之自白，有無證據能力？美國Miranda案拘捕訊問情景裡沒有答案，或者說不予證據禁止，德國BGHSt 38, 214會說原則上證據禁止，但要注意異議方案。這些只是比較法的參考，無法代答我國法問題。承上所述，第一五八條之二第二項緘默權告知義務證據禁止之適用範圍，未普遍適用於任何訊問人員在任何訊問階段違反告知，而是侷限在「司法警察（官）詢問拘捕被告」，這造成其他不屬第一五八條之二第二項設定的違背告知情景，取得之自白有無證據能力的爭議，開頭問題只是其中一例。所幸，還有同法第一五八條之四作為一般性證據禁止的實定法依據，避免重蹈德國聯邦最高法院對相同問題爭辯「法無明文」混亂三十年的

³²⁰ 如94年度臺上字第275號判決、94年度臺上字第1252號判決、95年度臺上字第4917號判決。

覆轍³²¹。

第一五八條之四規定「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」在告知義務脈絡裡，首當其衝的發難是：第一五八條之四是否僅適用於非供述證據，而不適用供述證據？儘管從文義及多數觀點，均將第一五八條之四證據禁止一般條款適用在供述與非供述證據³²²，比較法上也有跡可尋³²³，但國內主張其不適用於供述證據的少數聲音一直存在³²⁴，

³²¹ 上文【肆、二、(三)】。

³²² 實務如92年度臺非字第177號判決：「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日總統令公布之修正刑事訴訟法第158條之4規定（略），予以處理」；97年度臺上字第225號判決：「犯罪嫌疑人並非受拘提、逮捕等違反其意志之強制力拘束而到場接受司法警察官或司法警察之詢問，與刑事訴訟法第158條之2規定之要件不符，而無該項規定之適用，然而該自白既仍屬實施刑事訴訟之公務員因違背法定程序所取得之證據，其有無證據能力之認定，自應依同法第158條之4規定」；98年度臺上字第7082號判決。文獻如黃惠婷，另案監聽，月旦法學教室，26期，頁121，2004年12月（違法監聽）；陳運財，同註309，頁120（違法限制被告與辯護人接見權利取得之自白）；吳巡龍，審判外指認之證據能力與「門山指認法則」——兼評最高法院92年度臺上字第2978號判決，月旦法學雜誌，123期，頁261，2005年8月（違法指認）；楊雲驊，未盡證人拒絕證言權之告知義務與證據能力，月旦法學教室，56期，頁17，2007年6月（違反告知證人拒絕證言權）。

³²³ 類似我國證據禁止階層的比較立法例也這樣主張，例如瑞士2011年施行新刑訴，證據禁止採三級設計（絕對與相對禁止及不禁止），樞紐條款為該法第141條。條文可在瑞士聯邦政府網站下載（<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2007/6977.pdf>，最後瀏覽日：2010年7月8日）。

³²⁴ 王兆鵬，論新法之證據排除法則，載：新刑訴、新思維，頁19-20，2004年10月：「新法第158條之4乃針對『具真實性』之『物證』排除而設，而非針對『真實性可疑』之『供述』證據而設」；黃朝義，修法後準備程序運作之剖析與展望，月旦法學雜誌，113期，頁17，2004年10月：「一些誤解或不知證

若誠如其言，則第一五八條之二第二項「司法警察（官）詢問拘捕被告」範圍之外的違背告知情景，比如開場的問題，該何去何從？類推適用第一五八條之二第二項或許是一條出路³²⁵，可是，為數眾多的違法供述證據（例如違反罪名告知）動輒類推或無從類推（例如違反告知親屬拒絕證言權），匯涓成流卻捨道立法文義本無意排斥供述證據的第一五八條之四，實定法源束之高閣，這會是值得取徑的法律適用？準此，**第一五八條之四應適用於非供述證據及供述證據**，並不存在分隔的特殊道理。就違反緘默權告知效果的體系解釋而言，除了司法警察（官）詢問拘捕被告已有第一五八條之二第二項特別規定之外，其餘違反之訊問情節應一律回歸第一五八

據法則者認為，所謂之『權衡理論』其效力及於供述證據與非供述證據之見解更有問題。供述證據中，以被告自白為例，有無證據能力之判斷係以『有無』危害任意性之違法行為存在與否為主；相對地，非供述證據中，以證物之蒐集為例，有無證據能力之判斷係以違法之『輕重』為主。在處理供述證據與非供述證據之標準相當不同，不得混為一談。因此，在解釋上，刑訴法第158條之4所規定者應僅以『非供述證據』為適用對象；黃朝義，證據能力與證明力之區辨——兼評最高法院93年台上字664號裁判例等，台灣法學雜誌，141期，頁259，2009年12月1日；張麗卿，關係人變被告，月旦法學教室，73期，頁23，2008年11月。

325 黃朝義，自白與補強法則，日新，6期，頁135，2006年1月：「現行法下，不能適用刑訴法第158條之4，可能的解決途徑為類推適用第158條之2第2項。但第158條之2第2項本身在解釋論上亦有其盲點所在，類推適用的結果亦未令人滿意」；王兆鵬，同註287，頁366，註34：「依現行法第158條之2第2項規定，檢察官於訊問前未為緘默權之告知，所取得之自白，原則上無須排除。檢察官之訊問環境，有與審判的訊問環境類似，也有與拘捕後的警詢環境相同。如與審判的訊問環境類似，檢察官未為緘默權之告知，所取得之自白不應排除，第158條之2的結果並無錯誤。如與拘捕的警詢環境相同，檢察官未為緘默權告知所取得之自白，應導致自白排除之結果始為正確，惟此一結果似與第158條之2的『文字』抵觸。在實務之運用上，得類推解釋該條文規定，認為檢察官之偵訊環境與警詢環境同，原則上亦應排除違反告知義務所取得之自白。」

條之四討論。

(二)與第一五八條之二第二項法律適用關係

特別規定優先於普通規定是一般法律適用原則。第一五八條之四開言即稱「除法律另有規定外」，例如第一五六條第一項或其他法律等等，扣除這些特別規定，其餘才列入第一五八條之四審酌判斷³²⁶。然而，特別法與一般法的法律適用關係，無法充分投射到我國刑訴違法取證之證據禁止的法律階層。違法程序重大者絕對禁止使用、次之者相對禁止，輕者則審酌認定，階層本是層次分明，可是，就本文主題而言，第一五八條之二第二項所設定「司法警察（官）詢問拘捕被告違背告知」情景固然合理，但其他違反告知訊問情況，不管是不同訊問主體（司法官）或不同訊問時點違反告知取得之自白，其證據能力的認定標準未必低於第一五八條之二第二項。

舉例來說，不正訊問證人證詞的證據能力，由於二〇〇三年修法刪除第一九二條「準用第九十八條」，以致於現行法須回歸第一五八條之四審酌認定，然而，假如審酌結果是證據能力可「有」或可「無」，不禁要問，同樣追求保障被告自由意志的第一五六條第一項是絕對證據禁止，為何證人自由意志被國家侵害，證詞有無證據能力卻能可有可無？於是，一般以「第一五六條第一項非任意性自白」同一法理（禁止強制取供原則）解決不當修法遺留的法理難題³²⁷。又如第一五八條之二另一種違法情節，即司法警察（官）詢問拘捕被告應告知得選任辯護人，司法警察（官）已行告知者固然不適用第一五八條之二，但辯護人到場後，警察刻意拖延，不遵

³²⁶ 96年度臺上字第3102號判決；98年度臺上字第1495號判決。

³²⁷ 林鈺雄，同註9，頁181；94年度臺上字第801號判決，新近如98年度臺上字第616號判決。

守應即時詢問之規定，於辯護人離去始加詢問，使被告未獲辯護人協助，「此種情形，較之於詢問之初未告知得選任辯護人，尤為嚴重」，「其所取得被告或犯罪嫌疑人之不利供述證據，難認有證據能力」³²⁸，換言之，回歸第一五八條之四的結果，其審酌標準還比第一五八條之二嚴格。

職是之故，違反緘默權告知義務應否證據禁止，扣除第一五八條之二第二項特定情景後，其餘訊問情節的法律適用樞紐條款正是第一五八條之四。藉由第一五八條之四的平台功能，將證據禁止理論內化為平台上的審酌因素予以活用（尤其是與已明文的絕對禁止或相對禁止對照）³²⁹，同樣可在特定案例獲致證據禁止的結論。我國最高法院對此操作模式並不陌生，例如「違反證人不自證己罪」³³⁰、「檢察官蓄意未告知緘默權」³³¹、「違法誘捕偵查」（陷害教唆）³³²或前述的不正訊問證人及妨礙被告受律師協助權，這些程序違法情形，其實都沒有法律特別明文應證據禁止，就正確法律適用而言，其檢驗必然回歸第一五八條之四，而豐富的證據禁止理論或比較法例正可藉由第一五八條之四回應實務變化萬千的證據禁止難題³³³。

³²⁸ 98年度臺上字第4209號判決；陳運財，同註309，頁120：「違反辯護人選任權之告知規定，依第158條之2第2項尚且原則上即導出排除自白之效果，則侵害辯護權之核心內容者，更應有排除法則之適用。」

³²⁹ 第158條之4平台定性，請參閱林鈺雄，同註292，頁17以下；98年度臺上字第4439號判決。

³³⁰ 96年度臺上字第1043號判決。

³³¹ 96年度臺上字第1723號判決。

³³² 裁判眾多，新近如99年度臺上字第3771號判決（暫不談證據禁止適當與否）。

³³³ 林鈺雄，同註292，頁38：「本條規定提供我國證據禁止法則的發展平台，開放未來學說競技與實務續造的空間，這也就是本文所稱的平台定性觀點。」

因此，違反緘默權告知義務取得之自白，除了第一五八條之二第二項特別規定之情形外，其餘違反應以第一五八條之四作為證據禁止理論或比較法例之討論平台，而且檢驗標準未必低於第一五八條之二第二項。第一五八條之四所參酌的比較法例，不論是美國聯邦最高法院Miranda案或德國聯邦最高法院BGHSt 38, 214均無不可，惟須注意異地移植也應因地制宜，Miranda案固然有值得讚佩之處，第一五八條之二第二項本文規範的「警詢拘捕被告」也承繼其長處，但Miranda案限於個案因素，以致對「非拘捕被告」無適用餘地³³⁴。準此，本文參酌BGHSt 38, 214，針對第一五八條之二第二項以外的其他違反緘默權告知義務的情節，應依據第一五八條之四先探求緘默權告知義務規範保護目的³³⁵，「當所違反之程序規定乃是為了保障刑事程序被告的程序法地位基礎而制定時，便應成立證據使用禁止」，「由緘默權之重要性可以得知，違反告知義務屬於重大之程序違法，被告所應享有無須作為對己不利證人的法治國利益會受到波及」，故違反緘默權告知取得之自白應證據禁止³³⁶。同樣基於規範保護目的，當國家漏未告知，惟被告訊問前已知悉緘默權而本於自由意志陳述者³³⁷，或訊問後知其證據禁止效果仍同意使用作為證據者³³⁸，均可例外賦予自白證據能力。至於BGHSt 38, 214自創的證據禁止異議方案「無異議即無證據禁止」，無論是欠缺法律基礎、造成訴訟拖延或轉嫁法院調查責任的

³³⁴ 上文【陸、五】。

³³⁵ 探求規範保護目的，我國最高法院已有相同作法，詳細請參閱林鈺雄，同註292，頁28-29。

³³⁶ 上文【陸、一】。

³³⁷ 上文【陸、一、(二)】。

³³⁸ 上文【陸、三】。

各方面缺失³³⁹，均為比較法負面殷鑑，故我國不應引進異議方案，以免重蹈覆轍。

捌、結 論

「刑事訴訟是社會秩序的倒影，而訊問被告可作為檢驗法治國程序規劃嚴謹性的石蕊試紙。」³⁴⁰緘默權告知義務是訊問被告一個重要程序步驟，因緘默權非眾所皆知之權利，告知義務得以確保公平審判程序，它是「法治國程序擔保」、「刑事訴訟法治國基本立場的象徵」³⁴¹。由緘默權之重要性可知，違反告知義務屬於重大程序違法，被告所應享有不自證己罪的法治國利益會受到波及³⁴²。違反這項法治國程序擔保該產生什麼訴訟效果，我國與有些國家相同，不僅制定告知義務，同時也規定違反應證據禁止（§§ 95②, 158之2Ⅱ, 158之4），但疑義接踵而至。本文嘗試以一九九七年我國增訂告知義務立法理由所參考的德國法規定，提供比較法觀察視野。

德國緘默權告知義務規定施行已久。自一八七七年帝國刑訴即立法明文，並在一九六四年修法變革告知方式而成現行法制（§136 StPO），然而，該國聯邦最高法院（BGH）與學界持續對話，直到一九九二年BGHSt 38, 214才肯認警詢違反緘默權告知應證據禁止。為瞭解BGHSt 38, 214何以在當年被德國教授Roxin評價為「德國刑訴最重要裁判」，本文從裁判背景談起。先交代德國立法規定（貳），接著介紹數則聯邦最高法院裁判，反映出該院一九六〇年

³³⁹ 上文【陸、四】。

³⁴⁰ Beulke, aaO. (Fn. 159), S. 180.

³⁴¹ BGHSt 14, 358, 364.

³⁴² BGHSt 25, 325, 331.

代將告知義務認為純屬訓示規定，違反不生證據禁止、亦不得上訴法律；再到一九七四年BGHSt 25, 325擺脫「訓示規定」魔咒，許可上訴法律審，惟僅限於違反審判程序之告知，不及於違反偵查之告知，德國學界驚愕之際，一九八三年BGHSt 31, 395甚至宣告警詢違反告知義務不生證據禁止（參）。這段過渡期間，學界不斷撰文評釋實務發展，提供改革理論平台（肆）。終在一九九二年，BGHSt 38, 214探求緘默權告知義務之規範保護目的，確立警詢違反緘默權告知應證據禁止（伍），也大致正面解決過去裁判留下的其他問題，重要者如證據禁止不以法有明文為必要，而應探求規範目的，又如被告訊問前是否已知悉緘默權，依自由證明程序調查仍有疑者，從有利於被告之認定。遺憾的是，BGHSt 38, 214雖有建樹，但其創設證據禁止異議方案「無異議即無證據禁止」卻自毀長城，議論至今不息。無論如何，BGHSt 38, 214「判決文采相當於學術著作，不僅參酌廣泛文獻，也有詳細的比較法說明，可謂提供了實務與學術對法律發展緊密合作的經典之作。」³⁴³（陸）

最後，本文回顧我國刑訴第一五八條之二第二項與第一五八條之四。就第一五八條之二第二項「司法警察（官）詢問拘捕被告」違反緘默權告知應證據禁止，本文肯定其承繼美國Miranda案之立法正當性。第一五八條之二第二項準用第一項但書，條件之一為警察「違背非出於惡意」，應走出立法理由所稱參考美國Leon案善意例外的重大錯誤移植，而從法律解釋得出「違背非出於惡意」係指非蓄意、非恣意或非明知故犯。第一五八條之二但書另一條件「被告陳述出於自由意志」，基於法律體系及告知義務規範目的，應非指第一五六條第一項所保障之自白任意性。理由是，違反第一五八條之二規範之訊問規定（§§ 93之1, 95, 100之3）取得的自白，如不

³⁴³ Roxin, aaO. (Fn. 8), S. 923.

具任意性，本來就能且應構成不正訊問而落入第一五六條第一項絕對證據禁止，換言之，唯有違反第一五八條之二規範之訊問規定卻仍具「任意性」之自白，始不適用第一五六條第一項，也才能進階檢驗是否適用第一五八條之二。運作下來，假如將但書所稱「被告陳述出於自由意志」解釋為自白任意性，第一五八條之二司法警察（官）「違背非出於惡意且自白出於自由意志」例外，只有「違背非出於惡意」才是唯一要件，將造成單憑警察「違背非出於惡意」即無庸證據禁止的鼓勵反智災難，故本文主張，但書「被告陳述出於自由意志」應指被告訊問前已知悉緘默權下依自由意志作出之陳述。

第一五八條之二第二項僅止於司法警察（官）詢問拘捕被告，其他違反情節，如被告任意到場或司法官違反告知，均另依第一五八條之四解決。本文先論述第一五八條之四應適用於非供述證據及供述證據。其次，就證據禁止理論或比較法例可透過第一五八條之四提供討論平台，參酌美國Miranda案或德國BGHSt 38, 214均無不可，惟須注意因地制宜。Miranda案限於「詢問拘捕被告」的個案因素，對「非拘捕被告」無適用餘地，故本文參酌BGHSt 38, 214，探求規範保護目的，得出違反緘默權告知取得之自白應證據禁止。同樣基於規範保護目的，國家雖漏未告知緘默權，惟被告已知悉緘默權且本於自由意志陳述者，或訊問後知其證據禁止效果仍同意使用為證據者，可例外不予證據禁止。至於BGHSt 38, 214首創之證據禁止異議方案「無異議即無證據禁止」，缺失甚多，我國不應引進，以免覆轍（柒）*。

* 補記：本文投稿之初即就證據禁止異議方案提出警告，未料一言成讖，請參閱99年度臺上字第1141號判決：「違背夜間訊問禁止規定所取得之供述證據資料，原則上雖然不得作為證據，但於證明其違背非出於惡意，且屬自由意志陳

述之例外情形，仍可作為證據，觀諸刑事訴訟法第158條之2第1項規定即明，上揭例外，即屬學理上所稱之『善意例外允許原則』之一種。所謂惡意，係對於違背禁制規定之作爲，具有直接之故意，其判斷應依該詢問過程與相關之外在附隨條件客觀認定之，例如詢問前，是否已掌握得強而有力之非供述性表面證據？詢問中，詢答雙方互動之態度、語氣、聲調是否正常？有無律師陪同在場？詳言之，倘犯罪嫌疑人或被告已遭搜獲諸多不利之證物，且有律師陪同進行警詢程序，嗣在不知不覺之和緩氣氛中，從白天繼續至夜間者，尚難認為司法警察（官）具有惡意取供情形。又此非出於惡意之證明，固應由檢察官負責提出，但犯罪嫌疑人或被告為此惡意抗辯之時機，仍非毫無限制，若其選任辯護人已經閱卷得悉，至遲應於最後事實審法院言詞辯論終結前主張之，斯能及早調查，並符訴訟經濟之要求，自無許在法律審中再事爭執。」

參考文獻

一、中 文

1. Robert Esser著，林鈺雄、王士帆譯，《東協憲章》基礎上的區域人權保護制度之發展——從歐洲觀點看國際法院裁判落實到內國刑訴，台灣法學雜誌，138期，頁65-75，2010。
Esser, Robert (Translator: Lin, Yu-Hsiung/Wang, Shih-Fan), The Development of a Regional System for Monitoring the Protection of Human Right on the Basis of the ASEAN Charter-From the Implementation of the Jurisprudence of International Tribunals to the National Criminal Law, a Contribution of European Perspective, Taiwan Law Journal, no. 138, pp. 65-75, 2010.
2. Christoph Gusy著，王士帆譯，歐洲人權法院裁判對德國之影響（下），司法周刊，1479期，2010。
Gusy, Christoph (Translator: Wang, Shih-Fan), The Influence of Judgements from the European Court of Human Rights to Germany (2), Judicial Weekly, no. 1479, 2010.
3. 王兆鵬，論新法之證據排除法則，載：新刑訴、新思維，頁1-23，2004。
Wang, Jaw-Perng, Discussion on the New Exclusionary Rule, in New Criminal Procedure and New Thinking, pp. 1-23, 2004.
4. 王兆鵬，刑事訴訟講義，4版，2009。
Wang, Jaw-Perng, Criminal Procedure Lecture, 4th ed., 2009.
5. 王士帆，不自證己罪原則，2007。
Wang, Shih-Fan, nemo tenetur: Privilege against Self-incrimination, 2007.
6. 朱石炎，刑事訴訟法論，2版，2009。
Jhu, Shih-Yan, Criminal Procedure, 2d ed., 2009.
7. 李榮耕，善意例外法則，台灣法學雜誌，145期，頁172-178，2010。
Li, Rong-Geng, Good Faith Exception Rule, Taiwan Law Journal, no. 145, pp. 172-178, 2010.

8. 何賴傑，訊問被告未全程連續錄音錄影之法律效果——評最高法院88年度臺上字第5073、5762、6752號判決及台北地院88年度訴字826號判決，月旦法學雜誌，62期，頁159-166，2000。
Her, Lai-Jier, The Legal Consequence of Non-Continuous Recording on Examination of Defendant, Comments on Supreme Court Judgments 1999 no. 5073, no.5656, no.6752 and Taipei District Court Judgment 1999 no. 826, Taiwan Law Review, no. 62, pp. 159-166, 2000.
9. 何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果（上），政大法學評論，111期，頁81-134，2009。
Her, Lai-Jier, Compulsory Defense on Criminal Investigation - Appointment and Effects (1), Chengchi Law Review, no. 111, pp. 81-134, 2009.
10. 吳巡龍，新法施行後錄音（影）有瑕疵時，被告筆錄證據能力的判斷及自白之證明，月旦法學雜誌，113期，頁66-80，2004。
Wu, Syun-Long, Defective Recording after The new Law Comes into Force: The Admissibility and Proof of Defendant's Confession, Taiwan Law Review, no. 113, pp. 66-80, 2004.
11. 吳巡龍，審判外指認之證據能力與「門山指認法則」——兼評最高法院92年度臺上字第2978號判決，月旦法學雜誌，123期，頁251-262，2005。
Wu, Syun-Long, The Admissibility of Outside the Trial Evidence and "Manson Test", Comments on the Supreme Court Judgment 2003 no. 2978, Taiwan Law Review, no. 123, pp. 251-262, 2005.
12. 吳巡龍，我國與美國證據排除實務運作之比較——兼評最高法院相關判決，台灣法學雜誌，141期，頁94-111，2009。
Wu, Syun-Long, The Exclusionary Rule: A Comparative Study between the U.S. and Taiwan, Taiwan Law Journal, no. 141, pp. 94-111, 2009.
13. 林裕順，偵查階段供述證據保全的法理探討——以刑訴第158條之2第2項為中心，月旦法學雜誌，149期，頁89-105，2007。
Lin, Yu-Shun, Legal Study on the Preservation of Statement Evidence in Investigation Stage, in Discussion on the Code of Criminal Procedure Subparagraph 2 of Article 158-2, Taiwan Law Review, no. 149, pp. 89-105, 2007.

14. 林裕順，權利告知乃莊嚴的承諾——實質有效辯護之國家宣誓，台灣法學雜誌，152期，頁96-101，2010。
Lin, Yu-Shun, Instruction to Rights is a Solemn Promise, The Commitment to the Effective Defense, Taiwan Law Journal, no. 152, pp. 96-101, 2010.
15. 林輝煌，論證據排除——美國法之理論與實務，2003。
Lin, Hui-Huang, Discussion on the Exclusionary Rule: Theory and Practice in American Law, 2003.
16. 林鈺雄，論告知義務——兼評台北地院88年度訴字第826號刑事判決，載：刑事法理論與實踐，頁177-288，2001。
Lin, Yu-Hsiung, Miranda-Warning, Comments on the Taipei District Court Judgment 1999 no. 826, in Theory and Practice of Criminal Law, pp. 177-288, 2001
17. 林鈺雄，歐式米蘭達——歐洲人權法院Allan裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學雜誌，72期，頁119-146，2005。
Lin, Yu-Hsiung, European Miranda, Comments on the Allan case of the European Court of Human Rights, Taiwan Law Journal, no. 72, pp. 119-146, 2005.
18. 林鈺雄，刑事訴訟法（上），5版，2007。
Lin, Yu-Hsiung, Criminal Procedure (1), 5th ed., 2007.
19. 林鈺雄，刑事訴訟法（下），5版，2007。
Lin, Yu-Hsiung, Criminal Procedure (2), 5th ed., 2007.
20. 林鈺雄，德國證據禁止理論之發展與特色，載：干預處分與刑事證據，頁303-328，2008。
Lin, Yu-Hsiung, The Development and Character of The German Exclusionary Rule, in Intervention Actions and Criminal Evidence, pp. 303-328, 2008.
21. 林鈺雄，刑訴第158條之4的平台定性——以最高法院裁判為例證，台灣法學雜誌，140期，頁17-39，2009。
Lin, Yu-Hsiung, The Qualitative Nature of the Code of Criminal Procedure Article 158-4, Illustrated from Judgments of Supreme Court, Taiwan Law Journal, no. 140, pp. 17-39, 2009.
22. 張永宏、陳昭龍，論告知義務——刑訴第95條第1、2、3款規定與證據使用禁止，軍法專刊，53卷5期，頁73-102，2007。

- Chang, Yong-Hong/Chen, Zhao-Long, Miranda-Warning, the Subparagraph 1, 2, 3 of the Code of Criminal Procedure Article 95 and Prohibition on Evidence Using, *Military Law Journal*, vol. 53, no. 5, pp. 73-102, 2007.
23. 張麗卿，關係人變被告，*月旦法學教室*，73期，頁22-23，2008。
- Chang, Li-Qing, The Person Concerned Becomes the Defendant, *Taiwan Jurist*, no. 73, pp. 22-23, 2008.
24. 陳運財，被告接受辯護人援助之機會，*月旦法學教室*，24期，頁115-120，2004。
- Chen, Yun-Cai, Defendant's Opportunity to Counsel Assistance, *Taiwan Jurist*, no. 24, pp. 115-120, 2004.
25. 陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，*月旦法學雜誌*，113期，頁27-50，2004。
- Chen, Yun-Cai, Retrospect and Prospece on the Exclusionary Rule, *Taiwan Law Review*, no. 113, pp. 27-50, 2004.
26. 黃惠婷，另案監聽，*月旦法學教室*，26期，頁113-122，2004。
- Huang, Hui-Ting, Accidental Monitor, *Taiwan Jurist*, no. 26, pp. 113-122, 2004.
27. 黃朝義，修法後準備程序運作之剖析與展望，*月旦法學雜誌*，113期，頁9-26，2004。
- Huang, Chao-Yi, The Analysis and Forecast to New Preliminary Proceeding, *Taiwan Law Review*, no. 113, pp. 9-26, 2004.
28. 黃朝義，自白與補強法則，*日新*，6期，頁128-147，2006。
- Huang, Chao-Yi, Confessions and Enforcement of Evidence, *New Day*, no. 6, pp. 128-147, 2006.
29. 黃朝義，*刑事訴訟法*，增補1版，2007。
- Huang, Chao-Yi, *Criminal Procedure*, 1st ed., 2007.
30. 黃朝義，證據能力與證明力之區辨——兼評最高法院93年台上字664號裁判例等，*台灣法學雜誌*，141期，頁253-259，2009。
- Huang, Chao-Yi, Distinguishing between The Admissibility and Conclusiveness, *Comments on Supreme Court Judgment 2004 no. 664*, *Taiwan Law Journal*, no. 141, pp. 253-259, 2009.

31. 楊雲驊，未盡證人拒絕證言權之告知義務與證據能力，月旦法學教室，56期，頁16-17，2007。

Yang, Yun-Hua, In Violation of Instruction of the Witness's Right to Refuse to Testify and the Admissibility of the Testimony, Taiwan Jurist, no. 56, pp. 16-17, 2007.

二、外 文

1. Amelung, Knut, Anm. zu BGH, Vorlagebeschl. v. 26.03.1991 - I Ss 2/91, StV 1991, S. 454-456.
2. Beulke, Werner, Die Vernehmung des Beschudigten - Einige Anmerkung aus der Sicht der Prozeßrechtswissenschaft, StV 1990, S. 180-184.
3. Beulke, Werner, Strafprozessrecht, 11. Aufl., 2010.
4. Bittmann, Folker, Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, NStZ 2010, S. 13-17.
5. Bohlander, Michael, Anm. zu BGH, Beschl. v. 27.02.1992 - 5 StR 190/91, NStZ 1992, S. 504-506.
6. Bohnert, Joachim, Ordnungsvorschriften im Strafverfahren, NStZ 1982, S. 5-10.
7. Bradley, Craig M., Beweisverbote in den USA und in Deutschland, GA 1985, S. 99-112.
8. Burhoff, Detlef, Verteidigerfehler in der Tatsachen- und Revisionsinstanz, StV 1997, S. 432-438.
9. Dingeldey, Thomas, Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozeßrecht, JA 1984, S. 407-414.
10. Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl., 2008.
11. Fezer, Gerhard, Anm. zu BGH, Beschl. v. 07.06.1983 - 5 StR 409/81, JR 1984, S. 341-334.
12. Fezer, Gerhard, Anm. zu Beschl. Beschl. v. 27.02.1992 - 5 StR 190/91, JR 1992, S. 385-387.
13. Fezer, Gerhard, Anm. zu BGH, Urt. v. 12.10.1993, 1 StR 475/93, JZ 1994, S. 686-687.

14. Fincke, Martin, Verwertbarkeit von Aussagen des nicht belehrten Beschuldigten NJW 1969, S. 1014-1016.
15. Graf von Schlieffen, Jasper, Neues von der Widerspruchslösung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat: 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, 2009, S. 801-808.
16. Grünwald, Gerald, Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 1966, S. 489-501.
17. Grünwald, Gerald, Anm. zu BGH, Urt. v. 31.05.1968 - 4 StR 19/68, JZ 1968, S. 752-754.
18. Grünwald, Gerald, Anm. zu BGH, Beschl. v. 07.06.1983 - 5 StR 409/81, JZ 1983, S. 717-719.
19. Hanack, Ernst-Walter, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht, JZ 1971, S. 168-171.
20. Hanack, Ernst-Walter, Anm. zu BGH, Beschl. v 14.05.1974 - 1 StR 366/73, JR 1975, S. 340-342.
21. Ignor, Alexander, Plädoyer für die Widerspruchslösung, in: FS für Peter Rieß, 2002, S. 185-196.
22. Jahn, Matthias, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008.
23. Kiehl, Walter H., Verwertungsverbot für Beschuldigtenvernehmung ohne vorherige Belehrung: Der BGH korrigiert sich - überzeugend?, NJW 1993, S. 501-504.
24. Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2007.
25. Lesch, Heiko H., Der Beschuldigte im Strafverfahren - über den Begriff und die Konsequenzen der unterlassenen Belehrung, JA 1995, S. 157-166.
26. Löwe/Rosenberg StPO (L/R StPO): 19. Aufl. Bd. 1, 1934; 20. Aufl. Bd. 1, 1958; 21. Aufl., Bd. 1, 1963; 21. Aufl., Ergänzungsband und Gesamtregitster, 1967; 22. Aufl., Bd. 1, 1971; 23. Aufl., Bd. 2, 1978; 25. Aufl., Bd. 5, 2003; 26. Aufl., 2007.

27. Meyer, K., Anm. zu BGH, Beschl. v. 07.06.1983 - 5 StR 409/81, NStZ 1983, S. 566-567.
28. Meyer-Goßner, Lutz, StPO, 52. Aufl., 2009.
29. Meyer-Ladewig, Jens/Petzold, Herbert, 50 Jahre Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, NJW 2009, S. 3749-3754.
30. Michalke, Reinhart, Reform der Untersuchungshaft - Chance vertan?, NJW 2010, S. 17-20.
31. Neuhaus, Ralf, Ungeschriebene Belehrungspflichten im Rahmen des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO und die Folgen ihrer Verletzung, StV 2010, S. 45-52.
32. Oskar von Schwarze, Friedrich, Kommentar zu der deutschen Strafprozeßordnung: und zu den auf dieselbe bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, 1878.
33. Paulus, R., Anm. zu AG Hameln, Urt. v. 01.03.1988 - 11 Ls 39 Js 13682/87, NStZ 1990, S. 294-295.
34. Ranft, Obfreid, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., 2005.
35. Ransiek, Andreas, Belehrung über Aussagefreiheit und Recht der Verteidigerkonsultation: Folgerungen für die Beschuldigtenvernehmung, StV 1994, S. 343-347.
36. Rejewski, Erwin, Unterbliebener Hinweis auf die „Aussagefreiheit“ des Beschuldigten als Revisionsgrund?, NJW 1967, S. 1999-2001.
37. Rieß, Peter, Die Vernehmung des Beschuldigten im Strafprozeß, JA 1980, S. 293-301.
38. Roxin, Claus, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht - Ein Rückblick auf 40 Jahre, in: 40 Jahre Bundesgerichtshof: Festveranstaltung am 1. Oktober 1990 mit Ansprache des Präsidenten des Bundesgerichtshofes, 1990, S. 66-99.
39. Roxin, Claus, Anm. zu BGH, Beschl. v. 27.02.1992 - 5 StR 190/91, JZ 1992, S. 923-925.
40. Roxin, Claus, Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsultation in der neuesten Rechtsprechung, JZ 1997, S. 343-347.
41. Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009.

42. Rudolphi, Hans-Joachim, Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Strafprozeß, MDR 1970, S. 93-100.
43. Roxin, Starfverfahren, 25. Aufl., 1998.
44. Safferling, Christoph/Hartwig, Alena, Das Recht zu schweigen und seine Konsequenzen Entwicklungen in nationalen und internationalen Strafverfahren, ZIS 2009, S. 784-794.
45. Salditt, Franz, 25 Jahre Miranda - Rückblick auf ein höchstrichliches Experiment, GA 1992, S. 51-75.
46. Satzger, Helmut, Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht - Grundlagen und wichtige Einzelprobleme, Jura 2009, S. 759-768.
47. Schlothauer, Reinhold, Gerichtliche Hinweispflichten in der Hauptverhandlung, StV 1986, S. 213-228.
48. Schmidt, Eberhard, Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten, NJW 1968, S. 1209-1219.
49. Schmidt-Leichner, Erich, Das neue Recht im Strafverfahren - Zugleich eine Stellungnahme zu einem "Leitfaden zur kleinen Strafprozeßreform", NJW 1965, S. 1309-1314.
50. Schorn, Hubert, Belehrungen und belehrende Hinweise im Strafproß, JR 1967, S. 203-205.
51. Schünemann, Bernd, Die Belehrungspflichten der §§ 243IV, 136 n. F. StPO und der BGH, MDR 1969, S. 101-103.
52. Seelmann, Kurt, Revision wegen des Unterlassens der Belehrung über das Recht zur Aussageverweigerung - BGHSt 25, 325, JuS 1976, S. 157-161.
53. Stree, Walter, Schweigen des Beschuldigten im Strafverfahren, JZ 1966, S. 593-600.
54. Tolksdorf, Klaus, Verwertungsverbot wegen unterlassener Beschuldigtenbelehrung nur bei Widerspruch?, in: Der verfaßte Rechtsstaat: FG für Karin Graßhof, 1998, S. 255-269.
55. Volk, Klaus, Grundkurs StPO, 6. Aufl., 2008.
56. Wessels, Johannes, Schweigen und Leugen im Strafverfahren, JuS 1966, S. 169-176.
57. Wohlers, Wolfgang, Anm. zu BGH, Beschl. v. 08.11.2006 - 1 StR 454/06, JR 2007, S. 126-127.

Exclusion of Evidence in Violation of Warning: Right to Silence: A Comparative View of German Law

Shih-Fan Wang^{*}

Abstract

A criminal defendant has the right to remain silent and the privilege against self-incrimination which stand in the core areas of a fair trial; that is, when an accused is questioned by the police, he is completely free to choose to answer the questions or to keep silent. So, in order to facilitate the defendant to know his rights secured by Item 2 of Article 95 of the Code of Criminal Procedure, he shall be informed of the following while questioned: he may remain silent and does not have to make a statement against his own will. In addition, any defendant's confession obtained in violation of the provisions of this right shall not be admitted as evidence in principle (Art. 158-2, 158-4). However, there are still unresolved disputes arising from these provisions. German law has a similar provision prescribed by the Code of Criminal Procedure (Strafprozessordnung) which provides a defendant an advisement in first interrogation; namely, the law grants him the right to respond to the charges or not to make any statement on the charges (§ 136 I 2 deStPO). But, unlike our provisions, a general rule of pro-

^{*} Doctoral Student of the Law School, University Tübingen, Germany.

Received: February 8, 2010; accepted: June 29, 2010

hibiting the use of evidence as a result of interrogating an accused without a warning (Belehrungspflicht) does not exist in the German Code of Criminal Procedure. Actually, the judgments about excluding such illegally obtained evidence are made by the Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof), especially the excellent opinion of BGHSt 38, 214 (Decision of Feb. 27, 1992). In this paper, the author will try to introduce the judgment mentioned above and provide the perspective based on comparative laws.

Keyword: Right to Silence, Warning (Belehrungspflicht), Exclusion of Evidence, Voluntariness of Confession, Good Faith Rule, Objection (Widerspruch), Protective Purpose (Schutzzweck)