



95 年度研究發展報告

審查人：檢察長 陳榮宗

撰寫人：檢察官 莊佳瑋

共同被告拒絕證言權之研究

臺灣彰化地方法院檢察署印

中 華 民 國 9 5 年 1 0 月 9 日

共同被告拒絕證言權之研究

目 錄

壹、 前言	4
一、 共同被告與拒絕證言權如何融合?	6
二、 研究範圍與方法	8
貳、 我國對於共同被告拒絕證言權之見解	9
一、 程序部分—如何取得共同被告之證詞	9
(一) 警詢中	9
(二) 偵查中	11
(三) 審判中	19
二、 實體部分—如何適用刑事訴訟法第 181 條 ..	26
(一) 得拒絕證言之人	27

(二)	是否得拒絕證言之判斷	30
(三)	拒絕證言權之效力範圍	32
(四)	拒絕證言權與反詰問	35
(五)	違背刑事訴訟法第 186 條第 2 項取得證言之效力	36
參、	英美法關於不自證己罪原則之發展	41
一、	不自證己罪原則之起源	42
(一)	基於古老法諺與宗教法庭之廢除	42
(二)	因應彈劾制度之產生	43
(三)	小結—本文觀點	47
二、	美國之發展—合而為一的不自證己罪原則 ..	49
(一)	不自「證」己罪之正名	50
(二)	不自證己罪原則適用之範圍	51
(三)	例外情形	53
三、	英國之反思—對被告緘默權之緊縮	58

(一) 論者角力	59
(二) 新法對於被告緘默權之緊縮	62
(三) 在新法施行後之實證研究	68
肆、以英美法制為借鏡對於共同被告拒絕證言權之反思	72
一、重新檢視賦予共同被告拒絕證言權之意義 ..	72
二、對於共同被告行使拒絕證言權之限制	76
(一) 程序更迭與拒絕證言權	77
(二) 有罪答辯	79
(三) 強迫取證與證人免責	80
三、價值觀之選擇	82
伍、結論.....	87

壹、前言

早期實務未以法定證據方法為基礎原則，藉由最高法院判例以及決議之製作，創造出刑事訴訟法外之他種證據方法，諸如告訴人¹、共同被告²等等，使當時之審理程序只論證明力之高低而不問證據能力之有無³。或因當時之刑事訴訟

¹ 最高法院 74 年台上字第 1599 號判例。

² 最高法院 20 年上字第 1875 號判例。本文所指涉之共同被告除特別指明者外，在警詢、偵查中指涉共犯（實質上共同被告）；審判中則以程序上共同被告為範圍。

³ 最高法院 29 年度決議（四）：

「刑事訴訟法既不採法定證據主義，左列各項證據不過證據之證明力較為薄弱，並非絕無證據能力，該證據是否可信，仍應由事實審法院自由判斷，不能以其採用為違法，但證據本身或其內容之真實與否顯有疑問者，應於判決理由內闡明之。

1. 未經檢察官、審判官、書記官或其他訊問人、制作人簽名之筆錄。

2. 公安局、保衛團、區公所及其他行政官署送案件單。

3. 公文書內引用之供詞。

4. 告訴人、自訴人之陳述。

5. 無具結能力人之證言（舊刑事訴訟法第一百七十三條第一項）。

6. 偵查中未令具結之證言（舊刑事訴訟法第一百七十三條第二項）。

7. 得拒絕證言人不拒絕證言時所為之陳述（舊刑事訴訟法第一百六十六條、第一百六十七條、第一百六十八條、第一百六十九條）。

8. 共犯非不利於己之陳述。

9. 被告利己之陳述。

10. 書狀內容足認為出於具書狀人之意思者。

11. 文書有增加、刪除或其他瑕疵者。

法關於無庸具結之規定較現在廣泛⁴、或因為對於告訴人是否應命具結之法律見解不同⁵，導致實務界無可避免之歷史背景，但將告訴人以及共同被告排除於證人之調查證據程序外，無異使被告喪失許多對質、詰問之程序法上權利，隨著法治觀念漸長，此類最高法院見解也不時面對來自學界之挑戰及實務界內部之反省。

嗣大法官會議釋字第 582 號解釋做成。該號解釋闡釋刑事訴訟程序必須嚴格遵守法定證據方法原則，宣告最高法院第 31 年上字第 2423 號、46 年台上字第 419 號判例，因增加刑事訴訟法所無之「共同被告自白」證據方法，有悖於嚴格證明法則而違憲⁶。自此，法定證據方法原則猶如風行草偃，

12. 各人相互間之陳述及本人先後之陳述雖欠一致，而主要之點並無鑿柄者。

13. 證言係得自他人之陳述而確有根據者。

14. 調查報告確有根據者。」

⁴ 例如民國 24 年之刑事訴訟法第 173 條但書第 3 款規定：「與本案有共犯或有藏匿犯人及湮滅證據、偽證贓物各罪之關係或嫌疑者，不得命其具結。」

⁵ 此問題直至民國 92 年時仍屬實務界中見解分歧點之一。相關討論詳參民國 92 年 8 月之刑事訴訟新制法律問題研討會提案第 2 號。

⁶ 詳參許玉秀大法官於釋字第 582 號解釋之協同意見書。

實務界也依循釋字第 582 號解釋之意旨，就被告以外之人(包含告訴人、共同被告等)一律以證人方式為調查審理，要求該等人站上證人席具結陳述後接受交互詰問，其陳述始得做為證據。只是在此同時，問題接續引發。

一、共同被告與拒絕證言權如何融合？

一旦共同被告必須依循證人模式調查，我國刑事訴訟法第 181 條⁷之「不自證己罪原則」規範，也同樣必須適用在共同被告身上。由於共同被告不似告訴人與證人之本質較為接近，各個共同被告間可能利害攸關、可能利害相反、可能畏懼其他共同被告報復、也可能擔心在作證時不慎說出其他犯罪事實；導致某共同被告或許願意坦承犯行，卻在是否就其他同夥之犯罪事實作證時游移不定。此時如何落實該不自證己罪原則即生問題，畢竟何以某共同被告坦承犯行，卻可以

⁷ 證人恐因陳述致自己或與其有前條第一項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。

選擇在做證時沈默而使其共犯脫罪，相當直接地挑戰社會之法感。

其次，法官與檢察官在訊問共同被告時，為了兼顧「被告」與「證人」二種調查程序必須兼備，也為了考量必須有效率地進程序進行，導致因人而異地產生多種訊問方式⁸。究竟共同被告有無拒絕證言權？有無必要區分兩次訊問程序？警詢中、偵查中與審判中又有無差異？實務界各行其道，但最高法院卻尚未累積足夠、適當之案例表示其法律見解。由此可知，雖然釋字 582 號解釋揭示了共同被告必須依照證人之調查程序，但因共同被告兼具被告之身份，從而在個案操作中如何調和共同被告之被告與證人性質，以兼顧其權利之保障與義務之履行，成為一大問題。職是，本文擬就拒絕證言權如何適用於共同被告之問題為一初步探討，期能對持續發展中之刑事訴訟法，在解釋論或立法論上有所助

⁸ 參照後述貳、一、(二)部分之說明。

益。

二、研究範圍與方法

我國刑事訴訟法第 181 條之規定，係源自英美法系之不自證己罪原則，是故有必要藉由探求該原則之起源，以及英、美二國對此原則之適用與發展，方能就此條文之內涵獲得進一步之瞭解。從而，本文擬先就我國刑事訴訟法第 181 條以及針對共同被告關於證人部分之調查程序，自學說與實務之觀點加以分析介紹，再概論英、美二國關於不自證己罪原則之具體實踐，以辨明我國刑事訴訟法第 181 條拒絕證言權創設之源由；最後回歸不自證己罪原則最初之制度目的，提出關於共同被告拒絕證言權如何在我國有效操作之建議。由於本文重心在於共同被告之拒絕證言權等實質面向問題，就共同被告如何轉換成證人地位此類程序上問題僅在必要時為附帶說明，是故本文就共同被告調查之程序問題部分，並未引入外國法例之觀察詳加探究，附此敘明。

貳、我國對於共同被告拒絕證言權之見解

以下關於共同被告拒絕證言權之討論，擬區分程序上問題與實質上問題分別述之。程序上問題乃指應踐行如何程序始可合法取得共同被告之證詞；而實質上問題則指共同被告於作證時，在何種情況下享有拒絕證言權以及如何行使等問題。

一、程序部分——如何取得共同被告之證詞

我國刑事訴訟法就對證人取證（證詞部分）之規範，並非自警詢乃至於審判階段皆一體適用，茲分別以共同被告在警詢中、偵查中、審判中有為證人之需求時，說明其應遵循之程序規範、或提出相關未見定論之問題。

（一）警詢中

我國刑事訴訟法關於具結程序、無正當理由拒絕證言得科以罰鍰之規定，在司法警察與司法警察官詢問證人之階段並不適用，且證人在警詢中亦不受同法第 166 條以下交互詰

問程序之規範，因此除必須踐行對被告之三項權利告知外，在警詢中訊問被告與詢問證人之程序可謂毫無二致，在此階段針對共同被告區分被告之訊問程序與證人之詢問程序也全無意義。而依據同法第 159 條之 2 之規定，被告以外之人於警詢之陳述若與審判中不符時，其先前之陳述倘有較可信之特別狀況，且為證明犯罪事實之存否必要者，即得做為證據。職是，共同被告在警詢中以被告身份受訊問所得之陳述，只要其訊問程序一切合法，又具備所謂之「特別可信性」要件，根本無庸使該共同被告在警詢中另外立於證人地位再為陳述，即得在其他共同被告之案件中援引其警詢陳述做為證據⁹。

⁹ 台灣高等法院 95 年上易字第 1026 號判決。但其前提建立在該共同被告業經法院傳喚為證人、經具結陳述後受交互詰問者為限；若該共同被告嗣後未經法院以證人身份具結訊問並受交互詰問，則該共同被告之警詢陳述除非具備刑事訴訟法第 159 條之 3 或第 159 條之 5 之要件，否則必須因第 159 條第 1 項之規定遭認定為無證據能力，參台灣高等法院 94 年度上訴字第 2474 號判決。該判決以共同被告遭通緝而未能到場具結並受交互詰問為由，否定該共同被告於警詢中、偵查中、甚至法院羈押庭中陳述之證據能力；惜其就該等陳述何以不符合刑事訴訟法第 159 條之 3 之例外情形，則未見說明。

換言之，共同被告在警詢中所受之訊問，可謂身兼二種證據方法¹⁰。其一乃針對自己之案件，屬被告之訊問；其次乃就他人之案件而言，係證人之陳述。共同被告在警詢中不必變更訊（詢）問程序，其陳述在審理時亦存有取得證據能力之機會。

（二）偵查中

在偵查階段，刑事訴訟法第 175 條以下關於訊問證人之規定皆有適用，包括具結程序、拒絕證言權之告知義務、無正當理由不到場之罰鍰、拘提、無正當理由拒絕陳述之罰鍰、證人旅費等等；在偵查中對證人之調查方法，除交互詰問之規定外幾乎與審判中無異。由於此等規範直接地影響到受訊問者之權利與義務，使得共同被告適用證人訊問程序或被告訊問程序存有區別實益。職是，在偵查階段若欲取得共

¹⁰ 關於身兼二種證據方法合法性的解釋以及有無例外情形，詳參後述。

同被告之證詞，檢察官多半就該共同被告以被告身份為權利告知並訊問完畢後，再另以證人身份命其具結¹¹，並將前述訊問內容有關其他共同被告部分再一次訊問，亦即就同一共同被告先後踐行被告與證人之訊問程序。此種調查方式看似較禁得起嚴格證明程序之證據能力檢驗，但卻最為耗時，尤其在犯罪事實複雜、犯罪歷程較長之多人共犯案件，常因此額外耗費一倍時間以完成該共同被告之證人調查程序。

有鑑於前述調查方式過於冗長，而再次以證人身份訊問之目的無非欲獲得該共同被告經具結後之證詞，因此實務上部分檢察官遂發展出其他便宜之調查方式，例如：(一)就同一共同被告在最初便同時為權利告知與拒絕證言權之告知，如該共同被告願意作證，便予以具結，隨後一併以被告兼證人之身分陳述；如不願意具結，則僅以被告身份訊問者。(二)有為權利告知後，向該共同被告表示「以下陳述

¹¹ 至於該共同被告有無拒絕證言權之問題，詳參後述。

就他人部分應據實陳述」，便命該共同被告具結，之後同樣以被告兼證人身份陳述，亦即不給予該共同被告表達是否行使拒絕證言權之機會者。(三)有以被告身份為權利告知、訊問犯罪事實後，曉諭該共同被告就以上陳述關於他人部分予以具結，亦即以訊問後具結之方式處理者。以上三種方法雖異，但都顯示出一個問題：在偵查中可否使共同被告同時基於被告與證人之身分為陳述，而也同時具備被告與證人之證據能力？

對此問題，台灣桃園地方法院檢察署曾有一法律問題提案¹²：某甲與乙共犯殺人案件，乙逃逸未到案，甲經查緝到案並移送地檢署，內勤檢察官於告知權利後，即告知作證義務，以證人身分訊問，惟未依據刑事訴訟法第 186 條第 2 項之規定告知有第 181 條之情形（因陳述致自己或關係人受追訴或處罰），甲此次證言時所為不利於己之供述，是否具有

¹² 法務部民國 95 年 3 月 14 日法檢字第 0950800885 號函。

證據能力？會中採取肯定說之觀點，認為刑事訴訟法並無禁止被告不得於公訴程序中為證人之規定，自得以證人身分訊問之；且檢察官於為證人之訊問前，已依被告身分告知權利，被告於訊問時實同具有被告及證人身分，被告已知得行使緘默權等權利，其權利範圍遠大於刑事訴訟法 186 條第 2 項之得拒絕證言範圍，於被告訴訟上之防禦權利並無妨害。是本案先以被告身分告知權利後，所為證言，應無須再依同法第 186 條第 2 項告知得拒絕證言，基此，本案被告於作證時所為不利於己之陳述，應具有證據能力。本案提報法務部後，法務部對此原則上並不反對，僅加註意見認為應同時踐行第 186 條第 2 項之告知較妥¹³，亦即對在偵查中同時以被告與證人身份訊問共同被告之適法性，採取肯定見解。

但所謂嚴格證明程序包括法定證據方法與法定調查程

¹³ 摘錄法務部之研究意見如下：證據能力有無之認定為法院之職權，本件法律問題採甲說（肯定說）固非無見，為其於保障人權，程序之完備及避免引起是否具證據能力之不必要爭議，檢察官於訊問被告後，另以證人身份詢問共同被告前，仍應踐行刑事訴訟法第 186 條第 2 項規定之程序。

序，因各個法定證據方法性質不同，各個法定調查程序也隨之有異，是故必須先定性受調查之證據為何種法定證據方法，始能踐行該證據方法之法定調查程序，以明受調查者、法院、以及各當事人於該程序中之權利義務。在偵查中「被告」與「證人」之調查程序差異除緘默權、律師權、具結程序、罰鍰等外，最重要者為證人經具結之證言嗣後發現屬虛偽陳述，該證人應依刑法之偽證罪論處，從而若無法明確切割某人所為之陳述究係「基於被告地位之陳述」或「基於證人地位之證述」，面對嗣後可能產生的偽證罪調查審理，將造成莫大困擾。

例如：甲、乙共同竊盜遭逮捕，其中甲攜帶兇器菜刀一把，但乙不知情。檢察官同時以被告及證人身分訊問甲：「菜刀何來？」甲欲推卸責任，但又懼於偽證罪之處罰，於是表示：「我們帶了一把菜刀去，但不是我帶的」；檢察官續問：「那是乙帶的？」甲：「不是。」檢察官追查後發現該菜刀乃甲所攜帶，此時是否可就甲先前之證述以偽證罪嫌起訴？蓋「我們帶了一把菜刀去，但不是我帶的」若自乙之角度，甲係偽證；但若自甲之角度，甲又僅是虛構理由使自己減輕責任，在我國刑事訴訟法下並不處罰說謊之被告；則此時如

何就甲之陳述切割為「被告陳述」與「證人證述」，進而追究證人虛偽陳述之責任，於是成為問題。畢竟我們需要的不只是一紙結文與具備證據能力之證詞，我們更需要的是證人負責任的真實證述，因此必須讓證人瞭解在具結以後的調查程序，句句不得匿、飾、增、減，我們也才能夠相信證人以下的陳述是認真實在；否則倘證人在具結後仍可規避進入被告說謊之保護傘，具結程序將流於形式而不具意義。基此，為了維護具結程序擔保證人真實陳述之性質，切割被告陳述與證人證述有其必要與實益，從而在偵查中嚴守法定證據方法之分野，採取不得將共同被告以被告兼證人身分調查之見解，似較妥適¹⁴。

¹⁴ 實務上則自共同被告之緘默權與具結後據實陳述義務衝突論理。參照台灣高等法院 92 年度金上重訴字第 13 號刑事判決之判決理由：「惟按被告與證人應訊時，權利義務並不相同，證人有據實陳述之義務，否則可能涉及偽證刑責；而被告則有緘默權，並無據實陳述之義務；是固然被告於供述案情過程中就涉及自身被害之事實部分，可以證人之地位接受訊問；惟就與其他被告共犯罪部分，除斯時有效適用之刑事訴訟法第一百八十一條及第一百八十六條之規定，證人恐因陳述致自己或與其有前條第一項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言外；亦不得命其具結；且在同一訴訟程序訊問中，上開證人既與其他被告就某部分事實具共犯罪之被告身分關係，則其具有刑事訴訟法第九十五條之緘默權，自不得就此部分在使其以證人之身分，強制其供述，否則，於同一程序，一方面其與他共犯仍

換言之，我國刑事訴訟法既區別被告及證人二種法定證據方法，原則上被告自不得身兼證人之身分受調查，除非將該被告轉換為證人地位予以具結後，其調查程序始稱適法¹⁵。然，或謂何以在警詢中承認被告身兼證人身分，但偵查中則否？蓋自嚴格證明法則言之，共同被告在警詢中亦應區分被告及證人二種證據方法，豈可在警詢中捨棄嚴格證明法則之遵循？對此問題，本文認為共同被告在警詢中之陳述之所以能夠具備被告與證人二種證據方法之證據能力，並非在警詢中自始地同時進行被告與證人二種調查程序，毋寧是警詢中乃以被告身分對該共同被告訊問，只是在其他共同被告之案件，檢察官或法院欲援用該共同被告之陳述做為證人之

居於被告之地位，另一方面就指述其他共犯犯罪及同時受害經過之部分，仍具證人適格之可能，又因此時檢察官再違法命其就上開共犯罪與被害部分全部具結，告知以作偽證之責任，如此將使該人對其自身所處訴訟上之地位，究為被告抑或證人之地位產生混淆，且對於該人在訴訟法上之緘默權保障無法落實，亦將使被告陷於究竟要據實供述自己犯罪之情形，以避免遭偽證處罰（因檢察官已就該員與他共犯共犯罪部分違法命其具結），抑或繼以被告身分保持緘默之衝突與困境，而此項權利及義務之衝突，即係由偵訊人員所造成，違反正當程序在先，此部分之瑕疵責任，自不能由被告承擔，是若有上開情形下之訊問該筆錄自無證據能力。」

¹⁵ 林鈺雄，〈刑事訴訟法（上）〉，頁 449，民國 92 年 9 月。

證述時，該「共同被告之警詢陳述」與「證人在警詢中所應遵守之調查證據程序」無違所致。因此即便警詢中就共同被告之「被告調查程序」違法，只要其違法不涉及「證人調查程序」，該共同被告於警詢中之陳述仍可做為證人證述使用。例如訊問該共同被告時未全程錄音錄影，由於在警詢中本無就詢問證人應錄音錄影之規範，是故只要法院認為該陳述具備特別可信性要件，仍可援為證人之證據方法；不因警方訊問被告之程序違法，即當然認定關於證人之調查程序亦屬違法。

亦即，一如鑑定證人¹⁶為法所容許，調查「人之供述」只要能夠遵循各個法定證據方法之要求，被告與證人亦可於同一程序調查；倘若認定該等證述之調查程序能夠符合證人之法律規範，便可通過嚴格證明法則之檢驗，其原先受訊問時之地位究係被告或證人並非所問。在警詢中由於詢問證人

¹⁶ 刑事訴訟法第 210 條。

鮮少相關程序規範¹⁷（不自證己罪之拒絕證言權與緘默權之行使效果相同，況且即使無正當理由拒絕證言或虛偽陳述亦無處罰規定），自然可援引共同被告之警詢陳述在審判中供作證人之證據方法使用；但在偵查中則因必須維護具結程序之制度目的，是故不能認為被告身兼證人身分之調查程序符合證人之法定調查程序。二者不能等同視之，應予區辨。

（三）審判中

相較於偵查階段，審判中就證人之調查除具結外更有刑事訴訟法第 166 條以下之交互詰問程序、以及同法第 288 條第 3 項關於訊問被告應於調查證據之最後踐行等等規定，解釋上更不可能使被告身兼證人同時受法院訊問。只是除此之外，由於在審判中「當事人」之概念較為明確，因此當多數

¹⁷ 堪可認定為實質上規範者，為親屬、法定代理人身分關係之拒絕證言權告知，參刑事訴訟法第 196 條之 1 準用第 185 條第 2 項。因此若警詢中未為此項權利告知，所得之證詞可能因違背相關之證人調查程序規範，而失其證據能力。

共同被告同時遭起訴時，各該共同被告在程序上一律為「被告」，因此法院在審理中如欲以某共同被告為證人，是否需經裁定分離審判方能使共同被告轉換為證人身分，也成為另一問題。蓋程序分離的作法，主要是因為普遍認為被告在審判程序中不具備證人適格¹⁸，所以要以分離審判程序的方式，來使被告有機會詰問共同被告的陳述；若以合併程序進行共同被告之調查，則可相當程度節省訴訟成本，二者間差異主要在於訴訟經濟之考量¹⁹。

主張法院在調查共同被告時，一律應依刑事訴訟法第287條之1規定裁定分離審判者，其理由為：(一)自法邏輯言之，共同被告在程序中仍為被告身分，在調查「證人」之程序中本不應就「被告」為調查，是故若欲以共同被告為證

¹⁸ 至於偵查中之所以並無此一問題，原因在於偵查中犯罪嫌疑人是否將遭起訴尚未明確，是故並不存在實質上的「被告」概念，也不會有證人適格的問題。參林志潔，〈證言之證據能力與證明力—以誤判防止與人權保障為中心〉，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國89年6月，頁37-38。

¹⁹ 黃朝義，〈共同被告之自白〉，載於〈東吳法律學報〉，第14卷第1期，民國91年8月，頁15。

人，必須先裁定程序分離，該共同被告始能在另名共同被告之程序中完全摒除被告之地位，進而以證人之身分接受調查。(二)若未裁定程序分離，因需多次諭知共同被告其身分之轉換(先自被告身分轉換為證人身分接受交互詰問，之後必須再一次轉換為被告身分於調查程序之最後接受訊問)，易使被告對自己之程序地位模糊不清，致令產生法律「奇詭」之感。(三)被告與證人為不同之證據方法，各自有不同之權限、不同之保障、不同之調查程序，如混而為一將因程序不明而危及被告地位，例如以被告地位傳喚，訊問前又令被告具結而讓被告誤以為不能行使緘默權²⁰。

持相反見解者則認為：(一)基於刑事訴訟法第 287 條之 2 之立法沿革，其修正條文案原係規定：「前條情形，如法院以裁定將共同被告與被告本人之調查證據程序分

²⁰ 王兆鵬，《論共同被告之合併及分離審判》，載於〈國立台灣大學法學論叢〉，第 33 卷第 6 期，民國 93 年 11 月，頁 14-18；何賴傑，《共犯不利其他共犯之陳述與共同被告地位》，載於〈台灣本土法學雜誌〉，第 55 期，民國 93 年 2 月，頁 144-145；朱朝亮，《釋字第五八二號解釋之評析》，載於〈月旦法學雜誌〉，第 115 期，民國 93 年 12 月，頁 94-95。

離，而就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告具證人適格」；但上開修正條文草案在立法院司法委員會審查時，修正為「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用²¹有關人證之規定」，其立法理由略謂：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告具證人適格，故應準用有關人證之規定。」故以立法本旨及文義解釋而言，只要法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告即具證人之適格，應準用人證之規定，不須由法院依第 287 條之 1 之規定，以裁定將共同被告之證據調查程序分離²²。

（二）即便將程序裁定分離，各共同被告仍將面臨證人與被告身分之轉換、以及重複就同一事實陳述之困境，不如以較符合訴訟經濟之方式，繼續合併審判。

²¹ 學者林鈺雄認為此處之「準用」應修正為「適用」，參林鈺雄，《蓋上潘朵拉的盒子—釋字第五八二號解釋終結第六種證據方法？》，載於〈月旦法學雜誌〉，第 115 期，民國 93 年 12 月，頁 64-65。本文認為就法定證據方法原則言之，如以「準用」之詞，易使人誤解我國存有「共同被告」之法定證據方法，故應以「適用」為當；但本文並不認同該文中關於法院何時應分離審判之見解，附此敘明。

²² 司法院刑事廳，〈刑事訴訟新制法律問題彙編〉，民國 92 年 8 月，頁 66-69。

揆諸刑事訴訟法第 287 條之 2 既已規定法院「調查共同被告時」可準用調查人證之程序，實乃明文肯定共同被告於審判中之證人適格，且無庸裁定分離審判²³，即可依調查證人之程序規範調查共同被告，是故持否定說者一再以「被告不得於自己之案件中身為證人」為論據，便已喪失法規上之基礎。另，只要持肯定共同被告具備證人適格之前提，在程序中多次使共同被告轉換身分即屬不可避免，論者認為如以裁定分離審判，將可助共同被告理解自己之程序地位，但分離審判之裁定依法毋需以書面為之，所謂多一份裁定事實上不過僅是法官多說一段話，則以裁定分離審判之方式究竟能如何幫助共同被告多瞭解自己程序上之地位，甚或不會再對

²³ 蓋倘若分離審判，共同被告就被告本人之案件即已非共同被告，而係被告以外之人（證人），當然應依調查證人之規定調查之，無待新增本條規範；否則如果認為共同被告經分離審判後仍為共同被告，此時受調查之共同被告，對被告本人言其證據方法究竟為「共同被告（只是調查程序準用證人）」或「證人」，豈非成為另一問題。相同見解，參黃朝義，前揭註 19，頁 11-14；惟學者黃朝義始終就裁定分離審判是否能避免共同被告緘默權受損之可能性抱持疑問。職是，前註 20 中學者何賴傑、朱朝亮認為，法院依刑事訴訟法第 287 條之 2 規定循調查證人之相關規範調查共同被告，需以裁定分離審判為前提，此種見解是否符合立法本旨，以及是否將使刑事訴訟法第 287 條之 2 形同具文，頗值推敲。此問題之各種解釋分析，亦可參照陳運財，《共同被告之調查》，載於〈律師雜誌〉，第 286 期，民國 92 年 7 月，頁 108-110。

於自己無緘默權抱持疑問（分離審判後就忘了現在還有案件在法院審理？），相當啟人疑竇；不如將重點放在透過法院行政建立相關配套措施、落實共同被告之拒絕證言權²⁴，使法院在調查共同被告時，確實讓共同被告理解自己接下來之陳述將喪失緘默權、負有真實陳述義務等程序上地位轉換，反而更具實益。

惟刑事訴訟法乃以一被告犯一罪為假想對象而制訂之程序法，本應以分離審判為原則，故將共同被告合併審判係以訴訟經濟為主要目的²⁵，當合併審判可能有害於眾多共同被告之一時，法院自應義務地裁定分離審判，回歸就每個被告分別進行調查證據程序之原則。換言之，刑事訴訟法第 287 條之 1 第 1 項之規定係屬法院可就特定個案裁量有無必要分離審判；第 2 項則在規定法院在何種情況下應予分離審判，

²⁴ 至於共同被告享有之拒絕證言權究竟範圍如何，詳如後述。

²⁵ 黃朝義，《共犯或共同被告自白之相關問題—評最高法院八十八年度台上字第三八〇號判決》，載於〈月旦法學雜誌〉，第 71 期，民國 90 年 4 月，頁 164；王兆鵬，前註 20，頁 4。

以免使某共同被告因合併審判遭受較不利之地位。至第 287 條之 1 第 2 項所謂「因共同被告之利害相反，而有保護被告權利之必要者」，試舉例如下：檢察官起訴甲、乙共犯某案，甲、乙均否認犯案，其中甲更表示「本案乃乙所為，與伊無關」，此際，若法院續行合併審判調查證據，依刑事訴訟法第 288 條之 1 第 1 項規定，審判長每調查一證據畢，應詢問當事人有無意見，則即便乙聲請調查對自己有利之證據，經調查後，亦有可能遭受甲表示對其不利之意見，乙反而更需耗費心力駁斥甲之意見，增加其辯護權行使之負擔；但若分離審判，由於甲、乙之調查證據程序分別行之，乙便無庸額外考量來自共同被告甲之攻擊，專心就檢方提出之證據加以防禦即可。其他例如各共同被告關於傳聞證據之同意情形不一時，也構成本項應保護被告利益之事由²⁶。

因此，本文認為法院並非可以不論案件一概地將所有共

²⁶ 陳運財，前註 23，頁 113-114。

同被告合併審判，也無需一概地分離審判，而應視情形定之。在通常情形，法院可就自己之意願（例如訂庭期之方便）、個別共同被告之案情繁雜程度（例如輕罪、認罪或所需調查證據相對較少者，可分離審判進行調查後先行辯論終結）、調查證據之共同性（越多共通證據者越應合併審判以節勞費）等因素決定合併或分離審判，且無論合併或分離審判均可以共同被告為證人調查²⁷；但在共同被告利害相反而有保護部分（或全部）共同被告權利之必要情形，則應依法裁定分離審判，以維訴訟經濟與被告權益之平衡。

二、實體部分—如何適用刑事訴訟法第 181 條²⁸

往昔實務並未踐行以證人方式調查共同被告之程序，造成刑事訴訟法第 181 條拒絕證言權之行使被視為天方夜譚

²⁷ 在合併審判時，係依刑事訴訟法第 287 條之 2 規定調查共同被告；在分離審判時，則直接以證人身分調查之，無庸引用該條規定。

²⁸ 為論述方便，以下就「共同被告」皆指涉包括依刑事訴訟法第 181 條享有拒絕證言權之人。

(法官、檢察官不必將共同被告轉為證人調查，受傳訊之證人亦不會行使拒絕證言權間接承認自己涉嫌犯罪)，在實務上發生案例極少；但在現行法下，由於必須以共同被告為證人具結後，始得採其陳述為證詞，而共同被告在轉換為證人地位時，將喪失緘默權之保護、改負有真實陳述義務，因此刑事訴訟法第 181 條之拒絕證言權，反成為共同被告是否得以轉換為證人之關鍵。蓋只有共同被告不行使拒絕證言權或依法不具有拒絕證言權時，法院命共同被告站上證人席作證始有其意義，可見拒絕證言權現下之重要性。以下就刑事訴訟法第 181 條拒絕證言權之相關問題分別述之：

(一) 得拒絕證言之人

刑事訴訟法第 181 條規定：「證人恐因陳述致自己或與其有前條第 1 項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證

言」，是故得依本條行使拒絕證言權之共同被告，僅限「恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者」者²⁹。條文既非規定所有身為共同被告之證人皆可拒絕證言，則究竟「恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰」指涉之界線為何，自有辨明之必要。首先是「受刑事追訴或處罰」之要件。如證人已受刑事判決確定，由於就該項罪責全無再受刑事追訴或處罰之可能，顯然不得享有本條之拒絕證言權；於是所謂「受刑事追訴或處罰」，自指涉證人遭受檢方起訴或法院為有罪判決之意³⁰。至於可能遭受之刑事追訴或處罰，不包括因該次作證可能構成之偽證罪責，蓋證人乃就現在或過去所見聞之事實作證之人³¹，故該條規定所本之不自證己罪原則乃以過去所犯之罪為範圍，不及於將來可能構成之犯罪，此為當然之解釋。

²⁹ 至於畏懼具備親屬關係之人受刑事追訴或處罰之事由，不在本文討論中，故予剔除。

³⁰ 亦有認為僅指涉「受刑事追訴」者，但與條文文義明顯不符，為不可採。參台灣基隆地方法院檢察署法律問題提案，法務部（84）檢（二）字第1633號函，其中研討意見之乙說。該說嗣後未為研討結論所採。

³¹ 褚劍鴻，〈刑事訴訟法（上冊）〉，第5版，民國90年9月，頁305-306。

其次，何謂「恐」因陳述「致」自己受刑事追訴或處罰。蓋刑事訴訟法就證人與被告區分為不同證據方法，承前所述，被告與證人於偵查、審判中之權利義務不同，有必要以不同程序調查之，故共同被告就自己之案件為被告、就他人之案件為證人，二種程序所得出之證據種類不同，原則上不能以自己案件中之陳述做為他人案件之證據，也不可能以在他人案件中所為之證詞，作為自己案件之證據³²，否則無異間接承認得使被告身兼證人身分一次受訊問完畢³³。基此，既然共同被告作證所得之證詞，不得用於判斷該共同被告罪嫌之程序，似乎使共同被告作證將完全不可能「致」自己受刑事追訴或處罰，自亦無擔心（恐）之必要。

但是事實上，共同在作證程序中所為之陳述，難免或多

³² 依刑事訴訟法第 176 條之 1 規定，可間接得知證人乃被告以外之人。另參周瑞芬，〈刑事被告與證人地位之轉換〉，國立中正大學法律學研究所碩士論文，民國 94 年 6 月，頁 176。

³³ 除非依照前揭「貳、一、(二)」之標準，認定此時依照證人之訊問程序不會有損於其身為被告之防禦權，例如在警詢中之陳述。只是緘默權與拒絕證言權之性質與射程範圍差異甚鉅，理論上不應認為依照證人之訊問程序可以無礙於被告程序中之緘默權保障。

或少潛在地影響法官之心證，若共同被告以被告身分受訊問時與以證人身分受調查時所述不同，法官很容易在心中將其先後陳述綜合比較後決定何者較為可信，形同增加其遭法院認定所述不實而判處有罪之可能；況檢方在起訴該名共同被告時，未必已完全掌握其犯罪事實與所犯法條，可能有部分犯罪苦無積極證據或根本不知有此犯罪事實，此時若共同被告在作證時透露端倪，雖不致遭檢方直接援引其證述作為起訴證據，但可能因此啟動檢方偵查之作為，基於該共同被告之證詞逐步偵辦進而取得相關積極證據，作為起訴該共同被告之證明方法。既法條規定證人僅需「恐」因自己陳述入罪即可拒絕證言，自不以該證言直接地證明該共同被告犯罪為限，即便是可能透過該證詞間接地取得不利於該共同被告之證據，亦應認為構成「有使其受刑事追訴或處罰之虞」。換言之，本條規範之重點在於避免共同被告因提供證言增加自己遭受起訴或判決有罪之風險，而非精準地以其證詞判斷是否足以入人於罪後再行判斷其拒絕證言權之有無。

（二）是否得拒絕證言之判斷

拒絕證言權與緘默權不同，行使緘默權並無任何限制、

無庸經過他人許可，只是倘若選擇性地行使緘默權，法院可以此作為自由心證之依據³⁴；但行使拒絕證言權則須經過檢察官或法官之許可³⁵，不僅不得依自己主觀上認定享有拒絕證言權³⁶，且不能籠統地一概拒絕證言，而應針對個別問題決定是否拒絕證言³⁷。亦即，刑事訴訟法第 186 條第 2 項之拒絕證言權告知，僅在告知受訊問人就符合合同法第 181 條之事項享有拒絕證言權；至於嗣後訊問時，不必就每一問題另外徵詢：「是否願意作證」，而應由受訊問人認為有可能符合該法第 181 條之事項時，提出拒絕證言之要求，再由檢察官或法官准駁。惟現行實務反多流於在訊問證人前，由法官或檢察官訊問證人：「你享有刑事訴訟法第 181 條之拒絕證言

³⁴ 林鈺雄，前揭註 15，頁 146；楊皓清，〈論我國刑事訴訟法第九十五條告知事項之遵守及其法律效果〉，台灣基隆地方法院九十一年研究發展項目研究報告，民國 91 年 11 月，頁 94-95。實務上亦有持相反見解者，參台灣高等法院 93 年度交上訴字第 30 號刑事判決，惟該判決並非以此為主要爭點。

³⁵ 刑事訴訟法第 183 條第 2 項。

³⁶ 台灣新竹地方法院 88 年度訴字第 221 號刑事判決。

³⁷ 王兆鵬，〈論新修刑訴之證人不自證己罪〉，載於〈國立台灣大學法學論叢〉，第 34 卷第 1 期，民國 94 年 1 月，頁 52-53。

權，是否願意作證」代替拒絕證言權之告知，將原本應由法官、檢察官准駁之事項，轉由被告決定是否同意行使而定，似與拒絕證言權之本質以及現行法規有違，應予注意。

（三）拒絕證言權之效力範圍

前已述及，共同被告因提供證言將增加自己遭受起訴或判決有罪之風險時，可以拒絕證言；但共同被告可否選擇在警詢中（偵查中）吐露與其他共同被告所犯之全部犯罪事實，至偵查中（審判中）卻以行使拒絕證言權為由，拒絕作證？換言之，共同被告無論以被告身分或證人身分在陳述犯罪事實情節後，可否嗣後就同一犯罪事實再行主張拒絕證言權？

對此問題，法院少於判決中表示看法，學者間亦鮮無探討。僅學者王兆鵬提出意見：（一）依不自證己罪理論，容

許證人拒絕證言的唯一理由為恐因其陳述，致證人受刑事追訴或處罰。如有此危險，即應容許其拒絕陳述；如無此危險，即不得拒絕陳述。至於如何判斷是否有入罪之危險，應認為證人回答另一問題，是否會揭露入罪事實的細節，而此細節又為證人先前所未言者³⁸。亦即，其似認為是否賦予共同被告拒絕證言權，應視該共同被告先前所為陳述之情節為準³⁹。倘若法官、檢察官擬就該共同被告先前已為之陳述再次訊問者，就該等情節共同被告不得主張拒絕證言權；惟如法官、檢察官擬就該共同被告前次受訊陳述中未盡翔實、且可能影響其刑責判斷之部分再次訊問，則有拒絕證言權之適用。例如檢察官在訊問某甲時，某甲回答：「我與乙於某時、地竊取機台 1 台」，此時如檢察官欲使甲就乙涉嫌該次竊盜之事實作證，甲不得行使拒絕證言權；但檢察官在以甲為證

³⁸ 王兆鵬，前揭註 37，頁 51。

³⁹ 先前之訊問必須是合法訊問，至為顯然。否則無異承認可以毆打被告承認犯罪之方式，再要求就其他共同被告之犯罪事實作證。

人之訊問程序中，訊問：「你與乙如何竊取機車？」此時因甲、乙竊車之工具將具體影響所構成之罪名（攜帶兇器竊盜者構成加重竊盜罪），甲自得就此先前未述及之部分主張拒絕證言權。（二）因強迫證人陳述，等於強迫證人重複為相同的入罪陳述，證人先前的入罪陳述，再加上此一程序相同的入罪陳述，可能會更增強其受追訴或處罰的機會；且在第二次的作證過程中，證人有可能因為迷惘或激憤，而做出比第一次證詞更嚴重的入罪內容，是故，證人僅限於在同一程序中禁止只陳述一部事實⁴⁰。亦即，其似認為關於證人是否陳述「新的入罪事實或犯罪細節」，應以個別程序（例如同為偵查中或審判中）觀察之，在每個新的程序開啟時，該共同被告之陳述應予歸零。例如共同被告甲在偵查中表示：「我與某乙於某時、地以自備鑰匙竊取某機車」，則在偵查中檢察官如欲使甲就乙涉嫌該次竊盜之犯罪事實作證，甲不得主

⁴⁰ 王兆鵬，前揭註 37，頁 52。

張拒絕證言權；惟至審判中，因甲在審判中尚未為任何陳述，從而任何有關於該犯罪事實之陳述皆應視為「揭露新的犯罪事實」，故法官欲使甲就乙涉嫌該次竊盜之犯罪事實作證時，甲自可主張拒絕證言權⁴¹。

（四）拒絕證言權與反詰問

共同被告以證人身分受調查時，為保障其他被告之訴訟防禦權，亦有交互詰問規定之適用。然刑事訴訟法第 181 條之 1 規定：「被告以外之人於反詰問時，就主詰問所陳述有關被告本人之事項，不得拒絕證言」，是否影響共同被告依據刑事訴訟法第 181 條享有之拒絕證言權？

學界普遍認為刑事訴訟法第 181 條之拒絕證言權不得任意剝奪，刑事訴訟法第 181 條之 1 規定僅於不抵觸上開條文之前提下，始有其適用。基此，共同被告於反詰問中如認有

⁴¹ 相關評論，參本文肆、二、（一）。

其陳述可能導致刑事訴追或處罰之危險時，仍得行使拒絕證言權，不受刑事訴訟法第 181 條之 1 限制⁴²。只是對其他被告而言，若某共同被告作證後在反詰問時拒絕證言，則其他被告顯難透過交互詰問彈劾該共同被告證詞之信用性，造成該共同被告之證述雖形式上賦予其他被告詰問之機會，實質上卻無任何詰問之實施，渠等之訴訟防禦權如何維護？有認為此時應視情形排除主詰問之證詞⁴³者，可以贊成。

（五）違背刑事訴訟法第 186 條第 2 項取得證言之效力

依刑事訴訟法第 186 條第 2 項規定，法官、檢察官認為證人有可能得行使第 181 條拒絕證言權之可能時，應告以得拒絕證言。惟若法官、檢察官未依法告知時，該共同被告所為證述之效力如何、是否因此受影響？學者間有認為該證言

⁴² 陳運財，前註 23，頁 118-119。

⁴³ 王兆鵬，前揭註 37，頁 52。

不具證言適格者⁴⁴、有認為應屬法院自由判斷者⁴⁵、亦有認為視情形具有證據能力者⁴⁶，意見頗有分歧。

本文認為證據能力既然是相對性之概念⁴⁷，不妨區分情形討論。首先，緘默權與刑事訴訟法第 181 條之拒絕證言權同屬不自證己罪原則之範疇，國家負有告知被告此項權利之義務。參酌刑事訴訟法第 158 條之 2 第 2 項規定，警方訊問被告時若未為緘默權之權利告知，所取得之被告自白或其他不利陳述不得做為證據（無證據能力）；則違背刑事訴訟法第 186 條所應踐行之拒絕證言權告知義務，其因此取得該共同被告對自己之不利陳述、甚至基於該陳述所延伸取得對該共同被告之不利證據（例如從證言中得知某秘密帳本之存

⁴⁴ 黃東熊，〈刑事訴訟法論〉，民國 80 年 8 月，頁 408，轉引自周瑞芬，前揭註 32，頁 96。

⁴⁵ 陳樸生，〈刑事證據法〉，民國 84 年，頁 286，轉引自周瑞芬，同前註。

⁴⁶ 王兆鵬，前揭註 37，頁 56-59；李學燈，〈證據法比較研究〉，民國 81 年，頁 618，轉引自周瑞芬，同前註。

⁴⁷ 例如某甲陳述：「乙跟我說丙殺人」。就待證事實「丙殺人」而言，某甲前開陳述為傳聞證據而無證據能力；但就待證事實「乙向甲說丙殺人」而言，則非傳聞法則而有證據能力。另例如刑事訴訟法第 158 條之 4 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」，亦為證據能力相對性之適例。

在，進而發動搜索查扣該帳本）等等，在針對該共同被告之案件中，至少應認定為違背法定程序取得證據，始能維持理論上之一貫⁴⁸。至於此等違法程度究應賦予當然無證據能力之效果，或屬於依據刑事訴訟法第 158 條之 4 依個案判斷之範圍？本文認為，不自證己罪原則乃國家行使刑罰權與個人表意自由衝突下之權衡，蓋司法正義之追求為人們所需要且企盼者，公眾有權要求任何人作證，只有在特定情形下才能犧牲司法正義的需要賦予拒絕證言權⁴⁹，則在違反此項拒絕證言權告知對於證據能力之影響上，自應綜合公眾利益與該共同被告之私益比較判斷，亦即依據刑事訴訟法第 158 條之 4 規定衡平裁量之⁵⁰。否則倘一概認為無證據能力，將可能發生未為此項告知對於該共同被告無任何損害（例如該共同被

⁴⁸ 當然，此點之討論前提在於承認被告在證人程序中所為證詞，得以作為對該名被告之入罪證據。否則若持否定見解，根本喪失進行討論之實益。

⁴⁹ 吳巡龍，《我國新刑事訴訟法親屬身分拒絕證言權範圍的檢討》，載於氏著〈新刑事訴訟制度與證據法則〉，民國 92 年 9 月，頁 245。

⁵⁰ 關於刑事訴訟法第 158 條之 4 如何具體適用，實務上可參照最高法院 92 年度台上字第 4003 號刑事判決。此外，學者林鈺雄主張應以「三階段審查基準說」具體判斷（詳參林鈺雄，前揭註 15，頁 161-165），本文持肯定態度，蓋其提供較有層次之思考方式。

告熟稔刑事訴訟法，早已知悉其拒絕證言權者)，卻反而影響國家刑罰權行使之不公正弔詭。

其次，同樣基於不自證己罪原則屬國家行使刑罰權與個人表意自由衝突下權衡之理由，該原則所欲保護之對象，自僅及於可能因自己陳述入罪之共同被告，與該共同被告所為證述情節中之其他共同被告無涉。若謂其他共同被告可因某共同被告之不自證己罪權利，均霑其關於無證據能力認定之利益，未免過份擴張不自證己罪原則之效力範圍。換言之，某共同被告縱因法官、檢察官漏未告知其享有刑事訴訟法第181條之拒絕證言權而具結陳述，但其陳述內容仍係本於自由意志而為之，法院仍得持之以為判斷其他共同被告犯罪事實之依據；惟為填補該共同被告原得行使拒絕證言權之利益，相對性地賦予該證言（包含本於該證言間接取得之證據）

違法取證之效果而已⁵¹。

⁵¹ 蓋承前所述，違反刑事訴訟法第 181 條拒絕證言權之告知，並非當然無證據能力，仍應接受刑事訴訟法第 158 條之 4 之衡平判斷。

參、英美法關於不自證己罪原則之發展

不自證己罪原則包含了緘默權以及拒絕證言權二大概念，此二權利乃一體之兩面，就被告遭訊問時，其體現為緘默權，就被告遭要求為他人案件作證時，則體現為拒絕證言權。該原則並非大陸法系之原創概念，而係肇生於英國；但在經過數百年的流傳與發展後，位在大西洋彼岸的美國，卻成為將不自證己罪原則推展最力之國度，其於 1791 年落款後赫赫有名之憲法第五修正案，更成為法律學子朗朗上口之法諺⁵²。是故，此二國家關於不自證己罪原則之起源與發展，必須加以探究，否則若無法明瞭不自證己罪原則背後之制度目的，即無法真正體現不自證己罪原則的法律精神；縱然推行，也不過淪為口號的實行者而已。

⁵² No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself. (節錄)

一、不自證己罪原則之起源

關於不自證己罪原則之起源，雖然一般認為是屬英國最早將之發展，但其發展出自證己罪原則之緣由，存有不同說法。茲分述如下：

(一) 基於古老法諺與宗教法庭之廢除

一說以為，在 16 世紀後半至 17 世紀之英國，區分為教會法院與普通法法院二種審判系統，其中教會法院存有「職權宣誓」(the oath ex officio) 之制度，可對拒絕宣誓或供述之被告施以刑罰，強迫被告宣誓據實回答所有訊問；星室法院(the Star Chamber)與高等宗教事務法院(the Court of High Commission)更以之作為迫害異端思想者、清教徒之手段。由於此二法院過度濫用職權宣示之方法，對於人民權利迫害甚鉅，在民間無法獲得充分認同，尤以清教徒更是群起激烈

反抗，英國國會遂於西元 1641 年將該二法院廢止。普通法法院則趁此順勢而起，不僅取得較教會法院優越之地位，更援引「任何人均無對自己不利益供述義務」(nemo tenetur seipsum prodere) 之古老法諺，確立了不自證己罪原則之地位。此為以美國學者 J. Wigmore 為首之通說⁵³。

(二) 因應彈劾制度之產生

學者 John H. Langbein 則持反對看法，認為不自證己罪原則之發展乃因英國之刑事訴訟程序由糾問制度 (inquisitorial system) 改向彈劾制度 (adversary system)，且辯護人功能之發揮所漸進形成⁵⁴。其主要理由在於：

⁵³ 陳運財，〈刑事訴訟與正當之法律程序〉，民國 87 年 9 月，頁 317-318；許哲嘉，〈刑事程序緘默權理論之研究〉，國立中興大學法律學研究所碩士論文，民國 86 年 6 月，頁 6-11。但必須注意者係，J. Wigmore 並非毫無保留地贊成不自證己罪原則，並且曾經表示：「每天都有部分法院，因為這項原則做出錯誤判決」，詳參照 Sanford H. Kadish and Monrad G. Paulsen, *Criminal Law and Its Processes*, p.1010, Little, Brown and company, 3rd ed., 1975

⁵⁴ John H. Langbein, *The Historical Origins Of The Privilege Against Self-incrimination At Common Law*, 92 Mich. L. Rev. 1047 (1994), 1084-85

- 1、**糾問制度與不自證己罪原則互不相容**：從 16 世紀中葉至 18 世紀後半，由於刑事訴訟以糾問制度為基礎，故此時保障被告權利的機制，重心並不在於賦予被告緘默拒答之權利，而在設法給予被告充分的機會盡量陳述⁵⁵。亦即，在糾問制度底下，由於被告本身乃極重要之證據方法，並無理由賦予其保持沈默之權利，制度上甚至容許被告在法庭中未經宣示之發言⁵⁶，以促使被告針對起訴事實多做回應。論者以為此階段即已萌發不自證己罪原則之概念，實與施行中之刑事訴訟制度互相矛盾，蓋倘若在糾問制度底下採行不自證己罪原則，將喪失最重要的證據方法——被告。
- 2、**不自證己罪原則是彈劾制度下辯護人之策略形成**：在糾問制度下，伴隨著另一種現象是禁止被告選任辯護人。

⁵⁵ Supra note, 1047

⁵⁶ Supra note, 1049

雖然看似對於被告權利極度貶損，但當時法庭中公訴人缺乏的情形，一如法庭中缺乏辯護人；且法院依法必須為被告之利益考量，形同被告擁有法官之保護，所以也很巧妙地維持控辯雙方實質上之武器平等。擴大容許辯護人參與刑事訴訟程序，是自西元 1696 年以後乃至於 1836 年之漫長階段；最初僅止於叛亂罪，而後擴大至重罪犯（約 1730 年），直至 1780 年以後，辯護人始在刑事訴訟程序中大量地被使用⁵⁷，其後更於 18 世紀後期衍生出彈劾制度。刑事程序引入辯護人與改採彈劾制度，其主要原因在於：（1）案件之程序觀念形成、（2）無罪推定原則確立、（3）證據法則之施行、（4）公訴人之增加、（5）法官中立化、（6）陪審團運作獨立化。刑事訴訟程序如此劇烈變化之結果，不僅確立了彈劾制度，也透過辯護人之角色使被告退居第二線之地位，由辯護人

⁵⁷ Supra note, 1047-1051

代其發言、提出抗辯或採取任何作為；同時，辯護人也樂於採取「盡量不讓被告說話」之策略，職是，被告自然也得以保持沈默，而享有不自證己罪之特權⁵⁸。

3、古諺的起源真意並非用於刑事程序：「*nemo tenetur seipsum prodere*」此一古諺，文意上雖可為「任何人均無對自己不利益供述義務」之解釋，但其真旨並非適用在刑事訴訟程序，而係用以限定教徒悔罪的範圍。亦即，縱使身為虔誠的教徒犯有過錯，也只需至神父處告解即可，並無向法官或檢察官坦承犯行之義務⁵⁹。觀諸此一法諺，或可認為是政教分治狀態下的產物，但充作刑事訴訟不自證己罪原則之起源，似乎流於牽強。

4、學者 **J. Wigmore** 之引據錯誤：在 J. Wigmore 引為法院採納不自證己罪原則論據之判決，並非適例。例如有部

⁵⁸ Supra note, 1048-1049; 1069-1071

⁵⁹ Supra note, 1072

分為民事案件，而其爭執內容與被告是否自證己罪無關；在刑事案件中幾乎全部的被告則均為自己的辯護做出充分辯解；有部分案件之所以援引前述法諺，乃法官用以保護檢方證人不受辯方之交互詰問，並非保障被告權益；有部分案件法官援引該法諺的理由更在於，被告持續不針對訊問之問題做出回答，於是索性禁止該證人之陳述等等⁶⁰。此外，相較於其學說認同者 Leonard Levy 毫無保留地相信不自證己罪原則乃確立在清教徒革命之後，並讚嘆為無法避免的歷史結果，J. Wigmore 卻曾意識到英國國會的反應不合常理，亦即並未在清教徒革命後明確地接襲不自證己罪原則⁶¹。換言之，J. Wigmore 對於其主張似仍有所保留。

(三) 小結—本文觀點

⁶⁰ Supra note, 1077-1081

⁶¹ Supra note, 1081

通說認為不自證己罪原則之緣起乃基於星室法院與高等宗教事務法院之廢除、以及當下人民對於制度之反動，固然有其歷史上之時序根據，但此項刑事訴訟上之重要原則之形成，如係藉由人民劇烈反抗之大動作所達成者，以歐洲國家向來對於民權發展之重視程度，其原則之確立必定具有大幅度地、不可變地、宣示性地等特質，而非漸進式的變革過程，更不可能將此項人民積極爭取得來之權利遺漏於大憲章（Magna Carta）、權利請願書（Petition of Right）或權利法案（English Bill of Rights）之外⁶²。學者邊沁（Jeremy Bentham）亦認為不自證己罪原則乃當下偶然確立之制度，與人權覺醒無關⁶³。從而，學者 John H. Langbein 主張該原則乃因刑事訴訟制度逐漸採取彈劾主義之方向，透過辯護人策略之應用進而形成被告擁有不自證己罪特權之共識，似乎較為合理。

⁶² 許哲嘉，前註 53，頁 11。

⁶³ Jeremy Bentham, *Rational of Judicial Evidence Specially Applied to English Practec*, p.229, 1827, Vol.5。轉引自朱朝亮，《緘默權之研究》，收錄於〈刑事證據法則之新發展—黃東熊教授七秩祝壽論文集〉，民國 92 年 6 月，頁 314。

據此，不自證己罪原則乃因刑事訴訟制度由糾問制轉變為彈劾制的過程中，建立了控辯雙方交互對戰的模式、捨棄了以被告為主要證據方法的價值觀，從而必須在刑事程序中一方面為被告尋找適當的辯護人代其發言，另一方面賦予被告不自證己罪之特權，俾使這一套「代理人」的訴訟程序（檢察官為國家之代理人，辯護人為被告之代理人），能夠順利、公平地進行。否則即便賦予被告選任辯護人的權利，但未給予被告拒絕回答問題的保護傘，則彈劾制度與糾問制度事實上也無差異。易言之，不自證己罪原則事實上屬於彈劾制度下之一項配套措施，為訴訟制度改造發展下的必然結果，其意義在於藉由被告之沈默，使辯護人能夠充分發揮其功能。至於論者所謂「避免檢警刑求」、「不忍被告自證己罪」、「維護人權」等言，則非此一原則創始之獨立制度目的，至多僅可解為刑事程序之所以淘汰糾問制度、改採彈劾制度之背景因果，甚或屬於事後論證之補充理由。

二、美國之發展——合而為一的不自證己罪原則

由於組成份子大多為英國殖民，美國原則上承繼了英國法制，但在時空之推移、歷史之背景下，卻也發展出異於英

國之獨特運作方式。前已述及，美國將被告之不自證己罪原則納入其憲法修正案中，並稱之為特權（privilege）而非權利（right），足見其對於此項原則之重視。這項創舉也是從未發生在英國法制史上的。以下針對美國就不自證己罪原則之實行現況，為一概括性之說明。

（一）不自「證」己罪之正名

美國就不自證己罪原則最異於英國者，在於美國採取合而為一的不自證己罪原則，破除被告緘默權或拒絕證言權之區別，使被告無論在自己或他人之案件，皆行使相同之「不自證己罪特權」。依法，被告在美國之法庭上具有證人適格⁶⁴，其如欲發言，必須以證人之身分為之，原則上並不准許被告在法庭上未經宣誓（相當我國之具結程序）而發言。蓋在美國法之審判程序中，被告如行使其不自證己罪特權，即

⁶⁴ 18 U.S.C. §3481

與整個訴訟程序脫離，猶如法庭內之旁觀者，置身審判程序外，無人可對其提出詢問或詰問⁶⁵。

換言之，被告擁有可選擇是否站上證人席位作證之權利，惟一旦站上證人席位，則必須與其他證人同負成立偽證罪之風險、接受交互詰問，其所為陳述亦不再僅是陳述，而係證詞，可援用在任何人（包括自己）之刑事案件。

（二）不自證己罪原則適用之範圍

並非所有與被告有關連之言論、作為、物品皆屬不自證己罪特權保障之範疇，原則上受不自證己罪特權保障者，只有「證言」一項⁶⁶，因此法院命被告撰寫調查報告、抽血檢驗、接受指認、甚至提出自己所經營公司有關之商業紀錄或

⁶⁵ 劉海倫，〈緘默權之理論與實務〉，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 112，民國 92 年 6 月。

⁶⁶ Casenote Legal Briefs, *Criminal Procedure –Keyed to Saltzburg and Capra’s American Criminal Procedure Seventh Edition*, p.55, Aspen publishers, 2005

日記，均不為不自證己罪原則所拘束⁶⁷。

又，何種情形構成「自證己罪」？亦即，被告誠然可以選擇完全拒絕陳述、拒絕站上證人席，但在選擇站上證人席的狀況下，於接受如何之詢問時可以主張不自證己罪特權？要之，其判別標準在於「被告是否會因其進一步陳述導致增加其遭受起訴之風險（add to the risk of prosecution）⁶⁸」。以 *Rogers v. United States* 案⁶⁹為例，某證人先是證述了他曾經擔任共產黨的官員，並擁有黨員名冊等物，但在遭受詢問其之後將該等物品交予何人時，該證人援引不自證己罪原則拒絕陳述，卻遭法院駁回。原因在於，是否揭露後手之姓名資料，與先前已為之自我入罪證述無涉，且若容許被告在陳述大範圍之事實後隱瞞其細節，可能對於事實有所扭曲⁷⁰。但若遭

⁶⁷ Graham C. Lilly, *An Introduction to the Law of Evidence*, p.424-429, West publishing co., 1987

⁶⁸ *Supra* note, p.435

⁶⁹ 340 U.S. 367 (1951)

⁷⁰ Yale Kamistar, Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel and Nancy J. King, *Basic Criminal Procedure -Cases, Comments and Questions*, p.718, West group, 9th ed.,1999

受詢問另案犯罪事實 (a different offense)，則自然可以援引不自證己罪特權拒絕陳述⁷¹。

(三) 例外情形

不自證己罪原則並非絕對價值，存有例外如下：

1、放棄特權

不自證己罪原則在美國法規範中屬於特權，但一如美國法尊重個人決定之特質，此一特權仍可合法拋棄 (waive)。雖然拋棄理論上需要當事人基於明知 (knowingly)、自願 (voluntary)、理性 (intelligent) 而明示為之，但實務上也同時承認暗示的拋棄，例如就特定犯罪事實站上證人席位作證⁷²，此時無庸另為拋棄聲明，其特權也視為經合法拋棄。至

⁷¹ Supra note

⁷² Graham C. Lilly, supra note 67, p.434-435

於被告若在預審程序拋棄其不自證己罪特權，是否即不得再於嗣後之審理程序（即便針對同一犯罪事實）主張之？實務對此並未獲得共識，多數見解認為被告可再援引不自證己罪特權，但亦有持反對見解者，認為此時同樣並未提升該人遭受起訴之風險，並無回復其不自證己罪特權之必要⁷³。

2、有罪答辯或已經判刑確定

被告若就特定犯罪事實做出有罪答辯（plea of guilty）⁷⁴或就該犯罪事實曾遭判刑確定（無論有罪、無罪）⁷⁵，由於皆已無法增加該被告就該犯罪事實遭受追訴之風險，因此同樣會發生使被告喪失不自證己罪特權之效果。尤其一經有罪答辯即生喪失不自證己罪特權之效果，無須等待至宣判程

⁷³ Graham C. Lilly, *supra* note 67, p.436.但本問題如採多數見解，承認此時被告可以拒絕上台作證，則此時如何與前述「可繼續詢問犯罪事實有關細節」之原則調和，則未見有文獻說明。

⁷⁴ Spencer A. Gard, *Jones On Evidence –Civil and Criminal*, §22:10, Lawyers cooperative publishing, 6th ed., volume4, 1972

⁷⁵ Paul F. Rothstein, *Evidence In A Nutshell: State and Federal Rules*, p.463, West publishing co., 1981

序，其效力相當鉅大⁷⁶。只是倘若被告乃基於認罪協商（plea bargaining）程序所為之有罪陳述，則必須特別注意在協商程序中，被告之權益是否已充分地被保障，以及其認罪是否出於自由意志⁷⁷。

3、豁免命令（the order of immunity）

雖然不自證己罪特權效力相當強大，但美國法為了衡平國家追訴犯罪之公益，特別設有「豁免命令」之制度。依法，檢察官只要認為某人之證言或所掌握之資訊對於公共利益有必要性⁷⁸，且該證人已拒絕或可能拒絕作證或提出該等資

⁷⁶ Spencer A. Gard, supra note 74

⁷⁷ Spencer A. Gard, *Jones On Evidence –Civil and Criminal (Cumulative Supplement)*, p.21, Lawyers cooperative publishing, 6th ed., volume4, 1991

⁷⁸ 此處檢察官應納入裁量之判斷標準，U.S.A.M. §9-23.21 設有規範可供依循，包括：（一）在刑法執行效果上，對於偵查及追訴之重要性；（二）證人之證言對於偵查或追訴之價值；（三）遵守強制命令而完全陳述之可能性，以及不遵守強制命令之制裁之有效性；（四）犯罪之涉案程度與其犯罪前科紀錄；（五）強制證言前之對證人追訴之可能性；（六）基於強制證言命令證言者，對其所附隨之不利影響。詳參許家源，〈證人刑事免責制度之研究〉，國立台北大學法學學系碩士班碩士論文，頁 77-79，民國 90 年 6 月；Yale Kamistar, Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel and Nancy J. King, supra note 70, p.733-734。

訊，即可在獲得司法部長（Attorney General）、副司法部長（Deputy Attorney General）、準司法部長（Associate Attorney General）、助理司法部長（Assistant Attorney General）、或副助理司法部長（Deputy Assistant Attorney General）之許可下，向法院聲請核發豁免命令⁷⁹。依據豁免命令，該證人即不得再主張不自證己罪特權，而必須站上證人席做出證言或提供相關資訊⁸⁰，且若故意為虛偽陳述，同樣得接受偽證罪之制裁；惟如拒絕為之，則將以藐視法庭罪論處⁸¹。據此，受核發豁免命令之人，似乎並無退路可選，必須身為證人做出完整、真實之陳述。

但豁免命令之合憲性也並非毫無爭議，畢竟不自證己罪特權屬於憲法層次之規範，豈可以聯邦法律規定變相侵害該等特權？只是論者一致認為，憲法之所以增訂不自證己罪特

⁷⁹ 18 U.S.C. §6003

⁸⁰ 18 U.S.C. §6002

⁸¹ *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972)

權，其主要目的在於避免證人因受強迫取證而遭受追訴，既然豁免命令可以事實上有效使該證人免除受刑事追訴之風險（假設該證人不為偽證且為完整充分之陳述），自然實質上也不致對預期不自證己罪特權構成侵害⁸²。

換言之，美國法肯認在特定情況下，追訴犯罪之公共利益乃較個人之不自證己罪特權更為重要，不得不在具體案件給予犯罪組織下層者豁免命令以換取對組織管理者之關鍵證據⁸³。只是承前所述，在核發豁免命令之同時必須確保該證人可以避免遭受追訴之風險，是故除特定證人可配合證人保護計畫（witness protection program）接受生活上之保護外，法律另外提供其不受追訴之保護傘，否則如此以藐視法庭罪強逼他人作證，再以該等證詞將該證人入罪，顯然對其不自證己罪特權構成侵害而違憲。只是該等免責效力並非無窮無

⁸² Yale Kamistar, Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel and Nancy J. King, *supra* note 70, p.729

⁸³ *Self-Incrimination: Right or Privilege?*, <http://faculty.ncwc.edu/toconnor/410/410lect13.html> (2006/5/6)

盡，僅侷限在該受豁免命令者所提出之證詞以及資訊，不得於嗣後對該人之訴訟程序使用而已⁸⁴，亦即，此種免責效果屬於使用免責（use and derivative-use immunity），而非行為免責（transactional immunity），檢察官仍可使用與該等證詞無關之其他證據，起訴該受豁免命令之人。之所以採納使用免責而非行為免責的原因在於，給予行為免責之效力太過強大，容易造成證人選擇性供述、證言誇大之負面效果；因此採取使用免責，可以使證人警惕必須據實、充分證述，以免檢方日後取得其他對自己不利之證據再行起訴⁸⁵。

三、英國之反思—對被告緘默權之緊縮

不同於美國單一之不自證己罪原則，英國法仍然區別被告之「緘默權」（right to silence）與「拒絕證言權」（privilege against self-incrimination）為兩種不同概念。英國法關於被告

⁸⁴ Supra note 80

⁸⁵ 許家源，前註 78，頁 16-19。

之拒絕證言權部分，未見文獻有所特別著墨；但其近年來關於限縮被告緘默權之主張，由於和所謂之當代人權潮流看似背道而馳，卻引起各國法學界之高度注意⁸⁶。其身為不自證己罪原則之發源國，卻在數百年後率先對此提出法制上的反省，必存有相當之理由或背景，茲簡述該修正新法之沿革與內涵如下：

（一）論者角力

相對於不自證己罪原則在美國熱烈蓬勃地發展，在不自證己罪原則初肇地的英國，卻面臨論者反對將緘默權無限上綱之聲浪。反對者之理由主要為：（一）對犯罪者之檢舉與

⁸⁶ 話雖如此，但觀諸 1950 年制訂之歐洲人權公約（The European convention on Human Rights），其中第 6 條保障之被告刑事訴訟法上權利，也僅止於無罪推定原則、受詳盡告知之權利、有適當時間與機制準備抗辯之權利、選任辯護人與取得法律扶助之權利、與證人交互詰問之權利、以及使用通譯之權利。連使用通譯之權利也可引為歐洲人權公約對被告之「最低程度保障」，卻未將不自證己罪原則納入規範，是否歐洲法體系（包含歐陸與英國）向來對不自證己罪原則見解分歧、無法取得共識，以致不將之視為所謂「人權立國之基本精神」，頗值玩味。

處罰並非是一種遊戲，它是現實的、誠摯的社會經營行為，在偵訊犯罪嫌疑人時，刻意的告知緘默權之存在，希望犯罪嫌疑人能主動自白而協助正義之實現的作法，無異為緣木求魚；(二) 在偵訊時，無辜者將極力辯駁，此毋寧是通常之現象。因此，緘默權無非是專門提供給無法辯駁或言語矛盾之真犯人一個有利的地位，而為那些組織犯罪者或犯罪經驗豐富者所惡用，此顯然是有礙於犯罪者之檢舉及處罰；(三) 因為無辜者毫無隱瞞事實之必要，故即便其未保持緘默，亦不會因此而遭受實質上不利益；(四) 犯罪嫌疑人或被告之所以行使緘默權，無非是希望藉由這種「在公判前不作任何防禦上之主張，而在公判時再極力提出防禦上之主張」之所謂的「突襲的抗辯 (ambush defence)」，以讓檢方無法針對其主張之事實即時作調查或提出反證，此將產生有罪者卻免受處罰之罪刑不符之現象；(五) 因為無辜者通常會在警察

偵訊時或公判時作辯駁，故若無特殊情事，而在上述場合卻不作辯駁時，依一般人的自然感覺，甚難不去質疑該人是否犯罪者。因此，現行制度下，要求法官必須向陪審團告誡不得對被告緘默之事實作不利益被告之推定且不許將其作為補強證據之作法，不僅是違反常識，且無異強迫陪審員表演「精神特技」(mental acrobatics)⁸⁷。

但緘默權相關理論在英國植根已久，篤信其理念者亦不在少數，雙方因此展開激辯過程，前後經過「警察權限及程序皇家委員會」(Royal Commission on Police Powers and Procedure)於1928、1929年之提案研討、「刑事法修正委員會」(Criminal Law Revision Committee)於1972年之修法報告、「刑事程序皇家委員會」(Royal Commission on criminal Procedure)於1981年之修法報告、「警察與刑事證據法」(Police and Criminal Act 1984, 簡稱PACE)及1988年、1989

⁸⁷ 許哲嘉，前註53，頁133-134。

年之緘默權研討會之研究討論、「刑事司法皇家委員會」(Royal Commission on criminal Justice)於1993年之研究報告等多次交鋒。雖然傳統緘默權之支持者在歷次之提案討論皆佔有多數優勢，但最終仍然不敵居高不下之犯罪率與人民改革治安現況之企盼，而於1994年在「刑事司法與公共秩序法」(Criminal Justice and Public Order Act 1994)之制訂中，正式採納限縮被告緘默權之觀點⁸⁸。

(二) 新法對於被告緘默權之緊縮

於新制訂之刑事司法與公共秩序法中，對於被告緘默權之緊縮，並非透過處罰規定迫使被告為任何陳述，而在於增加多種情狀供法院(court)、法官(judge)、陪審員(jury)、治安法官(magistrate)得就被告之沈默狀態，為合乎經驗法則之論理(draw inference as appear proper)，因此事實上很可

⁸⁸ 許哲嘉，前註53，頁134-144。

能造成對被告不利之推斷。其適用情形大致如下：

- 1、被告於受警方就犯罪事實之發生為訊問、受起訴之正式通知、或遭起訴時，有證據顯示被告在合理情形下本能提出特定事實作為抗辯，卻未能就該等事實及時提出者⁸⁹。但警方應先對於被告做出對此相關之權利告知（caution），例如：「你可以保持緘默，但如果你之後受訊問時保留部分抗辯至法院始提出，你的那些抗辯將會受損，而你所說的任何話都將成為呈堂證供。」⁹⁰。
- 2、於審判中，在檢方提示證據階段結束前，被告本能提出

⁸⁹ Criminal Justice and Public Order Act 1994, Article 34 (1) :

Where, in any proceedings against a person for an offence, evidence is given that the accused—

(a) at any time before he was charged with the offence, on being questioned under caution by a constable trying to discover whether or by whom the offence had been committed, failed to mention any fact relied on in his defence in those proceedings; or

(b) on being charged with the offence or officially informed that he might be prosecuted for it, failed to mention any such fact,

being a fact which in the circumstances existing at the time the accused could reasonably have been expected to mention when so questioned, charged or informed, as the case may be, subsection (2) below applies.

⁹⁰ “You do not have to say anything. But it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in Court. Anything you do say may be given in evidence.”, Police and Criminal Evidence Act 1984 Code C, 10.5 (b)

相關證據卻未提出，或在宣示作證後無正當理由拒絕回答問題者⁹¹。但若存有被告未滿 14 歲、被告之有罪無罪並非本案爭點、依據被告之身心狀態無法提出證據、被告之辯護人向法院陳報被告將提出證據、或法院可確定被告將提出證據等情形，不在此限⁹²。

- 3、被告遭警方逮捕時，其身體、衣著上有可疑痕跡、持有可疑物品、或其受逮捕時之處所存有上述痕跡或物品；警方據此可合理懷疑該被告與系爭犯罪事實間存有關連，並在告知警方之主觀確信後，要求被告就上列事項為解釋，經被告拒絕解釋者⁹³。

⁹¹ Criminal Justice and Public Order Act 1994, Article 35 (2) :

Where this subsection applies, the court shall, at the conclusion of the evidence for the prosecution, satisfy itself (in the case of proceedings on indictment, in the presence of the jury) that the accused is aware that the stage has been reached at which evidence can be given for the defence and that he can, if he wishes, give evidence and that, if he chooses not to give evidence, or having sworn, without good cause refuses to answer any question, it will be permissible for the court or jury to draw such inferences as appear proper from his failure to give evidence or his refusal, without good cause, to answer any question.

⁹² Criminal Justice and Public Order Act 1994, Article 35 (1)

⁹³ Criminal Justice and Public Order Act 1994, Article 36 (1) :

- 4、被告在系爭犯罪事實發生後，當場或旋即在某處所被發現，因而遭逮捕時，倘警方據此可合理懷疑該被告與系爭犯罪事實間存有關連，並在告知警方之主觀確信後，要求被告就其出現在上開處所之原因為解釋，經被告拒絕解釋者⁹⁴。
-

Where—

- (a) a person is arrested by a constable, and there is—
(i) on his person; or
(ii) in or on his clothing or footwear; or
(iii) otherwise in his possession; or
(iv) in any place in which he is at the time of his arrest,
any object, substance or mark, or there is any mark on any object; and
(b) that or another constable investigating the case reasonably believes that the presence of the object, substance or mark may be attributable to the participation of the person arrested in the commission of an offence specified by the constable; and
(c) the constable informs the person arrested that he so believes, and requests him to account for the presence of the object, substance or mark; and
(d) the person fails or refuses to do so,
then if, in any proceedings against the person for the offence so specified, evidence of those matters is given, subsection (2) below applies.

⁹⁴ Criminal Justice and Public Order Act 1994, Article 37 (1) :

Where—

- (a) a person is arrested by a constable was found by him at a place at or about the time the offence for which he was arrested is alleged to have been committed; and
(b) that or another constable investigating the case reasonably believes that the presence of the person at that place and that time may be attributable to his participation in the commission of an offence; and
(c) the constable informs the person that he so believes, and requests him to account for the presence; and

與第 34 條相同，法律就適用第 36、37 條之部分亦設有告知規範，稱之為特別警告 (special warnings)。其內容包括：(一) 警方正在調查之犯罪事實為何；(二) 被告所應提出解釋之事實 (即為何持有特定跡證) 為何；(三) 警方相信該等事實乃因被告參與系爭犯罪所致；(四) 倘若被告拒絕就該事實為解釋，法院得將其沈默依據一般經驗法則做出判斷；(五) 以下之訊問內容將被錄音，並在被告經起訴後作為呈堂證供⁹⁵。

綜上可見，英國法基於刑事訴訟公益性之需求，雖不限制被告保持沈默的權利，但也同時容許了法院在一般人合理的懷疑情形下 (例如在案發後遭發現持有凶器)，對於被告之沈默做出符合經驗法則之推論。其欲透過修法改變部分被告惡用緘默權之努力，不難理解；但這種修法實際上可能產

(d) the person fails or refuses to do so, then if, in any proceedings against the person for the offence, evidence of those matters is given, subsection (2) below applies.

⁹⁵ Police and Criminal Evidence Act 1984 Code C, 10.12

生之衍生效果，卻不是單單「未直接限制被告緘默之權益」可以敷衍。亦即，被告之所以遭警方調查、檢方起訴，或多或少皆有其實質上之物證、人證，因此前述各種被告應提出說明之規範條件，其射程涵括了大多數被告受偵訊調查時之情形。蓋被告之所以成為本案犯罪嫌疑人，必定在人、事、時、地、物之種種因素中，與真正犯罪者有某種事實上、或巧合性之關連⁹⁶；即便可以繼續保持緘默至審判中，也必須承擔適時提出抗辯之義務，而無法單純地在法庭上保持緘默。基此，被告在情勢所迫下似乎不得不對於檢、警提出之證據、疑點、或其所能觸及之各種抗辯提出說明，否則很有可能在審判時遭受不利之推斷。是故論者有謂緘默權在英國之實效性已遭大幅限制，甚至等同於廢止之效果⁹⁷。

⁹⁶ 試舉一例說明。喧騰一時之南迴火車翻車案（本案尚未判決），被告李泰安究竟是否為實際犯罪者，尚未可知，但其因為係被害人陳氏紅琛配偶李雙全（已死亡）之兄長，始遭受檢、警之注目進而著手追查，卻是不爭之事實。

⁹⁷ 青山彩子，《イギリスにおける「黙秘権の廢止」立法について》，〈警察學論集〉，第48卷第12號，1995年12月，頁130。轉引自前註53，陳運財，頁355。

（三）在新法施行後之實證研究

在新法施行後，由於迥異於全球風行之人權至上政策，自然引發多種評論與檢討，對本次修法效果抱持悲觀看法之學者，其論點主要為：在刑事案件中實際行使緘默權之情形仍屬少數，難謂緘默權之保障妨礙了犯人的處罰；而且縱使立法容許為不利益之推論，對於組織犯罪或職業犯罪者而言，在經程序上的利害評估後，想保持緘默者仍舊會有意識的保持緘默，而不受影響。因此，此項立法或許只不過是政府為了對犯罪展示其強硬姿勢之象徵性的意義而已⁹⁸。

顯然英國官方也對其修法後之差異變革抱持相當之興趣。英國內政部（Home Office）委由 Tom Bucke 與 David Brown 在 1995 年 8 月至 1996 年 2 月間，針對新法施行後之狀況著手一項實證研究調查，並在 1997 年提出相關研究報

⁹⁸ 井上正仁，《イギリスの黙秘権制限法案（2・完）》，〈ジュリスト〉，第 1054 號，1994 年 10 月，頁 92。轉引自前揭註，頁 355-356。

告，其中包含了以實證統計方式觀察新法施行後對於刑事訴訟實務有何影響⁹⁹。報告內容指出：(一)新法實施後，被告針對警方之訊問回答所有問題的比率，從 77% 提升至 84%；僅就部分問題拒絕回答的比率，從 13% 降至 10%；完全保持緘默之比率，由 10% 降至 6%，被告行使緘默權之比率顯然有所降低。伴隨著此一現象的是，越多接受法律諮詢之被告，呈現越低之行使緘默權比率，原因可能在於提供法律諮詢者提醒被告在新法下保持緘默之後果。(二)話雖如此，被告講的話變多了，坦承犯罪之比率卻未見顯著提升；修法前被告在警局坦承犯罪之比率為 55%，在修法後僅微微提升至 58%。(三)被告面臨越嚴重之罪名，行使緘默權之比率也隨之提高，重罪被告完全緘默之比率為 14%；普通罪被告完全緘默之比率為 7%；輕罪被告完全緘默之比率則僅有 3

⁹⁹ 其統計與比較方式為：先選定一個在修法前做出之統計研究，然後依據該研究之研究方法，在相同的警局以相同的問卷進行。雖然受測之被告並非相同，但此畢竟為新法施行狀況實證研究者難以跨越之障礙。

%。(四)另外單獨就新法規範之「特別警告」所做的統計(僅就刑事司法與公共秩序法第36、37條之疑點訊問,不含其他問題),發現在受特別警告後,仍有高達70%(第36條)、77%(第37條)之被告不願提出任何說明。只是報告同時指出,由於該等特別警告之制訂目的,只在提供嗣後程序額外的證據,從而單純就此項問題做成統計資料,也僅止於統計上的意義,無法辨別該等新法之成效¹⁰⁰。

數字的意義見仁見智,並無一定標準可循。針對以上之研究報告,樂觀者可解讀為:「被告願意提供更多供調查審理之資訊,只要法院擁有的證據資料增加,必定有助於真實之發現」,悲觀者亦可繹演成:「縱使被告提供之資訊增加了,但並非所有資訊都是真實的,反而法院必須耗費更多資源去處理這些資訊」。據此,英國在新法施行後之優劣得失,

¹⁰⁰ T Bucke and D Brown, *In Police Custody: Police Powers and Suspects' Rights Under the Revised PACE Codes of Practice*, p.34-38, Home Office, London, 1997

實難一語斷定。但從新法施行至今並未發生重大法律爭議事件看來，或許先前關於是否應限縮被告緘默權沸沸揚揚的學者爭論，不過是法律學界茶壺中之風暴；犯罪嫌疑者之權益與反應，則未因此受有劇烈之影響。是故，英國之修法方向，似乎也成為一條可行之路，值得繼續加以研究、注意。

肆、以英美法制為借鏡對於共同被告拒絕證言

權之反思

無論從美國的豁免命令制度或是英國刑事司法與公共秩序法的修正，不難看出不自證己罪原則經過了數個世紀的推演後，至今仍保持一個相對價值的角色。亦即，不自證己罪原則所欲維護之利益，不僅在特定情形下可以透過其他利益之交換予以破壞（強制作證與證人免責），也可能承認在特定情形下行使該權利為不正當之濫用（對於緘默權之評價）。在我國近年來多次修法與大法官解釋皆致力以維護被告利益為原則之狀況下，確有必要避免矯枉過正，時常檢視所制訂或解釋之法律系統是否不當擴張被告利益、或欠缺彈性調整被告私益與國家公益之機制。以下，本文試圖針對共同被告拒絕證言權部分，基於前述不自證己罪原則之起源與英、美二國之價值取捨，就我國相關法制提出解釋適用之原則。

一、重新檢視賦予共同被告拒絕證言權之意義

不自證己罪原則於現代之意義為：(一) 保護無辜被告，避免其在陳述時的拙劣表現而被認定自己有罪；(二) 防止刑求；(三) 藉由減少不可信的陳述、減少偽證、迫使執法人員積極發現其他客觀證據，以幫助發現真實；(四) 維持政府與人民的權力均衡；(五) 保護隱私權；(六) 確立檢方之舉證責任¹⁰¹。雖然前已述及，該等價值判斷與前述不自證己罪原則之起源並無論理上之關聯，僅係論者事後諸葛之見¹⁰²，但既然不自證己罪原則屬刑事訴訟彈劾制度下配套措施之一，被告已自訴訟之客體轉換為程序主體，則完全地廢除不自證己罪特權顯然將違背現代刑事訴訟之基本精神，難以採行。

但若就共同被告所得行使關於刑事訴訟法第 181 條之拒絕證言權獨立觀察，此時由於該共同被告對於其他共同被告

¹⁰¹ 周欣穎，〈刑事訴訟上緘默權之研究〉，中國文化大學法律學研究所碩士論文，民國 93 年 6 月，頁 15-18。

¹⁰² 亦即並非基於此等需求始產生不自證己罪原則，而是不自證己罪原則可能事實上帶來這些效果，只是時光無法倒流，這些論理實際上也無法驗證。

而言僅乃證人身分，不再具有當事人之身分，是故其雖受不自證己罪原則之保護，但毋寧認為此種情況下的不自證己罪原則，已經脫離傳統典型以被告為當事人的不自證己罪原則，而係例外地在他人案件中納入不自證己罪原則之保護傘下。蓋此時該共同被告既非刑事訴訟彈劾制度之當事人，身為彈劾制度配套措施、原意乃欲使辯護人充分發揮功能之不自證己罪原則，理論上自亦失所附麗。不自證己罪原則之所以形成如此分野，其原因在於程序目的不同。在訊問被告之程序，目的在於調查該被告之犯行；在要求共同被告作證之程序，目的則是調查其他共同被告之犯行，至於該名作證之共同被告，其證詞如何對自己不利，本來就不在該程序之預設目的中。換言之，在以共同被告為證人之調查程序中，原本即不包括以該共同被告之證述作為將其定罪之企圖，一如我國嚴格區分被告與證人兩種證據方法、並禁止將兩種調查所得陳述交互使用。那麼，為何還需賦予共同被告刑事訴訟法第 181 條之拒絕證言權？

對此問題，觀察美國法制便可明瞭。在美國法制下，共同被告在證言台上之證詞，可以作為對自己案件之證據，既然如此，由於以被告身分調查或以證人身分調查該共同被

告，實質上之程序目的無何差異，皆在發現實體真實，自有必要將該共同被告之不自證己罪特權（緘默權）提前至作證程序發揮效力，填補緘默權可能產生之空隙。亦即，共同被告之拒絕證言權產生之兩個背景因素，其一是其所為證言將來可以直接被作為自己定罪之證據；其二則是其所為證言可能揭露部分事實，間接引導檢警啟動偵查取得線索。這也是為何美國法之證人免責制度，其設計重點在於賦予該證人所為證詞嗣後不得作為證明其犯罪之證據，並繼續追究其證述之偽證責任；而不在強調證人不自證己罪特權之位階，而認定此種受迫性的證詞不應受偽證罪之處罰。畢竟此種共同被告之拒絕證言權本為共同被告在他人刑事被告案件中作證時，其緘默權保障不足所生之特別產物，只要能夠保障其緘默權實質上不受任何損害，調查證人程序自仍以取得證人真實、負責之證述為最終目的。

因此刑事訴訟法第 181 條之拒絕證言權顯示出幾點特徵：（一）該條拒絕證言權之賦予，係該共同被告於自己程序中所得行使緘默權之附屬性質，其規範強度與受保護之密度程度較低，故如附加禁止該證詞直接或間接對其使用之條件，在確認其證述過程中其緘默權不受影響之前提下，為實

踐國家對於另名被告刑罰權之行使，該拒絕證言權並非不能忽視，而得自該共同被告獲取高信用性（經具結）之證述；（二）在該條拒絕證言權之規範體系下，因正在踐行之程序乃針對其他被告之調查，故所應著重者並非賦予該共同被告何時得行使拒絕證言權，而係如何兼顧該共同被告之緘默權保障，並取得其在他人案件中身為證人之證述。

二、對於共同被告行使拒絕證言權之限制

異於美國，我國採取被告與證人兩種調查程序之立法，等同限制了共同被告於證人程序中所為證述之使用範圍，不能及於該共同被告本身之論罪科刑程序。於是在我國法制下，關於共同被告之拒絕證言權是否受到侵害之判斷，也僅止於該共同被告所為證述是否遭持為間接取得對其不利證據之基礎。準此，關於共同被告行使拒絕證言權之限制應調

整如下¹⁰³：

(一) 程序更迭與拒絕證言權

前已述及¹⁰⁴，基於緘默權放棄以及未增加起訴或定罪風險理論，共同被告拒絕證言權之限制主要在於「對已陳述之部分不得拒絕證言」，亦即共同被告曾經坦承多少事實，檢察官與法官便可就該等事實要求共同被告立於證人地位提出證述。同樣以甲、乙共同竊車為例，如甲在受訊問時承認：「我與乙共同於某時、地竊取機車一台」，而檢察官或法官命甲就乙涉嫌該起竊盜案作證，訊問：「某乙是否與你共同竊取該車」時，因甲即便證述其與乙一同竊車，一來該等陳述不得持至審判某甲之程序中使用；二來由於檢警已經知悉某甲與某乙竊取該車之犯行，某甲該等證述也並無開啟檢警

¹⁰³ 以下討論皆以共同被告行使拒絕證言權為原則，蓋如共同被告不行使拒絕證言權而全程配合證述，不會產生以下問題。

¹⁰⁴ 參本文貳、二、(三)與參、二、(三) 1、之說明。

對此部分犯罪事實偵查行動之可能，故應認為此時不得賦予某甲拒絕證言權。惟訊問內容涉及某甲是否與某乙另外涉及其他犯行時，因某甲之答覆可能揭露檢警尚未察覺之犯罪事實，有增加其受起訴與受有罪判決之風險，故得行使拒絕證言權，不在話下。

至於在我國與美國同樣產生爭議的部分，即共同被告先前之陳述，可否在次一刑事程序階段作為認定「已陳述事實」之基礎的問題¹⁰⁵，本文認為：美國多數見解否定其為已陳述事實之理由，關鍵在於被告所為證詞可作為自己案件中之證據，故共同被告就「某次犯罪事實之參與」陳述一次或二次，可能影響陪審團之心證，進而承受遭有罪判決之較高風險，形同「認罪認到底」之現象；但我國刑事訴訟法區別被告與證人兩種證據方法，某共同被告作證之證述，在該共同被告之案件中法官對該等證述應予忽略，且該共同被告在自己之

¹⁰⁵ 此部份乃本文對於本文貳、二、(三)末段中學者王兆鵬所提意見之評論。

案件中仍可繼續保持緘默，從而即使該共同被告因一次陳述導致必須成為其他共同被告之證人，該等證詞亦不會對自己之案件造成影響，只剩下有無提供線索予檢警進行進一步之追查。然而，除非問題範圍超過該共同被告先前所為陳述之內容，否則該共同被告先前所為陳述已成為檢警偵查之資料，事實上不可能增加該共同被告受其他犯罪事實偵查之風險，因此，在我國之法體系下，似乎認為在先前程序之陳述，可以成為共同被告行使拒絕證言權之限制，較為合理。例如某甲在警詢中承認與某乙共同竊車，則至偵查中檢察官以被告身分訊問某甲時，某甲仍可保持緘默，但以證人身分訊問某甲關於某乙之犯罪事實時，某甲則不得行使拒絕證言權。

（二）有罪答辯

美國法普遍承認共同被告如為有罪答辯，即不得行使拒絕證言權，該原則得否適用於我國？本文認為，刑事訴訟法第 181 條之拒絕證言權既乃緘默權之附屬產物，則某共同被告願意放棄緘默權接受起訴事實認定之犯罪事實，依據權利放棄理論，自也不得行使其拒絕證言權，而應就其他共同被告被訴之犯罪事實提出證述。

(三) 強迫取證與證人免責

前述美國法之強迫取證與證人免責制度，早於民國 70 年代即有學者倡議採納¹⁰⁶，本文亦持肯定看法，認為該等制度相較於我國現行之證人保護法相關規範，我國證人保護法不僅限於特定犯罪，運用彈性較差，且關於提供證述之證人其涉嫌犯罪之保護亦較薄弱，區分為減輕、免除其刑、或不起訴處分，易使共犯證人擔心其所涉罪嫌處理結果之不確定性，而難全盤托出實情；反觀美國法之強迫取證與證人免責制度，不僅在適用案件上彈性大（不限案件類型，只問公共利益與該共犯之私益權衡），其免責效果也使共犯證人擁有更高意願托出實情（講得越多，免責範圍越大），明顯具有更高之實效性。

至於我國在採取美國法之強迫取證與證人免責制度

¹⁰⁶ 王茂松，《論證人之拒絕證言權（上）》，載於〈軍法專刊〉，第 28 卷第 5 期，民國 71 年 5 月，頁 30。

後，關於共同被告作證部分可能產生以下影響：（一）在共同被告依法行使拒絕證言權之情形下，可依法核發強迫取證命令，迫使該共同被告就其他共同被告之犯罪事實為證述。（二）在強迫取證之狀況下，該共同被告所為之任何證述不得直接或間接在該共同被告之案件中使用，此一效果與違反刑事訴訟法第 186 條第 2 項拒絕證言權告知之效力，毫無二致；換言之，既然違反他人意願強制作證之法律效果，仍然可以在他人之案件中被視為有證據能力之證據，或許可以推演出「任何違法對證人取證所得證述，在其他共同被告之案件中皆具備證據能力，只是證據力仍須由法院依自由心證判斷」之結論，可能事實上限縮了衡平原則在刑事訴訟法第 158 條之 4 關於違法取得證人證述情形之適用。（三）由於強迫取證之證人免責乃以「使用免責」為原則，而非「行為免責」，理論上檢、警仍可依據該共同被告受迫為證述「前」已蒐集

之證據起訴該共同被告，是故檢、警必須在卷證之整理上，明確區別該共同被告受迫為證言前與證言後之部分，否則如果無法確定某證據資料係何時獲取，在檢察官應負舉證責任之原則下，該證據應被推定基於該共同被告之證述所蒐得，受有該共同被告所為證言之污染，而在將來無法藉此追訴該共同被告之犯罪，不可不慎¹⁰⁷。

三、價值觀之選擇

針對以上論點，最易引起疑惑之處在於：為何可以如此以追求實體真實為目標，而犧牲被告表意的權利？被告先前所為陳述可能基於各種理由，或許完全符合真實、也或許部分誇大不實，但具結作證需負偽證罪之風險，為何僅因被告就特定犯罪事實為陳述後，即負擔對該等陳述具結屬實之義務？如此是否對於被告過苛？

¹⁰⁷ 關於證據是否遭污染之判斷，詳參許家源，前揭註 78，頁 83-87。

對此，只要先換個角度思考：「為何可以如此以追求保護被告權利為目標，而犧牲實體真實的追求」，不難發現，本問題其實屬於價值取捨問題，並無絕對是非。蓋追求實體真實有其必要，但也無法容許不擇手段地追求；被告與眾人相同為人，其權益自然必須受到保障，只是如果認為被告權利必須完整保障，又何必設置自由刑等侵害人身權利之處罰？換言之，刑事訴訟程序本為追求實體真實與保護被告權益二項目標衝突與權衡下的產物，例如搜索、逮捕、羈押等制度皆然，有准許發動的要件，也有限制發動的條件。該等要件與限制，便係前述衝突與權衡下，經認定合理之中點；以此等要件與限制為原則，我們可以容許部分的實體真實不被發現，也能容許對部分的被告利益給予侵害。

回到共同被告可否主張刑事訴訟法第 181 條拒絕證言權的問題。在其他被告遭起訴特定犯罪事實的案件，讓共同被告作證，可以增加法院據以判斷的基礎，距離實體真實之發現顯有助益；但若該等證詞係強迫取得，則不只可能對於共同被告之表意權有所損害，也可能間接地促使檢警取得對該共同被告不利之證據，同樣是屬於發現實體真實與維護被告權益之衝突困境。在此情形下，除另應新增之強迫取證與證

人免責制度外，本文選擇了以「共同被告是否已為陳述」作為目標衝突之中點，使共同被告對於自己曾經肯認的事實，在其他共同被告之案件中不得拒絕證述；至於共同被告一向否認或者保持沈默之部分，則不得利用該共同被告作證之機會，迫使其為任何陳述。

原因在於，我們在社會的各個環節中追求負責任的態度，債務因人而異、工作講求負責、追求責任政治、甚至犯罪者也只為自己所犯事實負責，無一例外。或謂我們默許被告在自己之案件中漫天撒謊，但那畢竟是該被告自己之案件，若被告自白犯罪可能面臨的是多年有期徒刑或其他處罰之承受；既然國家之義務在於發掘該案件之真相，容任被告說謊尚有其同情人性之理由。但對於被告而言，在其他被告之案件中，該被告屬於證人身分，不僅有配合國家刑罰權之行使出庭作證之義務，而且在他人之案件中所為陳述，影響者乃國家刑罰權是否將行使於他人之判斷，原則上與自己之案件無涉，那麼，我們還有什麼理由賦予該被告在他人案件中沈默或是說謊之權利？被告在自己案件中所為之任何陳述，只要關係他人，可能不是啟動檢、警對該他人的犯罪偵查（例如供出共犯），就是他人刑事案件關鍵的無罪證據（例

如他人之不在場證明)，對於他人影響甚鉅，則賦予被告就自己曾經在刑事程序中所為關於他人之陳述，在刑事程序中具結陳述之義務，無非是回歸對自己言論負責之原則，又何來過份侵害被告權利？換言之，容任被告在自己之刑事程序中保持緘默或說謊，不代表其可以任意為他人如何犯罪、或隱藏他人犯罪之陳述而無庸負責。被告已為陳述關於他人之事實者，遭要求具結陳述之時，實乃以結文為據，接受法律所給予一次說實話之機會；被告可以選擇承認自己先前的謊言，托出實情，也可以繼續他的謊話，並接受偽證罪之制裁。這項選擇無關乎被告是否陷入人性困境（承認說謊並非承認犯罪），而係表現出尊重他人的一種態度：不論在何種情形，我們都必須對所述關於他人之言論負責。

刑事程序雖然必須注意被告權益的保護，但不代表該程序乃被告所得任意操弄的玩具。英國關於緘默權緊縮的修法

亦同此理。儘管我們向來認為被告的緘默權是無上且絕對的，但英國卻在特定情形下展現被告不得再坐視不管，而必須配合檢警訊問之強硬態度。無論邊沁關於：「無罪之人主張陳述之權，有罪之人行使緘默之權（Innocence claims the right of speaking as guilt invokes the privilege of silence）¹⁰⁸」之註解是否漸成的論，但可以確信者係，在刑求取供盛行的年代已成過往之今日，保護被告利益不再是刑事程序最應注重之目標；隨著進程序的不同或特定狀況之發生，保護被告利益的順位也會隨之浮動。我們唯一能夠作的，便是在確立國家刑罰權行使與保障被告利益衝突的界線時，彰顯出應予確立之價值觀。

¹⁰⁸ 楊皓清，前揭註 34，頁 91。

伍、結論

在釋字第 582 號解釋後，如何進行共同被告之調查程序——一方面基於被告身分調查、一方面基於證人身分調查——形成重要課題，本文針對刑事訴訟法第 181 條在實務上運用時可能遭遇到的問題，試圖以學說、實務與國外立法例為本，提出解釋之道。其中較常發生之問題為，部分實務從事者或因事務過於繁忙，不得不選擇將共同被告同時以被告與證人身分調查，本文認為此舉將使具結程序之意義蕩然無存，違背使共同被告作證陳述之意義，尚非妥適。其次，由於我國在法定證據方法上採取被告與證人雙軌制（至於採行單軌至與雙軌制孰優孰劣，尚待識者另表高見），關於共同被告得否行使拒絕證言權之判斷，倘以「共同被告所為陳述是否可能增加自己遭起訴或處罰之風險」為標準，自應端視「訊問者」所提問題是否可能涉及該共同被告未曾言及之犯罪事實而定，而非以「受訊問者」是否可能提及任何關於自己之犯罪事實為準，現今諸多實務工作者不論所欲訊問之問題是否業經該共同被告於先前程序所陳述，一律認定共同被

告作證時享有拒絕證言權，似有矯枉過正之嫌。另，關於共同被告得否行使拒絕證言權之操作，依法本應由法官、檢察官針對特定問題個別准駁，現今實務反而常將決定權交予共同被告行使，例如在訊問前概括以「是否願意作證」詢問被告意願，殊有未洽。最後，本文建議採納美國之強迫取證與證人免責制度，取代現行之證人保護法相關架構，使檢方更易取得共同被告之證述，共同被告也更無後顧之憂。調查證人程序為國家行使刑罰權之根本，為求獲取認定起訴事實之相關證據，只要確認共同被告所負刑責能夠不受自己之證詞影響，其實並無必要堅守共同被告緘默權之立場，反而更應藉由限制該共同被告所為證述在其案件中之使用效力，勇於發現另案之實體真實。希本文所提觀點，能夠對目前過於強調被告利益保障，卻忽略追求刑事程序根本目的之價值觀，在調整上有所助益。