德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 58, 301
—「同意」續行訊問

文／王士帆

導言

S 和被告 A 在餐館飲酒敘舊。離開後，酒醉的 S 尿急，欲在人行道便溺。路人 B 目擊 S 舉動，隨即上前規勸，雙方發生口角。衝突中，A 將 B 推倒在地，右腳猛踹 B 頭部，A 因此被控殺人未遂罪，遭警方逮捕。A 於警局接受警詢時，表示欲選任某律師當辯護人。因律師事務所午休，聯繫不上該律師，A 遂主張行使緘默權，不過又主動補充說，他認識和 B 爭吵的 S，「但我與 S 沒有任何關係。」警察問 A：「是否有看見 S 在人行道小便？」A 否認。警察繼續問 A：「被害人如何受傷的？」A 開始廣泛陳述案情。經過進一步詢問，A 自白承認踹被害人頭部 2 次。惟在後來的幾次訊問程序，有辯護人陪同的 A 翻異前供，均表示忘記有無攻擊被害人。下級審法院以 A 之警詢自白作為定罪證據，A 不服，提起上訴。請分析 A 之警詢自白有無證據能力。

上揭案情，改編自德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 58, 301[1]，真實版的訊問人員是偵查中羈押審查程序的偵查法官（Ermittlungsrichter）[2]。BGHSt 58, 301 見解是，A 緘默權與受律師協助權受到侵害，基於規範保護目的之審酌[3]，應對 A 之自白宣告證據使用禁止。事出必有因，偵查法官究竟在哪個環節犯下無心之過，才被聯邦最高法院明察秋毫，揪出程序違法？癥結直言之，在於被告行使緘默權時，應即停止訊問，縱使被告其後有自發性陳述，亦不得將之作為調查犯罪事實機會，以為被告默示同意續行訊問。

BGHSt 58, 301 認為，被告於依法受緘默權、辯護權等權利告知後，「如果被告決定行使緘默權，偵查機關原則上即應予以尊重；無充分理由之持續訊問，可能會使緘默權失去價值」（段碼 9）。再者，「被告透過希望諮詢辯護人的請求，已在表達他需要律師建議。當被告得知律師事務所午休而不可能獲得辯護建議後，他即表示拒絕陳述，此時偵查法官本應停止訊問」（段碼 23）。不過，「如被告出於自由決定而同意續行訊問者，訊問程序仍屬合法。此處之同意，也包括由推論性舉動所表示之同意，例如被告先前雖未能諮詢辯護人，但仍自發性地陳述案情者，原則上即可視為一種推論性之同意」（段碼 11）。續行訊問之「同意」，固然可明示或默示為之，但被告之自發性陳述，得否解釋為是一種放棄緘默權的默示同意，訊問人員應善盡有利不利事項一律注意之客觀義務和照料義務，「必須清楚詢問被告意向，以釐清被告是否自此時刻起仍願意陳述案情，甚至可能在未先諮詢辯護人下而為陳述」（段碼 19）。

本案還應考慮緘默權與諮詢辯護人權利的密切關聯性。理由是，被告事先有表達與辯護人諮詢的意願，「諮詢辯護人目的，如果正是使被告對於如何處理緘默權的問題作出適當決定，則應對續行訊問之默示同意條件，設下高度要求」；基於不自證己罪權利的崇高要求，被告受權利告知後，「當其請求諮詢所提出之律師並表示行使緘默權時，即使被告有 ── 尤其是談論外圍事情的 ── 自發性陳述，也不得將之作為調查犯罪事實機會」（段碼 12）。因此，被告在獲悉未能聯繫屬意之辯護人後，已明確表示行使緘默權，故不得認為被告有默示同意續行訊問（段碼 15）。

被告既然沒有明示或默示同意續行訊問，其主動提到「我認識 S」，「但我與 S 沒有任何關係」等外圍事情，但並未談及本案犯罪，一直到偵查法官見到被告自發性陳述，順藤摸瓜，刻意追問下去，被告才作出自白。據此，「偵查法官不再是單純接受被告的自發性陳述，而是違法侵害被告不自證己罪權利」（段碼 17）。由於此訊問程序違法，經審酌個案所有因素，特別是考量不自證己罪在確保刑事訴訟被告程序法地位之基礎，被告警詢自白應予證據使用禁止（段碼 20 以下）。

對於尋求律師諮詢不成後，主張保持緘默的被告，訊問人員利用無關案情的自發性陳述來追問本案事實，已侵害被告緘默權與受律師協助權，該自白不得作為證據，這是 BGHSt 58, 301 高明之見。BGHSt 58, 301 躋身德國聯邦最高法院標竿裁判之林，受德國學界一致推崇[4]。假如易地而處，系爭案例發生在我國，於現行法的規範框架內（參見刑事訴訟法第 93 條之 1 第 1 項第 5 款與第 2 項、第 95 條第 2 項、第 158 條之 2、第 158 條之 4），我國法院另可參酌 BGHSt 58, 301，以利決斷。故筆者不揣淺陋譯介，以饗同好。

裁判要旨

基於不自證己罪權利的崇高要求，被告受德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句規定之權利告知後，當其請求諮詢所提出之律師並表示行使緘默權時，即使被告有 ── 尤其是談論外圍事情的 ── 自發性陳述，也不得將之作為調查犯罪事實機會。

理由

地方法院（原審）以被告成立危險傷害罪（德國刑法第 224 條）合併兩個先前判決，定執行刑 2 年 6 月，並另作成附帶民事訴訟裁判。對此，被告以原審程序瑕疵與實體法違誤為由，提起法律審上訴。【1】

被告上訴指摘程序瑕疵，為有理由。【2】

I. 被告指摘之程序事實如下：【3】

被告涉有殺人未遂重嫌，於事發大約 3 週後被逮捕。逮捕隔日下午 1 時 30 分許，被告被帶往 Uelzen 區法院，由偵查法官審核是否羈押，並先對被告依法告知緘默權與選任辯護人（德國刑事訴訟法第 136 條第 1 項第 2 句）等權利。被告表示，希望法官指定 K 律師當辯護人（德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項）。偵查法官於是停止訊問，在下午 1 時 35 分試著打電話給 K 律師。律師事務所的電話轉入自動語音留言，說下午 1 時到 3 時是事務所午休時間。偵查法官返回法庭，告知被告無法聯繫律師。這時候，被告表示不願陳述，不過又主動補充說，他認識拘票上有提到姓名，但只涉入本件犯罪之前發生糾紛的 S，「但我與 S 沒有任何關係」。偵查法官於是問被告「是否有看見 S 在人行道小便」，被告對此否認。S 隨地便溺的行為，引發本案被害人與 S 之間的糾紛，這是被告後來欲殺害被害人的導火線。偵查法官繼續問被告「被害人如何受傷的？」，被告開始廣泛陳述案情。經過進一步訊問後，被告承認踹被害人頭部 2 次。後來，在 2011 年 8 月 18 日進行是否維持羈押的審查程序上，此刻起有與律師諮詢的被告翻異前供，表示忘記是否有踹被害人。【4】

起訴後，被告在原審審判程序行使緘默權。為了探知被告在羈押程序的陳述內容，原審法院傳喚審理羈押程序的偵查法官與書記官。辯護人當場聲明異議，主張被告在宣示羈押之期日所為之陳述，因存在權利告知義務瑕疵而無證據能力，不僅反對原審法院訊問偵查法官，也反對採納偵查法官證詞作為證據。原審駁回辯護人異議，並於判決中，將被告在偵查法官審查羈押時之不利陳述採作證據。【5】

II. 1. 被告上訴法律審指出本件存在程序違誤，即偵查法官訊問被告時，使用違法方法侵害其不自證己罪權利，也侵害被告受訊問前諮詢辯護人之權利（德國刑事訴訟法第 136 條第 1 項第 2 句）。詳細如下：【6】

a) 德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句規定，於訊問被告之初，應向其告知緘默權，以及告知得隨時（也包括在訊問之前）諮詢所選任之辯護人。這兩種被告權利密切相關，用以確保被告在此基礎上之程序地位，即其乃身為程序參與者，而非程序客體。於此，諮詢辯護人目的，亦特別在使被告就是否願意行使緘默權尋求建議（BGH, Urt. v. 29. 10. 1992 - 4 StR 126/92, BGHSt 38, 372, 373 und v. 22. 11. 2001 - 1 StR 220/01, BGHSt 47, 172, 174）。【7】

所以，德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句規定的權利告知義務，可保障在刑事程序具有崇高意義的被告免於自我指控權利：沒有人可被迫自證己罪之不自證己罪（nemo tenetur se ipsum accusare），屬於法治國刑事程序的基本原則。於憲法，不自證己罪乃由德國《基本法》第 1 條、第 2 條第 1 項擔保的兩種基本權利 ── 尊重人性尊嚴及人格自由發展權 ── 維護（BVerfG, Beschl. v. 13. 01. 1981 - 1 BvR 116/77, BVerfGE 56, 37, 43 ff.），並且屬於《歐洲人權公約》第 6 條保障公平刑事程序權利之核心範圍（EGMR, Urt. v. 05. 11. 2002 - 48539/99 - Fall Allan v. Großbritannien,

（文轉三版）

註釋

1 BGHSt 58, 301 = BGH, Urt. v. 27. 06. 2013 – 3 StR 435/12 (LG Lüneburg)。裁判評釋參見 Dieters, ZJS 2014, 126-129; Einsenberg, StV 2013, 779-785; Jäger, JA 2013, 793-795; Jahn, JuS 2013, 1047-1048; Wohlers, JR 2013, 131-134.

2 依德國《刑事訴訟法》（StPO）第 162 條，檢察官於偵查程序就某些偵查行為或強制處分之核准，應向偵查法官為之。詳見林鈺雄、王士帆、連孟琦，《德國刑事訴訟法註釋書》，2023 年 6 月，頁 482。

3 Wohlers, JR 2013, 133.

4 Dieters, ZJS 2014, 129; Einsenberg, StV 2013, 779; Jahn, JuS 2013, 1048; Jäger, JA 2013, 795; Wohlers, JR 2013, 131。惟 Jahn 和 Jäger 兩位教授都主張僅在被告「明示」同意，始得續行訊問。

法源法
www.lawba
檢索全部法規、司法判解、行政函釋、裁判書、起訴書、論著
服務
TEL:02-2
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院
電
02-236

（文接二版）

StV 2003, 257, 259; BGH, Beschl. v. 31. 03. 2011 - 3 StR 400/10, NStZ 2011, 596, 597）。基於此理由，違反權利告知義務乃屬嚴重違法（BGH, Beschl. v. 27. 02. 1992 - 5 StR 190/91, BGHSt 38, 214, 221; Urt. v. 22. 11. 2001 - 1 StR 220/01, BGHSt 47, 172, 174）。【8】

b) 然而，在初次訊問被告之前，雖有依德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句向被告踐行權利告知，卻阻礙其行使所告知之權利時，仍構成程序違法：如果被告決定行使緘默權，偵查機關原則上即應予以尊重（BGH, Urt. v. 26. 07. 2007 - 3 StR 104/07, BGHSt 52, 11, 19）；無充分理由之持續訊問，可能會使緘默權失去價值（BGH, Beschl. v. 10. 01. 2006 - 5 StR 341/05, NJW 2006, 1008, 1009）。【9】

當被告表示希望諮詢辯護人時，亦不得續行訊問（BGH, Urt. v. 29. 10. 1992 - 4 StR 126/92, BGHSt 38, 372）。就此已獲肯認的是，被告表示希望諮詢辯護人時，應立即停止訊問，以利被告能與辯護人聯繫（BGH, Urt. v. 29. 10. 1992 - 4 StR 126/92, BGHSt 38, 372, 373 und v. 12. 01. 1996 - 5 StR 756/94, BGHSt 42, 15, 18 f.; Geppert, in Festschrift Otto, 2007, S. 913, 917 mwN; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 136 Rn. 10 mwN），不可逼迫被告進一步陳述（BGH, Beschl. v. 18. 12. 2003 - 1 StR 380/03, NStZ 2004, 450, 451 und v. 10. 01. 2006 - 5 StR 341/05, NJW 2006, 1008, 1009 f.）。【10】

c) 不過，即使先前未諮詢辯護人，如被告出於自由決定而同意續行訊問者，訊問程序仍屬合法（BGH, Urt. v. 21. 05. 1996 - 1 StR 154/96, BGHSt 42, 170; LR/Gleß, StPO, 26. Aufl., § 136 Rn. 101; Geppert, aaO, S. 918）。此處之同意，也包括由推論性舉動所表示之同意（vgl. Klein, Inhalt und Reichweite der Belehrungsvorschrift des § 136 StPO, 2005, S. 145 f.; LR/Gleß aaO; aA BGH, Urt. v. 12. 01. 1996 - 5 StR 756/94, BGHSt 42, 15），例如被告先前雖未能諮詢辯護人，但仍自發性地陳述案情者，原則上即可視為一種推論性之同意。【11】

在審查可否將被告之自發性陳述，同時視為一種其自我負責且出於自由意志之同意續行訊問時，必須考量緘默權與諮詢辯護人權利的密切關聯性。諮詢辯護人目的，如果正是使被告對於如何處理緘默權的問題作出適當決定，則應對續行訊問之默示同意條件，設下高度要求。就此通常而言，單純的接受自發性陳述並不生疑慮；被告在未受告知權利下為自發性陳述者，如果沒有依據認為訊問機關為了誘使其自證己罪，蓄意規避德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句權利告知義務 — 及以此所保護的被告權利 — 時，則被告為自發性陳述與法院之後使用此陳述內容作為證據，亦為合法（BGH, Beschl. v. 09. 06. 2009 - 4 StR 170/09, NJW 2009, 3589 mwN）。但是，基於不自證己罪權利的崇高要求，被告受德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句規定權利之告知後，當其請求諮詢所提出之律師並表示行使緘默權時，即使被告有 — 尤其是談論外圍事情的 — 自發性陳述，也不得將之作為調查犯罪事實機會。【12】

d) 依上述標準而論，本件偵查法官之作法已有程序違誤。【13】

aa) 偵查法官為了聯絡被告所希望的辯護人，使被告有機會與之諮詢，固然有先依法停止訊問，但因律師事務所午休，未聯絡上辯護人。然而，有鑑於此一短暫的午休時間，即便考量偵查機關有盡快取得被告陳述的取證利益（關此參見 Geppert, aaO, S. 914），也沒有任何合理理由顯示不能在律師事務所午休結束後始續行訊問。更何況，犯罪已發生超過大約 3 週，且已核准羈押，偵查機關取得被告陳述之利益已不具重要性。在這段時間內，既沒有出現新資訊，也沒有出現可期待能讓被告改變想法的新訴訟狀況（對行使緘默權之被告續行訊問的標準，參見 BGH, Beschl. v. 10. 01 2006 - 5 StR 341/05, NJW 2006, 1008, 1009）。因此，本案中已停止之訊問，偵查法官應無續行訊問的理由。【14】

未讓被告事先諮詢辯護人所進行之續行訊問，因為被告無明示同意，故無法以被告同意為由而合法。另外，由於被告在獲悉未能聯繫其屬意之辯護人後，已明確表示行使緘默權，本案同樣不能認為被告默示同意續行訊問。此時，偵查法官本應不得續行訊問。【15】

bb) 再者，被告表示不願陳述案情後，接著主動說「我認識 S」，「但我與 S 沒有任何關係」，這些舉動不會使偵查法官的續行訊問合法化。【16】

被告之自發性陳述，只敘述他與參與犯罪發生前那場糾紛之人的關係，但未談自己的行為或犯罪經過。一直到偵查法官根據被告自發性之陳述，刻意詢問 S 的行為與本案犯罪經過後，被告才作出後來成為原審定罪證據的自白。據此，依前述標準觀之，偵查法官不再是單純接受被告的自發性陳述，而是違法侵害被告不自證己罪權利。【17】

於本案，也不得將被告自發性陳述，解讀為他已基於自由意思而改變先前表示不陳述案情的決定。被告自發性陳述的內容，與所受之犯罪指控毫無關聯，因此，不能從其陳述內容推論為這是被告一反先前明示之態度，而改為願意廣泛陳述的默示意思表示。【18】

無論如何，偵查法官在此情況下，如果不欲讓人產生其無視被告行使緘默權的印象，就應本於法官在程序法之照料義務，必須清楚詢問被告意向，以釐清被告是否自此時刻起仍願意陳述案情，甚至可能在未先諮詢辯護人下而為陳述（Geppert, aaO, S. 922）。可是偵查法官並沒這麼做。【19】

2. 前揭訊問被告之程序違法，導致羈押庭上的被告陳述應予證據使用禁止。【20】

德國裁判一向認為，並非任何違法取證都逕自形成證據使用禁止，毋寧必須依個案情況，衡量所有重要觀點與相互衝突之利益來決定。對此，尤具重要性的是某些證據取得禁止之類型與保護目的，以及系爭違法程序之嚴重性，而此一嚴重性則依個案所涉法益定之（本院一貫見解，參見 BGH, Urt. v. 20. 12. 2012 - 3 StR 117/12, BGHSt 58, 84）。然而，當所違反的程序條文，其制定目的在於確保刑事訴訟被告程序法地位之基礎者，則必然會有證據使用禁止的結果（BGH, Beschl. v. 27. 02 1992 - 5 StR 190/91, BGHSt 38, 214, 219 ff.; Urt. v. 29. 10. 1992 - 4 StR 126/92, BGHSt 38, 372, 373 f.）。【21】

本案情況即為如此。如前所述，德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句所保護的被告權利，屬於最重要的程序法原則。透過這些程序權利，以確保被告不會只被當作刑事程序客體，而是可以為了維護其權利來影響程序之過程及結果（BGH, Urt. v. 29. 10. 1992 - 4 StR 126/92, BGHSt 38, 372, 374）。被告在初次訊問特別容易遭受未經思慮即自證己罪的危險。被告在此種情況下，多半未有準備，沒有可供諮詢之人在旁，一般也被隔絕於所信賴之環境之外。被告遭遇這樣事件而困惑，以及置身不熟悉的氛圍環境而受壓迫或畏懼者，所在多有。此外，如同本案，縱使之後改變其陳述舉動，被告的初次陳述也會對後續程序之進行發生顯著的實際影響（BGH, Beschl. v. 27. 02. 1992 - 5 StR 190/91, BGHSt 38, 214, 221 f.）。這些關於緘默權發展出來的原則，也適用於告知享有諮詢辯護人之權利（BGH, Urt. v. 22. 11. 2001 - 1 StR 220/01, BGHSt 47, 172, 174）。【22】

被告於訊問之初，基於其有被依法踐行權利告知，因此知悉緘默權與諮詢辯護人之權利一事，並不能推翻依前述標準所成立的證據使用禁止（關此參見 BGH, aaO und BGH, Beschl. v. 18. 12. 2003 - 1 StR 380/03, NStZ 2004, 450, 451）。原則上，被告知悉權利卻仍陳述案情者，可能較無保護需求。但基於前述諮詢辯護人權利與緘默權兩者之間的密切關聯性，此處應要求採取高度的保護水準：被告透過希望諮詢辯護人的請求，已在表達他需要律師建議。當被告得知律師事務所午休而不可能獲得辯護建議後，他即表示拒絕陳述案情，此時偵查法官本應停止訊問。【23】

此外，被告作不利陳述時是否仍知悉權利告知內容，例如因為他可能會做出不同處理等，這在原審裁判及上訴狀中均無法清楚得知。毋寧，被告就是否可聯絡到辯護人以及何時才能聯絡，均不知情，而又因為偵查法官一再發問，讓被告可能理解成他表達「至少先諮詢辯護人後才陳述案情」的願望，未能獲得實現。對於本庭的認定，充其量只在偵查法官重新告知被告緘默權與諮詢辯護人權利時，才可能有所不同（關此參見 BGH, Beschl. v. 10. 01. 2013 - 1 StR 560/12, NStZ 2013, 299, 300），但偵查法官沒有再次為權利告知。【24】

最後，本案的犯罪嚴重程度與法院發現真實原則並應依職權調查所有重要事實和證據之原則，也不能反對證據使用禁止；對此，必須考慮到不可不計代價發現真實（BGH, Beschl. v. 27. 02. 1992 - 5 StR 190/91, BGHSt 38, 214, 220 mwN）。【25】

3. 原審判決以被告於羈押程序之陳述為證據基礎。依原審判決理由所載，並無任何證人證述被告有踹踢被害人，原審毋寧是使用被告在羈押程序之陳述作為有罪判決的確信基礎。【26】

辯護人對原審訊問羈押庭之書記官及使用其證詞為證據一事，也無須於審判期日表示異議。辯護人針對原審使用偵查法官證詞所提出的異議，從其理由觀之，乃清楚指向一個證明主題，即「被告在羈押庭接受訊問時之陳述內容」，以致對程序參與者而言，無論原審筆錄所記載之異議語句為何，辯護人對原審訊問羈押庭書記官所取得之證述，應該也有反對其作為證據使用的意思，殊無疑義（對此參見 BGH, Beschl. v. 03. 12 2003 - 5 StR 307/03, BGHR StPO § 136 Abs. 1 Verteidigerbefragung 7）。【27】

（作者為國立臺北大學法律系教授）

法律網 ank.com.tw
一欄式檢索、各類資料進階檢索
源資訊
專線 509-3536
WEEKLY 周刊
周出刊 訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號 4377
戶
司法周刊
話 618798