

論不自證己罪之拒絕證言權^{*} —— 最高法院裁判之綜合評釋

薛智仁^{**}

摘要

刑事訴訟法第181條及第186條第2項規定，證人在恐因陳述使自己或近親受到刑事追訴或處罰時，得拒絕答覆具體問題，訊問人員並應事前告知證人此一拒絕證言權。本文認為，此一拒絕證言權之規範目的在於實現證人之不自證己罪權利，證人對於具體問題之可能答覆內容，不排除會創設、維持或加強其本人或近親之犯罪嫌疑者，得行使此一權利。如果訊問人員違反權利告知義務，證詞原則上不得使用於證人自己或近親之被告案件，但得使用於被告本人之案件；證人因為未經權利告知而作出虛偽供述者，此一供述不構成偽證罪之「陳述」，阻卻犯罪之成立。依據上述觀點，最高法院在2003年刑事訴訟法修正之後，就此一拒絕證言權所逐步累積的穩定見解，多數值得肯定，少數宜重新檢討。

關鍵詞：不自證己罪原則、拒絕證言權、刑事追訴危險、權利告知義務、證據使用禁止、權利領域理論、具結、偽證罪。

* 投稿日：2021年1月22日；接受刊登日：2021年7月5日。〔責任校對：李友銓〕。

承蒙匿名審查人惠予寶貴修改意見，減少本文之錯漏，筆者在此敬表謝忱。

** 國立臺灣大學法律學院教授。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/52517022.pdf>。



目次

壹、前言	二、「危險」之判斷標準
貳、規範目的	肆、告知義務之射程及其違反效果
一、問題背景	一、告知義務之射程
二、維護真實發現	二、程序法之違反效果：證據使用禁止
三、實現不自證己罪原則	三、實體法之違反效果：不成立偽證罪
四、小結	伍、結論
參、適用要件：刑事追訴或處罰危險	
一、「刑事追訴或處罰」之射程範圍	

壹、前言

刑事程序之證人，係就他人之犯罪陳述自己親身見聞之人。法院為了重建犯罪事實，需要倚賴證人的供述，甚至在某些犯罪類型之中，證人的供述經常是唯一能夠取得的證據方法。考量證詞是發現真實所必要的證據方法，證人遂被課予作證與具結義務（刑事訴訟法¹第176條之1、第186條第1項），具結之證人虛偽陳述者，則可能成立偽證罪（刑法第168條）。然而，發現真實並非絕對優先的公共利益，在證人作證可能損及其他重大利益，又無保全系爭利益的替代方法時，作證義務就應該退讓，賦予證人拒絕證言權。依據刑事訴訟法及司法院大法官解釋，證人除享有公務（第179條）、親屬（第180條）、業務（第182條）、總統機密特權之拒絕證言權（司法院釋字第627號解釋）之外，亦享有本文所欲討論之不自證己罪之拒絕證言權（第181條）。

¹ 以下所引用之法條未特別指明者，皆為刑事訴訟法之規定。

不自證己罪之拒絕證言權，係指證人恐因陳述致自己或與其有第180條第1項關係之親屬受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言（第181條）。證人欲行使此一拒絕證言權者，應釋明拒絕之原因或以具結代替釋明，由檢察官、審判長或受命法官准駁之（第183條）。對於本條之拒絕證言權人，訊問人員應履行拒絕證言權之告知義務（第186條第2項），證人經告知後仍欲作證者，則應命其具結。對於就同一犯罪事實有共犯嫌疑之共同被告，上述規定特別地重要。因為依據形式共同被告概念，檢察官或法官為了調查同一案件其他被告的犯罪嫌疑，得將共同被告轉換為證人加以訊問並命其接受交互詰問，共犯證人可能會因此被迫自證己罪²。上述拒絕證言權的規定，使共犯嫌疑人居於證人地位時，得拒絕答覆可能使自己受刑事追訴的問題，免於被迫自證己罪。因此，不自證己罪之拒絕證言權的存在正當性，在學說與實務上獲得公認³。儘管如此，不自證己罪之拒絕證言權，在實務上引發諸多的適用爭議，歸納起來有三個主要問題：

第一、如何認定證人「恐因陳述」致自己或近親「受刑事追訴或處罰」，故享有本條之拒絕證言權？這涉及此一拒絕證言權的適用要件。有別於被告得不附理由地拒絕答覆任何問題，證人僅在釋明自己或近親有刑事追訴之危險時，才能拒絕答覆具體問題。如何設定「刑事追訴危險」的標準，面臨一個兩難狀況：對於刑事追訴危險所設定的標準越是嚴格，證人在釋明拒絕原因時越是必須揭露

2 形式共同被告概念是我國實務與學說之主流見解，僅參考司法院釋字第582號解釋；林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），9版，頁560-564（2019年）。我國另有支持形式與實質共同被告概念之學說，參考許澤天，共同被告陳述與嚴格證明——釋字第582號解釋的評釋，收於：春風煦日論壇編輯小組編，刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，頁172-187（2017年）。本文目標在於綜合分析最高法院之相關裁判，故以形式共同被告概念為論述出發點。

3 學說對其適用範圍及行使方式之相關政策檢討，詳見李學燈，證據法比較研究，頁622-625（1992年）。

自己或近親的犯罪資訊，可能導致欲拒絕證言必須先自證己罪的後果。另一方面，對於刑事追訴危險所設定的標準越是寬鬆，證人越是不可能訴諸無法檢驗真偽的入罪危險而拒絕作證，使發現真實之程序目標難以達成。因此，確定「刑事追訴危險」的標準，是必須先行解決的問題。

第二、對於不自證己罪之拒絕證言權人，若是訊問之法官、檢察官或司法警察（官）違反權利告知義務，所取得之證詞對於本案被告有無證據能力？如果將來證人或其近親成為被告，該證詞有無證據能力？法律對此並無特別規定，必須適用第158條之4認定其證據能力。不過，該概括規定的適用標準相當抽象，保留了運用各種證據使用禁止理論的空間。與此處關係最密切者，莫過於所謂「權利領域理論」（*Rechtskreisstheorie*），依此理論，若是國家違法取得證據，僅在所違反的取證規範係保護被告權利領域時，才會產生證據排除的效果。此一理論的妥適性，在學說上頗具爭議，同時也引發學說思考，此一拒絕證言權的規範目的，除了保護證人之不自證己罪權利之外，是否兼具保護被告或其他公益的任務。

第三、訊問人員違反權利告知義務，證人不知得拒絕證言，為了袒護自己或近親而虛偽陳述，是否成立偽證罪（刑法第168條）？不自證己罪之拒絕證言權人原本不得具結（舊法第186條第3款），即使具結亦不生效力，其虛偽陳述因為欠缺「具結」要素而不成立偽證罪。然而，立法者為了強化其真實陳述義務，於2003年2月6日修正公布、同年9月1日施行之刑事訴訟法刪除系爭規定，不自證己罪之拒絕證言權人若是選擇作證，亦應命其具結，其虛偽陳述有成立偽證罪的空間。自此之後，訊問人員違反拒絕證言權之告知義務，證人因而虛偽陳述，是否或如何影響偽證罪之成立，成為不易回答的難題。一方面，違反拒絕證言權之告知義務，令誤認有作證義務的證人成立偽證罪，似乎是國家陷害人民入罪。另一方面，證人透過具結已知負有據實陳述義務，如果僅因國家違反告知

義務而放任其虛偽陳述，又似乎和偽證罪之規範意旨有所牴觸。因此，訊問人員違反拒絕證言權之告知義務，是否影響偽證罪的成立，也有待理論分析。

前面三個問題根本上皆與此一拒絕證言權之規範目的——不自證己罪原則——有密切關係。不自證己罪原則被公認是法治國家刑事程序的基本原則，也是聯合國公民與政治權利國際公約第14條第3項第7款所保障之刑事被告權利，然而其保障效力與射程仍然充滿爭議，這在不自證己罪拒絕證言權的領域也不例外，可說是貫穿了本文所提示的三大問題。具體而言，在界定此一拒絕證言權的適用要件「刑事追訴之危險」時，我們必須根據證人享有不自證己罪權利的保障，思考如何界定第181條「刑事追訴或處罰」的射程範圍及刑事追訴處罰「危險」的判斷標準。除此之外，對於享有此一拒絕證言權的證人，若訊問人員違反第186條第2項之權利告知義務，我們必須依據實現不自證己罪原則之規範目的，判斷是否應該排除因此所得證詞之證據能力。最後，若訊問人員違反此一權利告知義務，證人卻虛偽陳述，證人之不自證己罪權利受到侵害，我們必須思考偽證罪的保護法益任務是否應該完全讓步，避免以偽證罪間接強迫證人自我入罪或指控近親犯罪。換言之，釐清本文的三個問題，不僅有助於解決不自證己罪之拒絕證言權的適用要件和法律效果，更是提供我們一個機會，省思不自證己罪原則在拒絕證言權、證據使用禁止、偽證罪犯罪構成要件上，如何以不同的方式與相衝突的發現真實利益達成平衡。

儘管如此，此一拒絕證言權之規範目的在實現不自證己罪原則之外，是否兼具防止證人虛偽陳述之發現真實任務，以及不自證己罪原則如何推導出此一拒絕證言權之保障效力，並非自明之理。本文將以最高法院在十餘年來所累積為數可觀的相關裁判為基礎，從檢討此一拒絕證言權之規範目的出發，確立不自證己罪原則之指導作用（下述「貳」），再就上述三個問題提出個人意見（下述

「參」、「肆」)，最後總結本文之研究成果（下述「伍」），以供各界參考。

貳、規範目的

一、問題背景

從「不自證己罪」之拒絕證言權的用語，即可推知其規範目的在保障證人不自證己罪的權利，這也是最高法院所秉持的立場。例如99台上429⁴：「此項規定旨在免除證人陷於抉擇控訴自己或與其有一定身分關係之人犯罪，或因陳述不實而受偽證罪之處罰，或不陳述而受罰鍰處罰等困境。證人此項拒絕證言權與被告之緘默權同屬不自證己罪之特權」⁵；105台上1916：「避免證人在偽證處罰之負擔下，必須據實陳述而為不利於己或與其有一定身分關係之人之證言，致陷於窘境，以兼顧人情」⁶。值得注意的是，最高法院在109台上2638表示：「刑事訴訟法第181條之拒絕證言權不僅在於保護證人免於陷於三難困境以致自證己罪，亦同時使被告免於陷入困境之證人所為虛偽不實陳述之危險。」，將本條拒絕證言權之規範目的，從保障證人不自證己罪的權利，擴及保障被告免於證人虛偽陳述之危險⁷。此一觀點明顯認為，此一拒絕證言權可以避免證人

4 以下為行文方便，以此簡化方式引用最高法院裁判字號。

5 相同見解：最高法院99年度台上字第3599號刑事判決。

6 類似說明「旨在保障證人不自證己罪之權利，避免證人在偽證處罰之負擔下，必須據實陳述而為不利於己之證言，致陷於窘境」，參考最高法院103年度台上字第2956號刑事判決、最高法院107年度台上字第4876號刑事判決。類似看法，朱石炎，刑事訴訟法論，修訂7版，頁271（2017年）。其認為涉及自己犯罪嫌疑時，證言將成為訴訟外自白而為不利證據，涉及近親犯罪嫌疑時，將有違容隱之傳統，皆無期待可能。

7 最高法院先前已有不少判決認為，本條拒絕證言權之告知義務「係為保護證人權利，兼及當事人之訴訟利益而設」（例如最高法院98年度台上字第52號刑事判決、最高法院101年度台上字第6519號刑事判決），但是並未指明「當事人之

虛偽陳述，確保法院得以發現真實，減少被告遭到誤判的風險。由此可見，最高法院對於此一拒絕證言權是否兼具肩負維護真實發現的任務，立場似乎不完全穩定，有進一步釐清的必要。除此之外，如果此一拒絕證言權是在實現證人的不自證己罪權利，相較於被告之緘默權，為何拒絕證言權的射程擴及免除指控近親犯罪，又限於拒絕答覆具體問題，同樣有需要澄清。

二、維護真實發現

首先分析的是，自己或近親陷入刑事追訴危險的證人被賦予拒絕證言權，是否追求維護真實發現（保護被告免於證人虛偽陳述之危險）的目的。部分學說採取與109台上2638相同之立場，認為如果強制證人作證，證人為了避免自己或近親遭受刑事追訴，可能會做出虛偽陳述污染法官心證；如果允許其拒絕作證，就可以避免法官心證被虛偽證詞所誤導。因此，此一拒絕證言權亦在維護真實發現⁸。由此可知，告知證人享有拒絕證言權，主要是在讓證人知道自己沒有作證義務，降低其內心衝突，如果選擇不作證，法官心證不會被污染；如果還是選擇作證，較可能據實陳述。

本文認為，此一拒絕證言權或許能減少法官心證被誤導的危險，但不能由此推論其規範目的是維護真實發現。理由在於，現行刑事訴訟法係採納自由心證原則（第155條第1項），交給法官依其

訴訟利益」的意涵。在此一背景下，本判決的主要意義在於，將「當事人之訴訟利益」的意涵具體化為「被告免於證人不實陳述之危險」。

8 Vgl. *Rudolf Rengier*, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1979, S. 61 ff.; *Eberhard Schmidt*, Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund, JZ 1958, S. 596 (600); *Claus Roxin/Bernd Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., 2017, § 24 Rn. 48; *Ulrich Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl., 2017, Rn. 1113; *Karl Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl., 1985, S. 353 f. 我國學說，參考楊雲驊，未告知證人拒絕證言權之法律效果——評最高法院九五年臺上字第九〇九號、九五年臺上字第二四二六號、九六年臺上字第一〇四三號判決，台灣本土法學雜誌，99期，頁168-169（2007年）。

確信判斷證據的證明力，並未以法律區分「可信賴」與「不可信賴」的證人。法律不預先制定此類證據規則，一方面是因為法官獨立性獲得確保，不必為了防範法官在認定事實時受到外力操控，而以法律事先約束法官不能相信某些證人。另一方面，證據評價的核心任務在於重建過去發生的事實，這需要仰賴各種不同的經驗知識，但這些經驗知識無法被化約為少數幾個法定證據規則⁹。因此，依據自由心證原則的構想，法律不能事先根據證人的某種身分或特徵，就預先規定其完全值得信賴、部分值得信賴或完全不值得信賴，而是必須託付給法官依據確信，考量個案情狀及不同經驗知識加以判斷。即使如此的做法殘留了法官誤判的危險，這也是取得更多證據發現真相所必須付出的代價¹⁰。據此，法官面對自己或近親有刑事追訴風險的證人，固然知道證人有虛偽陳述的動機，但是也知道證人不一定因此就會說謊（例如：坦然面對自己的刑事制裁、出於正義感而不願護短）；即使證人果真說謊，也可能不是全盤說謊，而是只扭曲部分證詞（例如：坦承近親涉嫌犯罪，但隱瞞不道德的犯罪動機）。既然自由心證原則給予法官充分的空間，根據個案情狀及不同生活經驗判斷證詞的真實性，沒有必要額外透過拒絕證言權防堵法官心證被虛偽證詞所誤導。

上述看法並不是盲目高估法官辨識虛偽證詞的能力，因為現行法在採納自由心證原則之外，同時確立嚴格證明程序（*Strengbeweisverfahren*），只有具備證據能力且經合法調查的法定證據方法，才能成為法官形成心證的基礎。基於嚴格證明程序，自己或近親陷入追訴危險之證人的證詞，通常僅在其經過具結與交互詰問之後，才能成為法官就犯罪事實存否形成心證的證據資料。透

9 Vgl. *Wolfgang Frisch*, *Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung*, ZIS 2016, S. 707 (709). 另可參考蘇凱平，重新探索自由心證：以憲法與刑事訴訟法的價值衝突與解決為核心，*臺大法學論叢*，49卷1期，頁356-359（2020年）。

10 Vgl. *Klaus Rogall*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 1, 5. Aufl., 2018, § 55 Rn. 5.

過具結程序，證人必須擔保其陳述真實，並且為其虛偽陳述負偽證罪的責任；透過交互詰問，當事人得檢驗證詞之真偽。審判外的證人供述，即使未經過審判中的交互詰問，也只有在其陳述具有特別可信性時，才構成傳聞法則之例外而取得證據能力。因此，透過嚴格證明程序與刑法的偽證罪，現行法已經建立一定的證詞真實性擔保機制，大幅降低法官心證被虛偽證詞污染的危險，沒有必要再為了發現真實而賦予拒絕證言權。

或許有人認為，即使現行法採納自由心證原則與嚴格證明程序，法律為了維護真實發現的利益，仍然可以例外將某些特別危險的證詞排除在法官自由心證的範圍之外。儘管如此，這還是不足以推論出此一拒絕證言權之規範目的在維護真實發現。第一個理由是，證詞虛偽的來源很多，可能來自證人認知錯誤、記憶扭曲、表達欠佳或說謊，證人自己或近親陷於刑事追訴的危險只是說謊的動機之一，卻未必是特別容易被法官忽略或無法察覺的因素。證人也可能為了袒護朋友、情侶、同事而說謊，因為對被告所屬種族或階級有偏見而扭曲證詞，這些因素導致證詞虛偽的作用不亞於證人或其近親面臨刑事追訴危險，我們難以解釋，立法者特別挑選其中一種危險因素，透過賦予拒絕證言權防止法官心證被污染的正當性何在。第二個理由是，即便證人或其近親面臨刑事追訴危險算是相對容易具體描述的危險因素，因此立法者只能挑選受此種因素影響的證詞，將之排除在法官自由心證的範圍之外¹¹，我們還面臨一個根本的難題：賦予此種證人拒絕證言權，並無法真正防止法官心證受到誤導。因為，證人是否行使拒絕證言權，完全取決於其個人意願，如果證人選擇作證，法官就必須將其證詞納入心證的範疇，根本無法阻絕虛偽證詞對於法官心證的負面影響。如果立法者的真意是要防止法官心證被此種證詞所誤導，就不應該只是賦予證人拒絕

¹¹ Rengier (Fn. 8), S. 63.

證言權，交給證人決定是否作證污染法官心證，而是應該絕對禁止法官訊問此種證人或接觸其訊問筆錄。既然法律並不絕對禁止自己或近親有追訴危險的證人作證，就表示其認為透過法官的自由心證即可防堵虛偽證詞的危險¹²。

綜上所述，在證人自己或近親有刑事追訴的危險時，其虛偽證詞對於發現真實所帶來的危險，已可透過法官的自由心證予以截堵，沒有必要為了發現真實而賦予其拒絕證言權。再者，賦予其拒絕證言權，仍然保留了證人選擇作證的可能性，並無法防堵虛偽證詞對法官心證的污染。因此，維護真實發現或防止被告免於證人不實陳述的危險，不是此一拒絕證言權的規範目的，至多是可能附帶產生的實際效果。

三、實現不自證己罪原則

此一拒絕證言權的規範目的，應該是在實現不自證己罪原則¹³：任何人沒有義務成為自己犯罪的證人，不必配合國家追訴自己的犯罪。此一原則的法理基礎在於，每個人都有維護自己法益存續的根本需求，在一定範圍內，應該賦予個人享有保全個體性的權利，只為自己而存在、只傾聽自己的聲音，完全排除他人的侵犯與

¹² Vgl. *Björn Gercke*, in: *Gercke/Julius/Temming/Zöller* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung*, 6. Aufl., 2019, § 55 Rn. 2; *Stefan Maier*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO*, Bd. 1, 2014, § 55 Rn. 4. 針對親屬拒絕證言權之相同論點，參考薛智仁，論拒絕證言權對於取證強制處分之限制：以親屬與業務拒絕證言權為例，臺大法學論叢，49卷2期，頁719（2020年）。

¹³ 林鈺雄（註2），頁572；林俊益，*刑事訴訟法概論（上冊）*，19版，頁575（2019年）；黃朝義，*刑事訴訟法*，5版，頁484（2017年）；李春福，*刑事訴訟法論*，頁401（2017年）。德國實務及文獻，參考BGHSt GS 11, 213 (216 f.); BGHSt 38, 302 (305 f.); *Gercke* (Fn. 12), § 55 Rn. 1; *Maier* (Fn. 12), § 55 Rn. 1 ff.; *Markus Bader*, in: *Hannich* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl., 2019, § 55 Rn. 1; *Bertram Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 62. Aufl., 2019, § 55 Rn. 1.

注視。當個人可能受到刑罰時，他會害怕失去自己的財產、自由或甚至生命，如果要求個人配合追訴自己的犯罪，等於是強迫他對自己的法益施加損害，超出其維持自我存續的趨力所設定的心理界限。換言之，個人如果被強制自我入罪，就無法保持不被他人侵犯與注視，其人格領域就會被嚴重地侵犯¹⁴。由此可知，不自證己罪原則禁止強制自我入罪，是個人享有人格權的一種具體型態，任何人在面臨刑事追訴危險的時候，不論在訴訟上是居於被告或證人地位，或在訴訟外依法負有陳述或答覆義務，都有權利要求不被強制自我入罪¹⁵。如果不自證己罪原則限定適用於刑事被告，將創造國家操控個人之訴訟地位架空不自證己罪原則的權力，無法充分符合上述人格權的保護需求。

不自證己罪原則可以說明證人在自己面臨刑事追訴危險時被賦予拒絕證言權，但似乎無法說明在近親面臨刑事追訴危險時也被賦予拒絕證言權。畢竟，基於自己責任原則，如果證人與近親沒有任何共犯關係，即使作證會導致近親受到刑事制裁，自己也不會因此承擔刑事制裁，並沒有「強制自我入罪」可言，似乎無法與作證導致自己受到刑事制裁相提並論。因此，針對防止近親受刑事追訴的拒絕證言權，部分學說認為其規範目的不是不自證己罪原則，而是「避免證人產生矛盾的角色衝突」¹⁶、「避免因親情所困、左右為難」¹⁷或「基於家族、身分等情誼上之關係考量」¹⁸。相對於此，最高法院不分防止自己或近親受刑事追訴，一律認定此一拒絕證言權之規範目的是不自證己罪原則¹⁹。

14 Klaus Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 145 f.

15 Rogall (Fn. 14), S. 149 f.

16 黃朝義 (註13)，頁484。

17 李春福 (註13)，頁401。

18 陳文貴，訊問證人違反告知拒絕證言權之問題——評最高法院109年度台上字第1309號刑事判決，月旦法學雜誌，307期，頁189 (2020年)。

19 至於前述最高法院105年度台上字第1916號刑事判決認為此一拒絕證言權係防止證人陷於窘境，「以兼顧人情」，是否有意針對防止近親刑事追訴之拒絕證言

上述爭議涉及不自證己罪原則之保護射程，是否及於防止證人被迫證明近親之犯罪，此一問題取決於不自證己罪原則之理論基礎。前面說過，此一原則之理論基礎在於，每個人都有維護自我存續的天生趨力，強制其自我入罪就如同迫使其損害自己的利益，超越其心理上可以承受的界限。從證人的心理來看，基於其與近親之間的情感連結或利害與共，近親可能受到刑事追訴對於證人所帶來的心理壓力，其程度可能和證人自己受到刑事追訴不相上下。我們完全可以想像，在父母作證可能使子女受罰，或配偶作證可能使他方配偶受罰的情形，證人或許寧可作證是揭露自己的犯罪，而不是令最親近的家人受罰。由此可知，從不自證己罪原則免除個人內在衝突或心理強制狀態的意旨來看，強迫作證而使證人近親受到刑事追訴，與證人自己受到刑事追訴一樣構成過苛的要求，將免於強制將近親定罪納入不自證己罪原則的保護射程，有其合理性²⁰。

我們仔細觀察可知，部分學說將防止近親受刑事追訴之拒絕證言權理解為「避免證人產生矛盾的角色衝突」或「避免因親情所困、左右為難」，同樣是在表達防止證人陷入難以克服的心理壓力，其中蘊含證人一般人格權不受國家追訴過度侵害的考量，與防止自己受刑事追訴之拒絕證言權的理論基礎相差無幾，差別只在於概念上未將其納入不自證己罪原則。不過，既然不自證己罪原則之目的在防止個人因為面臨刑事追訴所造成的心理壓力，著眼於其人格權之保障，在概念上將防止證人被迫證明近親犯罪納入此一原則的保護範圍，似乎沒有可支持的反對理由。當然，證人自己受到刑事追訴所帶來的心理壓力，通常是大於近親受到刑事追訴所帶來的心理壓力，哪些近親受到刑事追訴可以和證人自己受到刑事追訴相提並論，只能根據個案情形加以判斷。至少可以確定的是，近親陷入刑事追訴危險的證人被賦予拒絕證言權，同樣可以被理解為實現

權提出不同的規範目的，則難以從簡短的文字中做出明確推論。

20 Ebenso Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 3; Rogall (Fn. 14), S. 150 ff.

不自證己罪原則的結果。因此，最高法院將此一拒絕證言權之規範目的一律訴諸實現不自證己罪原則，值得贊同。

在確定不自證己罪原則足以正當化防止自己與近親刑事追訴危險的拒絕證言權之後，接著必須回答的問題是，為什麼此一拒絕證言權僅容許證人拒絕答覆有刑事追訴危險的具體問題，而不是完全拒絕作證²¹。如果對照被告的緘默權（第95條第1項第2款）及親屬拒絕證言權（第180條），更能凸顯此一問題：二者分別在保障被告免於強制自我入罪與保障證人免於強制將近親入罪，其規範意旨和不自證己罪之拒絕證言權相同，卻是賦予被告及證人完全拒絕供述的權利，不必考量答覆具體問題有無刑事追訴危險²²。相較於已是被告之人，證人在自己可能受到刑事追訴時，實質上就是一個潛在的被告，一樣處於被迫自證己罪的心理衝突狀態，保障程度似乎應該比照被告緘默權，得不附理由地拒絕任何供述。同樣地，相較於近親已成為被告，在近親尚未成為被告時，證人承受之強制使近親入罪的心理衝突並無不同，似乎也應該賦予證人完全拒絕作證的權利²³。因此，從實現不自證己罪原則的規範意旨來看，我們有必要進一步回答，為何不自證己罪之拒絕證言權的保障效力比被告緘默權及親屬拒絕證言權更低。

21 實務與學說之一致見解，參考最高法院95年度台上字第6157號刑事判決；98年度台上字第2121號刑事判決；林鈺雄（註2），頁573；林俊益（註13），頁582；黃朝義（註13），頁484；李榮耕，證人的據實陳述及對其之告知義務——簡評最高法院一百年度台上字第一九二五號刑事判決，月旦裁判時報，13期，頁82-83（2012年）。

22 被告緘默權與不自證己罪拒絕證言權之比較，參考陳運財，論緘默權之保障，收於：刑事訴訟與正當之法律程序，頁332-334（1998年）。

23 詳細說明，參考 *Friedrich Geerds, Auskunftsverweigerungsrecht oder Schweigebefugnis? Zur Problematik der §§ 55, 56 StPO*, in: Spindel (Hrsg.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966*, 1966, S. 171 (186 ff).

對此，95台上6157表示：「然被告本無自白犯罪之義務，故得以『被告』身分，而概括行使其緘默權，拒絕回答檢察官或法官之任何問題；證人則有到場接受訊問，陳述自己所見所聞具體事實之義務。證人陳述是否因揭露犯行而自陷於罪，得以行使其拒絕證言權，必須到場接受訊問後，針對所訊問之個別具體問題，逐一分別為主張，不得以陳述可能致其受刑事訴追或處罰為理由，而概括拒絕回答一切問題，以致妨害真實之發現」。最高法院透過「被告無陳述義務」與「證人有陳述義務」之對比，推論出證人僅得就個別問題行使此一拒絕證言權，看似提供了一個解答。然而，這明顯是一個無效推論。因為即使證人有陳述義務，法律仍然承認享有親屬拒絕證言權的證人，在釋明與被告的親屬關係之後，得不附理由地概括拒絕回答全部問題。最高法院並未說明，為何在證人有陳述義務的共通基礎上，不自證己罪之拒絕證言權，僅能解除證人就個別問題的陳述義務，而不像親屬拒絕證言權般，得以解除證人的全部陳述義務。因此，單純訴諸證人負有陳述義務，並未回答此一拒絕證言權之保障效力低於被告緘默權及親屬拒絕證言權的根本理由。

本文回答此一問題的出發點是，不自證己罪原則的效力雖然在法治國家具有普世性，但是此一原則的保障內涵並不是絕對排除任何人揭露自己或近親犯罪資訊的可能性，而是隨著國家取證之對象、方式與目的不同而有所調整。理由在於，不自證己罪原則給予被告拒絕配合國家追訴的權利，一方面是在實現被告之人格權及其人性尊嚴，維護其訴訟主體的地位，另一方面卻減少國家追訴犯罪的可能性，危及刑法擔保行為規範實現的效力，不利法治國原則的實現。在上述彼此衝突的憲法價值之間，並沒有絕對的價值優先次序，必須就個案情形權衡與調和二者，謀求其獲得最大實現的可能性²⁴。因此，不自證己罪原則形式上是一個被告的絕對權利，其保

24 Ebenso *Torsten Verrel*, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, 2001, S. 271.

護射程有多大，如何提供保障，則是根據上述利益權衡的結果而定，並非在任何情況下都賦予被告相同層級的保障。

不自證己罪原則的保障對象與保障方式因個案而異，充分顯示在下面的例子裡。例如，不自證己罪原則保障酒駕被告就其駕車前有無飲酒享有緘默權，卻不當然保障其拒絕接受呼氣酒精濃度測試的權利。因為，相較於強制被告坦承飲酒，強制被告接受呼氣酒精濃度測試，不僅對於其人格權之干預程度較低，強制力也不會改變呼氣證據之證明力，考量其侵害人格權程度較低，而發現真實的利益較高的特質，不自證己罪原則並不禁止國家強制對被告施以呼氣酒測²⁵。又例如，收賄1千萬元之公務員，依法有誠實申報此筆犯罪所得之義務（所得稅法第71條第1項）²⁶，但是此舉等於是強迫公務員交出自己收受賄賂的證據。從不自證己罪原則固然可能推論出，公務員享有拒絕申報犯罪所得的權利，完全阻絕其犯罪嫌疑被國家知悉的可能性，但是這同時會隱匿應予課稅的所得，使國家徵收所得稅的公益需求不能獲得滿足。因此，為了調和稅收的公益需求與不自證己罪原則的衝突，國家可以選擇維持公務員對於犯罪所得之真實申報義務，滿足國家課稅之公益需求，但是禁止將申報資

25 據此，不自證己罪之保護對象宜採「供述基準說」，絕對禁止國家強迫被告提出供述證據，但不禁止取得非供述證據。就此參考王兆鵬，不自證己罪保護之客體，台灣本土法學雜誌，95期，頁69-74（2007年）；陳運財（註22），頁345-347；薛智仁（註12），頁728-731；Verrel (Fn. 24), S. 253 ff. 然而，依據「主動基準說」，不自證己罪原則禁止國家強制被告主動提供證據，但不禁止國家強制被告消極忍受取證。依此，被告沒有義務配合接受呼氣酒精濃度測試，但是有義務忍受抽血酒精濃度測試。參考林鈺雄（註2），頁132-133；王士帆，不自證己罪原則，頁257-277（2007年）；游明得，論刑事訴訟法中酒駕強制呼氣檢查規定之妥適性，法令月刊，66卷11期，頁49-53（2015年）。本文強調，「主動基準說」對於不自證己罪原則之保護對象雖然和「供述基準說」不同，但是同樣顯示，其所理解之不自證己罪原則並打算絕對禁止國家從被告取得證據，僅絕對禁止國家強制被告主動提供證據。此一保護對象的限定，實質上仍然是人格權保障與犯罪追訴公益之權衡結果。

26 不法所得之課稅申報義務，參考陳敏絹，不法所得之課稅問題，法令月刊，55卷4期，頁74-85（2004年）。

料使用於公務員受賄罪的刑事程序上，防止公務員因此受到刑事追訴²⁷。

由此出發，不自證己罪之拒絕證言權僅保障證人拒絕答覆具體問題，而不是比照被告緘默權及親屬拒絕證言權允許其完全拒絕供述，主要原因在於此時的強制作證侵害人格權的程度較輕微。在被告緘默權及親屬拒絕證言權的適用場合，承受追訴危險的自己或近親已經成為本案被告，其犯罪已經被鎖定為追訴對象，以被告或證人身分所做的供述，幾乎都可能直接或間接地有助於認定犯罪之存在。即使被告或親屬證人之供述是為了洗刷被告的犯罪嫌疑，其亦無法確定法官會因此形成有利被告的心證，而是依然面臨法官心證可能更不利於被告的危險。隨著證明自己或近親犯罪的危險程度提高，強制供述所造成的心理壓力或內在衝突亦相應地提高，為了加強對人格權的保障程度，必須容許其完全拒絕供述。相對地，在不自證己罪之拒絕證言權的適用場合，承受追訴危險的證人自己或其近親，可能是犯罪嫌疑尚未被發現，根本還不是被告；或者是犯罪嫌疑已經被發現，但屬於另案被告，情況不一而足²⁸。此時，證人在本案被告案件中作證，證詞是否會直接或間接證明自己或近親犯

27 詳細討論，參考王士帆，稅捐協力義務與不自證己罪，收於：春風煦日論壇編輯小組編，刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，頁195-212（2017年）。德國法簡介，*Michael Lindemann*, § 2 Materielle Grundrechtsgewährleistungen und ihre Bedeutung für das Strafverfahren, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 7, 2020, Rn. 57 (S. 83-85).

28 值得說明的是，第181條不自證己罪之拒絕證言權，適用範圍包含(1)近親已是本案被告以及(2)近親尚未成為被告或屬於另案被告在內。在(1)的情形下，證人得依據第180條完全拒絕作證，亦得依據第181條拒絕答覆具體問題，二者併存，證人得自由選擇行使何者。就此，參考最高法院101年度台上字第5763號刑事判決；林俊益（註13），頁582；*Eisenberg* (Fn. 8), Rn. 1114; *Gercke* (Fn. 12), § 55 Rn. 3; *Rogall* (Fn. 10), § 55 Rn. 16; *Schmitt* (Fn. 13), § 55 Rn. 1; *Alexander Ignor/Camilla Bertheau*, in: Becker/Erb/Esser u. a. (Hrsg.), *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 2, 27. Aufl., 2017, § 55 Rn. 3. 在(2)的情形下，證人僅得依據第181條拒絕答覆具體問題，屬於其獨有的適用範圍，故本文以此種情形作為分析基礎。

罪，相當程度上取決於個案情形。舉例來說，在甲涉嫌投票行賄的案件中，清潔工乙就甲曾邀集樁腳商討分配買票區域一事作證，在乙的父親與甲完全沒有往來關係時，作證幾乎不會有使父親受到刑事追訴的危險。但是，如果乙的父親其實就是甲的選舉樁腳，作證就不排除會使父親受到刑事追訴；如果乙的父親與甲共同投票行賄已經在另案被起訴時，其作證幾近確定會使父親受到刑事追訴。因此，在不自證己罪之拒絕證言權的適用場合，強制證人供述不一定提高證明自己或近親犯罪的危險，其所造成的心理壓力或內在衝突也難以一概而論²⁹，只要容許其拒絕答覆具體問題，即可滿足保障其人格權的需求。如果在例外情況下，證人回答全部問題都可能使自己或近親陷入追訴危險，逐一就每個具體問題拒絕回答的權利，也會產生幾乎等於完全拒絕作證的效果³⁰。

綜言之，不自證己罪之拒絕證言權僅賦予拒絕答覆具體問題的權利，理由在於證人被強制追訴自己或近親犯罪的危險程度通常較低，保障其人格權的需求相應地調降³¹。考量此時證人的心理衝突狀態，如果比照被告緘默權及親屬拒絕證言權，不分個案情節，容許證人完全拒絕作證，反而逾越保障人格權所必要的程度，不當地限制國家發現真實的機會³²。因此，不自證己罪之拒絕證言權的保障效力低於被告緘默權及親屬拒絕證言權，是立法者考量不同程度之追訴危險所做的類型化安排，是均衡人格權保障和真實發現利益的結果。

29 Vgl. Rengier (Fn. 8), S. 236 f.

30 德國學說與實務之一致見解，參考BGHSt 17, 245 (247); Gercke (Fn. 12), § 55 Rn. 4; Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 51; Eisenberg (Fn. 8), Rn. 1115; Ignor/Bertheau (Fn. 28), § 55 Rn. 4.

31 Ebenso Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 3 f.

32 實質相同之見解：王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下冊），4版，頁336（2018年）：「只有如此，始得同時兼顧證人權利、當事人利益，並確保司法效率。」；王兆鵬，論新修刑訴之證人不自證己罪，臺大法學論叢，34卷1期，頁53（2005年）；李榮耕（註21），頁83。

四、小結

根據本文上述觀點，此一拒絕證言權之規範目的僅在實現不自證己罪原則，而不是在維護真實發現。最高法院正確地指出，此一拒絕證言權是在落實不自證己罪原則，避免證人據實供述會使自己或近親入罪、虛偽供述會成立偽證罪、不作證會被科以罰鍰的三難困境，可惜對於為何其保障效力僅限於拒絕答覆具體問題，缺乏充分的說理。至於少數判決強調，此一拒絕證言權兼具保障被告免於證人虛偽陳述危險的功能，則是忽略其並不能禁止證人作證，法官仍可能受虛偽陳述所影響，而自由心證原則已提供法官辨識證詞真偽的空間。

參、適用要件：刑事追訴或處罰危險

證人恐因陳述致自己或與其有第180條第1項關係之人受刑事追訴或處罰，係不自證己罪之拒絕證言權的適用要件。本文以下將先界定「刑事追訴或處罰」的概念定義，並且分析最高法院將「行政罰」及「偽證罪」排除在此一概念之外的妥適性（下述「一」）。接著，本文將提出刑事追訴或處罰「危險」的判斷標準，並針對最高法院在證人「曾經受確定判決」、「自白犯罪」及「存在其他明確的調查結果」等三種類型，認定刑事追訴危險不存在，提出檢討（下述「二」）。本文檢討的主軸在於，最高法院對於系爭規定的解釋是否符合不自證己罪原則。

一、「刑事追訴或處罰」之射程範圍

（一）概念定義

依據法條文義，證人因為陳述所承受的危險，只要符合「刑事追訴」或「刑事處罰」的選項之一即可。不過，證人有無「刑事追

訴」危險，才是適用不自證己罪之拒絕證言權與否的關鍵。一方面，不自證己罪原則的保護效力，乃是賦予個人在面對刑事追訴的時候，保有自主決定是否配合追訴的空間，不會被完全貶低成國家實現刑罰權的工具，而不是在犯罪被確認之後，保護其不受到刑事處罰。因此，不自證己罪之拒絕證言權，必須防止證人因陳述而成為刑事追訴的對象，而不是任其承受刑事追訴，僅防止其不被刑事處罰。另一方面，「刑事追訴」和「刑事處罰」兩個選項看似彼此獨立，實則有內在的依存關係。因為現代國家要對人民施加刑事處罰，必須先依法踐行刑事程序，所謂證人承受「刑事處罰」的危險，必定蘊含「刑事追訴」的危險。據此，不自證己罪之拒絕證言權的決定性門檻，終究還是在於「刑事追訴」危險。即使未來修法刪除「刑事處罰」選項，也不會影響不自證己罪之拒絕證言權的適用要件³³。

問題是，「刑事追訴」的範圍有多大？在國家的法秩序中，刑事追訴的獨特功能是在確認國家對於特定人是否應該科處刑事法律效果，包括刑罰、保安處分及沒收，因此凡是刑事追訴機關基於此一目的所開啟的程序，都屬於刑事追訴的一環。在通常情況下，刑事程序的開啟係指司法警察或檢察官「知有犯罪嫌疑」，依法開始調查或偵查（第228條第1項、第230條第1項、第231條第1項）。作為正式開始調查或偵查根據的「開始嫌疑」（Anfangsverdacht），係指依據刑事偵查的經驗，有充分事實根據足以認為存在可得追訴的犯行，該犯行只要是刑事違法行為即可。在開啟偵查之後，被告是否實際上被諭知刑罰、保安處分或沒收，並不重要³⁴。此外，對於違禁物、專科沒收之物，以及在被告事實上或法律上無法被沒收時

³³ 例如，民事訴訟法第307條第1項第3款及行政訴訟法第145條明定，證人恐因陳述使自己或特定親屬「受刑事追訴或蒙恥辱」時，得拒絕證言，並未如同刑事訴訟法第181條併列「刑事追訴或處罰」。二者之相異用語並無區別之必要，參考李學燈（註3），頁614。

³⁴ Vgl. Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 36.

之犯罪所得，檢察官聲請單獨沒收（刑法第40條第2、3項），雖然不是正式開啟調查或偵查，卻同樣是為了確定對於被告或第三人是否諭知沒收的程序，亦屬於刑事追訴的範圍³⁵。至於在少年有觸犯刑事法律的行為時，少年法院（庭）開啟調查程序，是否應該納入刑事訴追的範圍之內，則不無疑問。少年法院（庭）之審前調查結果，可能是裁定移送管轄之檢察署進行少年刑事案件（少年事件處理法第27條），也可能是不予審理或進行少年保護案件之審理，決定是否諭知一定之保護處分（少年事件處理法第29、42條）。儘管少年保護處分具有福利與教養色彩，但是其仍具有刑事司法的性質，少年保護事件亦於性質不相違反的範圍內準用刑事訴訟法規定。由此可知，少年保護事件之調查審理及保護處分之執行，已具備某程度的刑事追訴性質，可視為此處之刑事追訴。最後值得一提的是，此處的刑事訴追也包含外國的刑事追訴在內，只是在認定陳述是否導致外國刑事追訴的危險時，必須特別考量外國刑事追訴機關介入調查的可能性³⁶。

接著的問題是「刑事處罰」的範圍為何？刑事處罰係指國家對於刑事違法行為所規定的法律效果，包括刑罰、保安處分和沒收在內。有疑問的是，既然刑事處罰是以發動刑事追訴為前提，那麼所

35 2015年刑法修正，立法者將沒收重新定位為刑罰與保安處分以外之獨立法律效果，通說與實務承認不法利得沒收屬於類似不當得利之衡平措施，這並不會改變其屬於「刑事處罰」之一，檢察官聲請單獨沒收屬於「刑事追訴」。理由在於，從形式上而言，沒收仍然是國家為了回應刑事不法行為所採取的手段；從實質上而言，沒收仍然承擔防止行為人再犯、向社會宣示行為規範效力之犯罪預防功能。換言之，立法者對於沒收之重新定位，主要是使沒收之宣告不受罪責原則之拘束，而不是使其完全喪失刑事制裁的性質。

36 Vgl. Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 39; Maier (Fn. 12), § 55 Rn. 25 f.; Hans-Jörg Odenthal, Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO bei Gefahr ausländischer Strafverfolgung, NSTZ 1985, S. 117 (118); Maximilian Lenk/Nico Glöckle, Das Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO bei der Gefahr ausländischer Strafverfolgung — Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. V. 27. 03. 2019 — 4 StR 541/18 = StV 2020, 435 (in diesem Heft), StV 2020, S. 484 (486 f.).

謂證人可能因陳述受到「刑事處罰」，必定同時可能受到「刑事追訴」，「刑事處罰」這個選項似乎沒有獨立適用的餘地。然而，在現行法底下，仍有必要透過解釋區分「刑事追訴」與「刑事處罰」兩個選項。一個融貫的可能解釋方式是：「刑事追訴」係指「首次追訴」，證人或其近親之犯罪嫌疑或單獨沒收事由尚未被發現，因證人之陳述始被正式開始調查、偵查或被聲請單獨沒收；「刑事處罰」係指「加重追訴」，證人或其近親已經被正式調查、偵查或聲請單獨沒收，因證人之陳述而證實或加強既有的犯罪嫌疑，以致提高有罪判決的可能性或加重其處罰效果³⁷。例如，檢察官以甲乙涉嫌共犯竊盜而偵查之，甲被以證人身分訊問關於乙的行竊次數，甲可能因為回答此一問題而被發覺其與乙共同竊盜的次數增加。在此種情形裡，甲的陳述並非使其開始被偵查，而是使其可能的處罰程度加重，故不適用「刑事追訴」選項，而是適用「刑事處罰」選項。

（二）行政罰或懲戒罰

依據法條文義，證人陳述必須可能使自己或近親陷入「受刑事追訴或處罰」的危險，始享有不自證己罪之拒絕證言權，如果只可能導致其他不利益，例如遭受行政罰或懲戒罰，則沒有陷入刑事追訴危險可言，不得據此主張拒絕證言。例如，檢察官偵辦被告販賣三級毒品愷他命，傳喚向被告購買1公克愷他命之人作證，101台上1488認為「倘上訴人據實陳述其於上揭時、地，有以五百元向林家弘購買約一公克愷他命，客觀上僅能認其持有數量僅約一公克之愷他命或施用愷他命，僅能依毒品危害防制條例第十一條之一第二項

37 另可參考最高法院105年度台上字第1916號刑事判決：「且此所謂『恐受刑事追訴或處罰』，不限於證言有直接導致其受追訴或有罪之處罰為限，抑凡有關其刑事責任之不利證言（例如累犯加重之事由、習慣犯認定之基礎事實等）均應包括在內」；李學燈（註3），頁608：「凡足致受刑事偵查或起訴之危險，或刑事訴訟易於進行，或足致提起上訴或再審，或足致受重刑之處罰，或足以遭致刑事之執行，自均應解釋為包括在內。」

規定處以行政罰，而不得以同條例第十一條第五項之罪責相繩。上訴人並不因其陳述在客觀上有受刑事追訴或處罰之虞，自無依刑事訴訟法第一百八十一條拒絕證言之餘地。³⁸」

可能遭受行政罰的證人不得拒絕證言，固然是從法條文字推導的結果，卻不是完全沒有疑義。如前所述，不自證己罪原則的理論基礎是，如果個人被強迫配合國家追訴犯罪，等於是被要求損害自己的法益，這構成對其人格的過度侵害。在國家追究個人過錯的所有型態當中，刑事處罰雖然通常構成最嚴重的侵害，但是行政罰與懲戒罰對於個人造成的財產損害（例如高額罰鍰、停業、吊銷執照、撤職等）或附隨效果（例如不法利得追徵），也可能相當於或高於刑事處罰。因此，從防止個人被強迫自損法益的人格權保障出發，不自證己罪原則的適用領域，固然是以刑事追訴為主，但是行政罰或懲戒罰也應包含在內³⁹。如果概括排除這些惡害程度相當於

38 相同見解：最高法院107年度台上字第4876號刑事判決。附帶說明的是，此處引用的兩則判決皆是在處理證人因為偵訊時虛偽陳述而被起訴偽證罪，其於訴訟上抗辯檢察官未踐行第186條第2項告知義務，故應阻卻偽證罪之成立，最高法院則以證人不適用第181條拒絕證言權為由，駁回其抗辯。表面上看起來，兩則判決係涉及違反告知義務之實體法效果（下述「肆、三」）的問題脈絡，實則皆是自始就否定證人之拒絕證言權及檢察官之告知義務，不生因為檢察官違反告知義務而阻卻偽證罪成立的問題。因此，本文將這兩則判決放在此一段落處理。

39 我國學說持此立場者，李震山，行政法導論，修訂11版，頁477（2019年）；李建良，從公共工程弊端談公平交易委員會之行政調查權，月旦法學雜誌，18期，頁16-17（1996年）；蔡震榮，行政罰法草案評析，月旦法學雜誌，111期，頁17-19（2004年）；林文村，陸海空軍懲罰法適用不自證己罪原則之探討，軍法專刊，66卷1期，頁43（2020年）。不同見解，洪家殷，行政調查與刑事偵查之界限，東吳法律學報，25卷1期，頁40-41（2013年），僅在發現犯罪嫌疑時始例外承認緘默權。德國實務及學說，亦肯定不自證己罪原則適用於行政罰及懲戒罰，參考BVerfGE 55, 144 (150); 56, 37 (49); Rogall (Fn. 14), S. 164 f. 因此，德國秩序違反法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten）之當事人沒有陳述義務（參考Hans-Joachim Lutz, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl., 2018, § 55 Rn. 14 ff.; Joachim Bohnert/Benjamin Krenberger/Carsten Krumm, Ordnungswidrigkeitengesetz, 4. Aufl., § 55 Rn. 18），德國刑事訴訟法第55條之不自證己罪拒絕證言權，明文列入秩序違反法處罰之危險，但是未列入承受懲戒罰之危險，故學說對於是否將本條類推適用於有懲戒罰危險的案件，則是

刑事罰的其他制裁手段，我們將很難解釋，為何證人在可能受到小額的（易科）罰金刑時得拒絕證言，在可能被撤職或停業，失去生活憑藉時，不但不得拒絕證言，不作證還會被科以罰鍰。因此，在證人因陳述而陷入行政罰或懲戒罰的危險時，也有必要思考如何兼顧不自證己罪原則的實現。

現行法下兼顧不自證己罪原則的第一個方式是類推適用第181條，使證人在陷入行政罰或懲戒罰危險時，取得和陷入刑事追訴危險的證人完全相同的保障，不僅得拒絕證言，而且訊問人員必須踐行權利告知。不過，此一方式存在兩個障礙。第一、不自證己罪原則應該適用於行政罰或懲戒罰，並不表示行政裁罰或懲戒程序的當事人就一定要比照刑事被告給予完全相同的保障，立法者得考量貫徹行政法義務或公務員或專門職業人員義務的公益需求，調降被裁罰人或被付懲戒人的保障程度及方式。因此，如果現行法在裁罰或懲戒程序中，尚未給予被裁罰人或被付懲戒人相當於刑事被告的緘默權保障⁴⁰，就逕行在刑事程序中透過類推適用第181條，使證人在陷入行政罰或懲戒罰危險時，比照有刑事追訴危險的證人享有拒絕證言權，在法律體系內部似乎缺乏價值一貫性。第二、類推適用係以存在違反規範計畫的法律漏洞為前提，此一法律漏洞似乎並不存在。若是一併觀察民事訴訟法第307條第1項第3款及行政訴訟法第145條，二者均明定「刑事訴追或蒙恥辱」作為拒絕證言的適用前提，顯示在立法者的規範計畫中，其一貫的想法就是僅防止證人受刑事追訴危險，不防止證人受其他國家制裁危險。至於本條不包括二者所規定的「蒙恥辱」危險，考量的是刑事程序發現真實的公

相當有爭議性。反對見解，如Ignor/Bertheau (Fn. 28), § 55 Rn. 9; Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 49；肯定見解，如Maier (Fn. 12), § 55 Rn. 6; Gercke (Fn. 12), § 55 Rn. 6.

⁴⁰ 在法無明文之下，部分學說主張受裁罰人無協力義務，例如蔡震榮（註39），頁18-19；蔡震榮、鄭善印、周佳宥，行政罰法逐條釋義，3版，頁91-93（2019年）（準用刑事訴訟法相關規定）；陳清秀，行政罰法，2版，頁375-376（2014年）（屬於處罰法上的共通原則，得直接適用於行政處罰程序）。

益性更強，防止證人「蒙恥辱」的利益並不優越於追訴犯罪的公益，應是立法者利益權衡後的有意決定，而不是立法疏漏⁴¹。因此，在證人有行政罰或懲戒罰危險時不得拒絕證言，是符合立法者規範計畫的法律漏洞，沒有類推適用第181條的餘地。

如果不能類推適用第181條，那麼應該考慮第二個方式，亦即在證人可能受到行政罰或懲戒罰而拒絕證言時，以其係行使不自證己罪之權利，評價為「有正當理由」之拒絕證言，不得依據第193條第1項科處罰鍰⁴²。依此，承受行政罰或懲戒罰危險之證人沒有拒絕證言權，訊問人員亦無踐行權利告知的義務，但是國家對於其拒絕證言不得科處罰鍰，某程度上保有決定是否配合國家追究責任的空間。其結果是，證人在面對國家不同型態的究責危險時，其不自證己罪的權利享有不同層級的保障：面對刑事追訴危險的證人得行使拒絕證言權，面對行政罰或懲戒罰危險的證人，在拒絕證言時不會被科處罰鍰。儘管行政罰或懲戒罰的嚴重性有時不亞於刑事罰，這種層級化的保障不算是充分實現了不自證己罪原則，如果立法者未來提升對於有行政罰或懲戒罰危險之人的保障程度，自然是樂見其成⁴³。但是，在立法者介入之前，透過禁止國家以罰鍰強制證人作證，某程度上兼顧不自證己罪原則的實現。

據此，在證人恐因陳述而使自己因為持有或施用愷他命被科處罰鍰時，最高法院認為其不具有第181條的拒絕證言權，訊問人員沒有踐行權利告知的義務，在結論上值得贊同⁴⁴。但是，此一觀點需要補充的是，在證人拒絕證言時，不得對之依據第193條科處罰

41 參考Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 7.

42 此一觀點，參考Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 50對於陷入懲戒罰危險之證人的處理方法。

43 在刑事程序中是否賦予此類證人拒絕證言權，必須與行政罰程序之被裁罰人與懲戒程序之被付懲戒人是否被賦予緘默權，進行通盤的立法規劃。

44 既然訊問人員沒有踐行權利告知的義務，證人若是選擇作證卻虛偽陳述，則自始不適用最高法院所創設之違反告知義務而阻卻偽證罪的法律效果。

緩，以落實不自證己罪原則。

（三）偽證罪

如果證人在被訊問時虛偽陳述，可能受到偽證罪（刑法第168條）之處罰，證人得否主張其恐因虛偽陳述而受到「刑事追訴或處罰」，拒絕回答具體問題，也是值得討論的問題。例如，在被告涉嫌司法黃牛之詐欺案件，證人就被告收受300萬元支票之來源及原因如何作證，屬於被告是否成立犯罪之重要事項，若是證人不願意說實話，能否以其陳述可能構成偽證罪而主張拒絕證言？

證人因為虛偽陳述而可能成立偽證罪，在法條文義上符合「恐因陳述而受刑事追訴或處罰」的適用要件，但是最高法院曾透過不同理由進行限縮解釋，禁止證人訴諸此一刑事追訴危險而拒絕證言⁴⁵。101台上6認為「至若因其陳述（按：證人之陳述）而有受『偽證罪』之追訴、處罰者，則非拒絕證言之正當理由，蓋以任何人不得以犯罪為手段而主張權利，乃屬當然之理⁴⁶」（雙引號強調為本文所加）。106台上3740則認為「人民除有法定事由情形外，有就其親見親聞所知悉之事實作證之義務，所謂親見親聞，當指作證時『已發生』之事實，若因陳述此等事實，而陷自己或有一定身分關係之人有招致被訴或處罰之危險，始得依不自證己罪之法理而拒絕證言，至尚未發生之情事，或已經判決確定之事實，均不得拒絕證言。……楊振豐為證人，本有據實陳述之義務，且受偽證罪責之約制，自無從准許楊振豐以尚未發生之偽證事項，主張第181條規定之『恐受刑事追訴或處罰』而拒絕證言，否則，為發現事實真相而於刑事訴訟法規定為證人之義務，即無從實現。」

45 同樣排除偽證罪，但未附理由者：林永謀，刑事訴訟法釋論（中冊），改訂版，頁193（2010年）。

46 另參考最高法院103年度台上字第2956號刑事判決。支持見解，陳文貴（註18），頁199。

101台上6以「任何人不得以犯罪為手段而主張權利」，禁止證人訴諸偽證罪之處罰危險拒絕證言，此一論證的內涵並不精確。在偽證罪的脈絡下，其具體意思似乎是證人不得以其欲實施偽證為理由，主張自己享有拒絕證言權。不過由於此處所要探究的問題，正是為什麼證人不得以其陳述可能受偽證罪追訴為由主張拒絕證言權，上述「論證」只是以另一種方式表達證人不得拒絕證言的結論，而不是為此一結論提出支持的理由，純屬循環論證。

106台上3740的論證是，證人的本質是陳述「已發生」之事實，證人因陳述而可能成立偽證罪，屬於「尚未發生」之事項，故不得拒絕證言。這個論證的意思同樣不精確，因為證人基於「陳述」而成立偽證罪，並不改變證人的陳述是針對「已發生」之待證事實，即使將證人恐因陳述致成立偽證罪也納入不自證己罪之拒絕證言權的適用範圍，並不會抵觸證人就「已發生」之事實作證的本質。以上述案例而言，假如證人就被告收受300萬元支票之來源及原因，謊稱是被告向他人借貸，而不是司法關說的報酬，就算讓證人以其有偽證罪的追訴危險而拒絕證言，並不會改變其係就過去的待證事實（被告收受300萬元支票）進行陳述。由此可知，如果最高法院想要證立刑事追訴之危險不能來自於陳述本身，而是必須來自陳述之前已經發生的事實，就不能訴諸於證人的功能在陳述「已發生」之事實，而是必須提出更進一步的關鍵理由。

本文認為，這個關鍵理由就是同一則判決後段所提出的「否則，為發現事實真相而於刑事訴訟法規定為證人之義務，即無從實現。」依據立法者的規範構想，證人負有據實陳述義務，並以偽證罪擔保證人履行據實陳述義務，因為虛偽陳述而成立偽證罪，是每個證人必須承擔的風險。如果證人得因陳述可能成立偽證罪而拒絕證言，等於給予證人一張免費的通行證，只要不想據實回答某個問

題，就可以釋明後拒絕答覆，完全架空證人的據實陳述義務⁴⁷。因此，為了符合證人據實陳述義務的立法構想，「刑事追訴或處罰危險」的內涵應有一定限制，排除證人因為陳述可能成立偽證罪的危險。

值得比較的是，德國學說與實務進一步提出所謂「前行為原則」(Grundsatz der früheren Tat)，強調刑事追訴危險必須是來自陳述之前已經存在的行為，始能適用不自證己罪之拒絕證言權。因為此一拒絕證言權是為了防止證人「事後」因作證受到刑事追訴，故刑事追訴危險必須是在證人陳述之前已經發生，而不是透過證人陳述才發生⁴⁸。若證人可能因為陳述而同時成立犯罪，不論是偽證罪或其他犯罪，皆不得拒絕證言。然而，在下列兩種情形裡，是否應該打破前行為原則，例外容許證人拒絕證言，在學說與實務上尚有爭議⁴⁹。第一種情形是，證人先前以被告身分所做的供述，已經被確定判決之認定所推翻，後來在他人被告的案件中作證，如果重複先前的供述，將可能成立偽證罪。例如，甲乙為詐騙集團成員，甲指揮乙提領匯至人頭帳戶的款項，乙被起訴幫助詐欺得利罪，在審判中坦承擔任車手，但否認受到甲的指示，乙的否認不被法院採納。在甲被告詐欺得利罪的案件中，乙以作證否認被甲指示擔任車手可能成立偽證罪，主張享有不自證己罪之拒絕證言權⁵⁰。第二種情形是，證人依外國法負有保密義務，在內國卻未被業務或公務拒絕證言權所涵蓋，一旦陳述將可能依外國法成立洩密罪。例如，瑞

47 Vgl. Ignor/Bertheau (Fn. 28), § 55 Rn. 12; Maier (Fn. 12), § 55 Rn. 22 f.

48 BVerfG (Vorprüfungsausschuß), NStZ 1985, S. 277 (277); BGH, StV 2006, S. 171 (172); NStZ-RR 2013, S. 238 (239); Bader (Fn. 13), § 55 Rn. 9; Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 28; Ignor/Bertheau (Fn. 28), § 55 Rn. 12; Maier (Fn. 12), § 55 Rn. 22; Schmitt (Fn. 13), § 55 Rn. 4.

49 通說及實務採取否定說，例如Bader (Fn. 13), § 55 Rn. 9; Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 30 f. 少數學說採取肯定說，例如Ignor/Bertheau (Fn. 28), § 55 Rn. 12; Gercke (Fn. 12), § 55 Rn. 8.

50 案例事實改編自BVerfG, NStZ 1985, S. 277 (277).

士銀行員在我國刑事案件，就客戶之營業計畫被傳喚作證，不適用業務拒絕證言權，其陳述卻在本國成立洩漏製造或營業秘密罪（瑞士刑法第273條），據此主張享有不自證己罪之拒絕證言權。

本文認為，德國法的「前行為原則」並不值得我國參考。此一拒絕證言權之作用在落實不自證己罪原則，國家不得為了追訴犯罪的公益，使證人陷入陳述就會自證己罪的心理強制狀態。證人不論是因為陳述本身可能成立犯罪，或是因為陳述可能證明自己先前的犯罪，客觀上都是在陳述之後面臨刑事追訴的危險，所產生的心理衝突狀態並沒有不同。在證人可能因為陳述本身成立犯罪時，若是國家仍然強制證人陳述，還會在證人犯罪時同步蒐集證據，使證人的犯罪幾近確定會被追訴，證人所承受的心理衝突更加強烈。因此，從不自證己罪原則來看，刑事追訴危險是來自陳述前之行為或是來自陳述本身，並不影響以拒絕證言權保護證人的必要性⁵¹。所謂「前行為原則」僅保障證人免於因為陳述前之行為受刑事追訴的危險，卻任由證人陷入因為陳述而受刑事追訴的危險，此一區別待遇並不合理。依本文所見，在前述德國法所爭論的兩種情形中，情形一的證人恐因陳述成立偽證罪不得享有拒絕證言權，理由不在於其違反「前行為原則」，而是在於其牴觸證人之據實陳述義務。相對地，情形二的證人恐因陳述成立洩漏製造或營業秘密罪，則屬於證人據實陳述所額外承擔的刑事追訴危險，承認其享有拒絕證言權並不會架空證人的據實陳述義務，不應訴諸所謂「前行為原則」而否定其拒絕證言權。

綜上所述，「刑事追訴或處罰之危險」之適用範圍，原則上包括危險來自陳述之前的行為及陳述本身的情況，但為了符合證人據實陳述義務之立法構想，例外排除恐因陳述本身成立偽證罪之危

⁵¹ Vgl. Ulrich Sommer, *Auskunftsverweigerungsrecht des gefährdeten Zeugen*, StraFo 1998, S. 8 (10); Lenk/Glöckle (Fn. 36), S. 485 ff.

險。相對於德國實務與學說承認之「前行為原則」，最高法院的限縮解釋更符合不自證己罪原則及證人據實陳述義務之立法構想，只不過理由應予精確化。

二、「危險」之判斷標準

（一）概念定義

在確定「刑事追訴或處罰」概念之後，接著檢討刑事追訴或處罰「危險」的判斷標準。證人「恐」因陳述而受刑事追訴或處罰的法條用語，固然有依據證人主觀感受判斷追訴危險存否的含義，但是最高法院向來是從客觀角度判斷追訴危險之有無。觀諸99台上429：「證人拒絕證言權之行使，並不以該證人事後果已因該項陳述受刑事追訴或處罰為必要，祇要證人因其陳述在客觀上有遭受刑事追訴或處罰之虞，即足當之⁵²」以及108台上3361：「若證人之陳述依客觀情形為一般性觀察，並無使自己或與其有一定關係之人受有刑事追訴或處罰之危險者，就該證言即無得拒絕證述之權利」等判決敘述，皆可證明這一點。

最高法院以存在刑事追訴之「客觀危險」作為拒絕證言權之適用要件，大方向是正確的⁵³。不自證己罪原則的保障，係以個人實際上可能面臨刑事追訴為前提，個人是否恐懼刑事追訴，或刑事追訴最終是否真的發生，並不重要。因此，證人「恐」因陳述而受刑事追訴或處罰，也應該是指證人在客觀上有受刑事追訴的危險，而不是證人主觀上恐懼刑事追訴或最後果真受到刑事追訴。然而，最高法院僅提出「客觀危險」的出發點，對於刑事追訴之「客觀危險」的門檻和種類為何、如何判斷證人之「陳述」導致刑事追訴危

52 相同見解：最高法院97年度台上字第265號刑事判決；最高法院99年度台上字第3599號刑事判決；最高法院99年度台上字第7297號刑事判決。

53 同此見解：林永謀（註45），頁193。

險，並無進一步的闡述。上述兩個問題，我們可以從德國實務與學說中獲得一些啟發。

針對第一個問題，德國實務和學說相當一致地認為，刑事追訴危險係指證人之陳述足以創設、維持或增加其本人或近親犯罪的開始嫌疑（Anfangsverdacht），也就是有開啟偵查的可能性即為已足⁵⁴。如果刑事追訴的可能性純屬沒有事實基礎的推測，或者純屬理論上可能發生，並不符合此一追訴危險的要件⁵⁵。但是，此一可能性也不必到達具體危險的程度，而是只要無法完全排除刑事追訴即可⁵⁶，在概念上包含兩種型態。第一種是直接危險，亦即刑事追訴機關可以從證人所供述之事實，直接推論證人或其近親可能實現某個犯罪構成要件。例如，詢問證人是否向被告購買海洛因，即可從其陳述推論持有海洛因的犯罪事實。第二種是間接危險，亦即證人所供述之事實本身還不足以正當化刑事追訴措施，但是它構成有如馬賽克般的證據建築的一塊拼圖，在其他證據的配合下足以建構出證人或其近親的犯罪⁵⁷。例如，證人被詢問財務狀況，其答覆可

54 參考BGH, NStZ 2010, S. 287 (288); NStZ-RR 2010, S. 246 (247); *Maier* (Fn. 12), § 55 Rn. 14; *Ignor/Bertheau* (Fn. 28), § 55 Rn. 10; *Gercke* (Fn. 12), § 55 Rn. 5; *Schmitt* (Fn. 13), § 55 Rn. 7. 另有強調此一拒絕證言權不以陳述將「增加」犯罪嫌疑為必要者，詳見*Marcus Marlie*, Zu den Voraussetzungen des Auskunftsverweigerungsrechts gemäß § 55 StPO. Zugleich eine Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 21.4.2010 — 2 BvR 504/08, 2 BvR 1193/08, ZIS 2017, S. 230 (232 ff.).

55 BGH, NStZ-RR 2011, S. 316 (317); NStZ 2010, S. 287 (288); NStZ 2013, S. 241 (241).

56 *Rogall* (Fn. 10), § 55 Rn. 26; *Ignor/Bertheau* (Fn. 28), § 55 Rn. 10. 所謂刑事追訴危險完全被排除的情形，可能是基於實體法事由，例如證人或其近親在行為時無責任能力、顯然存在阻卻不法或免除罪責事由；可能是基於程序法事由，例如有犯罪嫌疑的近親已死亡、告訴乃論之罪已逾告訴期間、追訴時效完成等。參考*Eisenberg* (Fn. 8), Rn. 1118; *Gercke* (Fn. 12), § 55 Rn. 9.

57 Vgl. *Rogall* (Fn. 10), § 55 Rn. 27; *Ignor/Bertheau* (Fn. 28), § 55 Rn. 11; *Maier* (Fn. 12), § 55 Rn. 16; *Sommer* (Fn. 51), S. 11. 值得比較的是，美國聯邦最高法院的入罪危險判斷標準是「證人之陳述是否會成為入罪『證據鏈』(chain of evidence)的一環，致檢察官可能對其追訴處罰」(參考王兆鵬、張明偉、李榮耕(註32)，頁340)，實質上亦是承認間接危險的類型。

能就含有自證己罪的危險，因為如果有高額財產，可能暗示其係非法收入，如果有財務缺口，則可能暗示其有誘因實施犯罪增加收入⁵⁸。

針對第二個問題，德國實務及學說亦一致認為，針對訊問證人時所提出的具體問題，證人承認和否認的兩種答覆可能性當中，其中一種答覆可能產生刑事追訴的危險，即可認定陳述有導致刑事追訴的危險。至於訊問人員提問之目的是為了證實或洗刷被告的犯罪嫌疑、證人的答覆是否符合真實、證詞是否有利被告等，在判斷上都不重要⁵⁹。因為，如果只在證人「據實」陳述可能「不利」於自己或近親時，才允許證人拒絕證言，形同證人一旦行使拒絕證言權，就為自己或近親創造了犯罪嫌疑，此一結果將會牴觸不自證己罪之規範意旨⁶⁰。例如，在被告殺人的案件中，法官訊問證人「您是否販賣刀子給被告？」，假如證人承認自己有賣刀給被告，這個答覆可能使其被懷疑是殺人罪的共犯，故得拒絕證言。法官不得根據卷證資料，認定證人與被告沒有任何私人聯繫，以其據實答覆將會否認販賣刀子給被告，不至於被懷疑是共犯，就否定其拒絕證言權。

本文認為，德國實務及學說所發展的上述標準，值得我國借鏡，將刑事追訴危險的概念進一步具體化。就刑事追訴的危險門檻而言，由於此一拒絕證言權是在免除證人陷入陳述就可能揭露自己或近親犯罪的心理衝突，對於證人而言，只要因為陳述而被刑事追訴的可能性不是絕對被排除，對於刑事追訴機關是否會循著陳述摸索，開啟對自己或近親的刑事追訴，就處於無法控制的狀態，此時

58 此一案例參考Maier (Fn. 12), § 55 Rn. 16.

59 德國實務之向來見解，參考RGSt 36, 114 (116 f.); BGH, NJW 1999, S. 1413 (1413); Ignor/Bertheau (Fn. 28), § 55 Rn. 7; Maier (Fn. 12), § 55 Rn. 30; Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 34; Bader (Fn. 13), § 55 Rn. 8; Schmitt (Fn. 13), § 55 Rn. 2.

60 Vgl. Ignor/Bertheau (Fn. 28), § 55 Rn. 7; Sommer (Fn. 51), S. 13.

就應該免除證人陷入是否陳述的心理衝突。就陳述作為刑事追訴的危險源而言，在判斷上只根據可想像之答覆選項認定有無刑事追訴危險，不考量陳述內容是否屬實、是否不利自己或近親，也可以避免此一拒絕證言權容易引發的疑問，亦即在證人主張或被許可拒絕證言時，同時也在揭露自己或近親有犯罪嫌疑，導致實現不自證己罪原則之規範目的落空。因此，德國法的判斷標準在整體上更切合不自證己罪原則之保障。

據此，所謂證人「恐」因陳述而受刑事追訴或處罰，誠如最高法院所言，應係指證人有受到刑事追訴的客觀危險。此一客觀危險的具體判斷標準為：在證人對於具體問題的所有可能答覆之中，其中一種可能的答覆不排除將會創設、維持或加強自己或近親之開始嫌疑。我們接著就以這個判斷標準，檢驗最高法院在三種常見案件類型中否定刑事追訴危險存在的觀點是否合理。

(二) 排除追訴危險之案件類型檢討

1. 證人或其近親曾經判決確定

首先，最高法院認為，若是證人或其近親已因為犯罪而經法院判決有罪或無罪確定，陳述不會導致或增加刑事追訴之危險，不得拒絕證言。98台上5098表示「然此項權利之行使，以證人或與其有上述關係之人『恐』受刑事追訴或處罰為前提要件，如證人或與其有上述關係之人業已因犯罪而經法院判決有罪或無罪確定，不再因陳述而導致或增加自己或與其有上述關係之人受刑事追訴或處罰之危險者，自不容其再拒絕證言而犧牲真相之發現，或侵害被告對證人之對質詰問權。⁶¹」；101台上453進一步指出「然如證人所須證

⁶¹ 相同見解：最高法院98年度台上第1285號刑事判決；最高法院98年度台上字第1895號刑事判決；最高法院101年度台上字第952號刑事判決；最高法院101年度台抗字第520號刑事裁定；最高法院101年度台上字第2932號刑事判決；最高法院101年度台上字第4365號刑事判決；最高法院104年度台抗字第602號刑事

述涉及之自身或至親犯罪，已經判刑確定，縱有聲請再審或非常上訴情形，既係為自身或至親之利益而請求，則無受更為不利判決之虞，尤無恐因據實陳述而另遭刑事追訴可能，從而無所謂得拒絕證言之權利。」

此一見解原則上值得贊同。判決確定者，就起訴效力所及之犯罪事實皆會發生既判力，國家不得就同一犯罪事實追訴處罰（參照第252條第1款及第302條第1款）。因此，如果證人就其與被告共犯之殺人案件已先行判決確定，即使在被告案件中作證自己共犯殺人，法律上也不會再次受到追訴。但是，這並不表示已被確定判決的證人絕對沒有刑事追訴的危險。首先，確定判決之既判力範圍僅限於同一案件，證人的供述卻可能導致非同一案件的其他犯罪被追訴或處罰⁶²。例如，證人已因販賣海洛因被判決確定，在被告案件中被詢問「何人供應海洛因給你？」時，若是供出其上游，有可能會揭露自己其他尚未被查獲的販賣海洛因犯行⁶³。其次，確定判決的既判力在特定要件下會被推翻，證人的供述可能使其就同一案件的犯罪事實再次被追訴。例如，證人的竊盜有罪判決確定，係因為上訴逾期而被駁回，但證人以該遲誤上訴期間是中華郵政的作業疏失為由，聲請回復原狀（第67條），該判決可能回復成尚未確定的狀態，故證人得以其陳述可能使自己受刑事追訴而拒絕證言⁶⁴。同樣地，若是證人無罪判決確定，其陳述卻可能導致開啟不利益之再

裁定；最高法院106年度台上字第532號刑事判決。

62 相同見解，王兆鵬、張明偉、李榮耕（註32），頁341；王兆鵬（註32），頁55認為若提供系爭犯罪之相關細節，可能入證人於新的犯罪時，仍得拒絕證言。另可參考Gercke (Fn. 12), § 55 Rn. 11; Eisenberg (Fn. 8), Rn. 1118 a; Carsten Rinio, Das Auskunftsverweigerungsrecht des tatbeteiligten Zeugen nach § 55 StPO, JuS 2008, S. 600 (601).

63 Maier (Fn. 12), § 55 Rn. 42; Oliver Klein, Die Aussageerzwingung bei rechtskräftig verurteilten Straftätern — Strafrechtspflege im Spannungsfeld von Verfolgungsgebot und Rechtsstaatlichkeit, StV 2006, S. 338 (340).

64 Vgl. Ignor/Bertheau (Fn. 28), § 55 Rn. 14; Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 40; Gercke (Fn. 12), § 55 Rn. 10.

審程序(第422條),亦得拒絕證言。例如,證人曾被起訴竊盜他人汽車,但因無法證明其所有意圖而被判決無罪確定,若是在另案作證時被詢問「為何竊取他人汽車?」,其答覆可能構成訴訟上之自白,足認為應受有罪判決(第422條第2款),此時不能排除刑事追訴的可能性,故得拒絕證言⁶⁵。因此,即使證人或其近親曾受確定判決,其陳述仍然可能導致刑事追訴危險⁶⁶,不得一概否定其拒絕證言權。

2. 證人曾經自白犯罪

其次,對於證人已經在偵查中自白犯罪,嗣後得否就同一犯罪事實行使拒絕證言權,最高法院並無定見。99台上429持肯定立場:「證人拒絕證言權之行使,並不以該證人事後果已因該項陳述受刑事追訴或處罰為必要,祇要證人因其陳述在客觀上有遭受刑事追訴或處罰之虞,即足當之。故上訴人在其另案所涉販賣毒品案件中是否自白販賣毒品犯行,檢察官事後是否援引上訴人於張綵娟所涉販賣毒品案件偵查中之證述,作為其犯罪之證據,以及事後上訴人是否果因此項陳述使其在本身所涉施用毒品案件中處於有利或不利之地位,均不影響其拒絕證言權之行使,以及檢察官依法踐行告知證人得拒絕證言之義務。⁶⁷」96台上5928持否定立場:「卷查李銘賢依被告(或犯罪嫌疑人)身分接受檢察官訊問時,坦承:被告交付款項請其幫莊清芳向張三元之妻(張謝厭)等人買票賄選等情,已放棄緘默權而自白幫莊清芳買票為賄選之犯行;檢察官且係在其自白之後,就同一事實,於同一偵查程序,命李銘賢立於證人地位接受調查;則檢察官之訊問與李銘賢所應回答之內容,似不會

⁶⁵ Vgl. *Maier* (Fn. 12), § 55 Rn. 44; *Ignor/Bertheau* (Fn. 28), § 55 Rn. 15; *Rinio* (Fn. 62), S. 602.

⁶⁶ *Rogall* (Fn. 10), § 55 Rn. 40.

⁶⁷ 相同見解:最高法院97年度台上字第265號刑事判決;最高法院99年度台上字第3599號刑事判決;最高法院99年度台上字第7297號刑事判決。

增加李銘賢本人或與其有刑事訴訟法第一百八十條第一項關係之人受刑事追訴或處罰之危險。⁶⁸」在證人坦承犯罪並經緩起訴處分確定時，101台上6：「惟其於之前該案偵查中，不論檢察官以被告或證人身分訊問，王慶豐均坦承為使林惠就高票當選台東縣第十六屆縣議員，其曾協助虛偽遷徙戶籍入該縣第四選區之事實無訛，並經檢察官為緩起訴處分確定，……其與林惠就等人共同犯妨害投票罪之事實，檢察官早已知悉，並作成緩起訴處分確定，不因嗣後於共同被告林惠就妨害投票案件，以證人身分作證據實陳述，而有被揭露其犯罪事實之危險。⁶⁹」，101台上3106並強調「此與檢察官緩起訴處分確定是否具有實質之確定力無涉」⁷⁰。

本文認為，證人曾以被告身分自白犯罪，並不能完全排除陳述導致刑事追訴危險。理由在於，不同於曾經判決確定的證人受到一事不再理原則的保護，自白只構成認定犯罪事實的證據之一，證人若是就相同犯罪事實作證，可能強化該自白的可信度，或補充先前自白所沒有的細節，成為建構證人自身犯罪的一塊拼圖，間接維持或增加已經存在的犯罪嫌疑。在上述持否定立場的最高法院判決中，反對證人拒絕證言權的理由是證人先前已經放棄緘默權，其所述之事實已被檢察官知悉，故陳述不會增加刑事追訴的危險。然而，這兩個理由皆不具說服力：不自證己罪原則保障被告在面對刑事追訴危險時，隨時決定是否配合國家交出自己犯罪的證據，即使證人一度以被告身分自白，並不會就此終局喪失緘默權，而是可以重新決定保持緘默。除此之外，先前的自白雖然使檢察官知悉其犯

68 相同見解：吳巡龍，不自證己罪拒絕證言權，月旦法學教室，90期，頁22-23（2010年）；吳燦，詰問權與拒絕證言權衝突之探討（中），司法周刊，1959期，3版（2019年）；花滿堂，刑事訴訟法爭議問題研究，頁106（2018年）；莊佳瑋，自白犯罪後之拒絕證言權，法務通訊，2423期，頁4（2009年）（除導致追訴其他犯罪，或未曾提及之加重要件之外，不得行使拒絕證言權）。

69 相同見解：最高法院101年度台上字第3106號刑事判決。

70 花滿堂（註68），頁112亦同此見解。

罪事實，但是如果證人再次陳述該犯罪事實，可能增強自白之可信度或新增原本所沒有的事實細節，間接提升刑事追訴的危險。相較之下，持肯定立場的最高法院判決，在判斷證人有無刑事追訴危險時，專注在陳述本身可能產生的影響，不因證人的先前自白而絕對排除刑事追訴的危險，其判斷方式及結論均更加切合此一拒絕證言權之規範目的。

相同觀念亦適用於證人曾在偵查中自白，經檢察官緩起訴處分確定的情形。此時的證人能否拒絕證言，關鍵依然在於其受刑事追訴的危險是否完全被排除。首先，證人的供述可能提供自己其他犯罪的線索，因而有被開啟偵查的可能性。例如，證人的竊盜罪經檢察官緩起訴處分確定，在共犯案件中被詢問「是否與被告長期合作？」，證人若是承認此事，可能暴露尚未被發覺之其他竊盜。這不僅可能使該另案被開啟偵查，同時可能導致緩起訴處分被撤銷（第253條之3第2款）。其次，即使證人的供述僅止於提供緩起訴處分確定之犯罪的線索，仍然可能使自己陷入刑事追訴的危險。因為，緩起訴處分確定之後，如果該處分被撤銷，檢察官得續行偵查或另行起訴（第253條之3）；如果緩起訴期滿未被撤銷處分，同一案件在一定要件下可以被再行起訴（第260條）。因此，如果證人陳述可能導致緩起訴處分被撤銷，或發生得就同一案件再行起訴的事由，則存在刑事追訴的危險。例如，證人的竊盜罪經緩起訴處分確定，在共犯案件被詢問「所竊得的贓物賣得多少錢？」，其答覆的金額可能高出原先緩起訴所認定的金額甚多，屬於不適合予以緩起訴之新事實，緩起訴處分將因此失其效力，檢察官得就該竊盜案件逕行起訴⁷¹。由此可知，證人在自白之後，犯罪經檢察官緩起訴處分確定者，其因陳述而受到刑事追訴的危險固然減少，但是並非完全排除刑事追訴的可能性，依個案情形仍得拒絕證言。

71 參照最高法院94年度台非字第215號刑事判決。

3. 其他明確的調查結果

最後，最高法院也曾經考量其他證據調查的明確結果，認定證人不因陳述而有刑事追訴的危險，否決其拒絕證言權。部分判決訴諸其他調查結果顯示證人並無犯罪嫌疑，例如97台上5779：「被告丙○於第一審供稱：『舉辦餐會我都沒有參加』等語。原判決亦認……丙○對於甲○○、乙○○之賄選行為既不知情，當無被追訴、處罰之虞」；98台上1499則表示「原判決本於勘驗警詢錄音調查證據之結果，既認警員林晏生、金忠義製作邱暉豪警詢筆錄過程，並無以誘導或其他不正方式為之，則林晏生、金忠義關於邱暉豪警詢過程之供述，究無使渠等因此自陷於刑事追訴或處罰可言，應無上開得拒絕證言規定之適用。」相對地，部分判決則訴諸證人之犯罪嫌疑已被其他調查結果所確認，108台上3361：「則上訴人於同日偵查中作證前，依卷內事證為一般性觀察，已有相關跡證認其有施用並持有安非他命之嫌疑，非因其嗣後於偵查中證述『呂芳裕曾於不詳日期交付安非他命折抵所欠車資』之具體證言，始使其受施用、持有毒品犯罪訴追危險，反而會因供出毒品來源，而有毒品危害防制條例第17條第1項減免其刑規定適用之可能。是上訴人上開偵查中之證述，尚與刑事訴訟法第181條規定之要件不符，不能憑以主張有拒絕證言之權利。」

本文認為，上述判決牴觸此一拒絕證言權實現不自證己罪原則之規範目的。因為，此一原則保障任何人不配合國家追訴自己犯罪的自由，免除個人被迫損害自己利益的心理衝突，其保障程度不因為訴訟過程中證據情勢有利或不利而改變。刑事被告不會因為國家一直找不到超越開始嫌疑的證據，或者相反地國家已經找到證實其犯罪嫌疑的明確證據，就因為供述不會提升自我入罪危險而沒有緘默權。基於相同道理，即使證人先前曾表示對他人賄選不知情、勘驗警詢錄影看不出證人有不正訊問、相關跡證已顯示證人有施用並持有安非他命等，這些證據情勢都不會影響其為了避免自證己罪而

拒絕供述的權利。上述判決在其他證據調查結果「明確」有利或不利證人時，以陳述並未提升刑事追訴危險為由，否決其拒絕證言權，不符合不自證己罪原則的精神⁷²。除此之外，其他證據調查結果看似「明確」有利或不利於證人，都只是法官在審理過程中暫時形成的心證，有利心證可能因為出現新事證而被扭轉，不利心證可能因為出現新事證而被強化，證人的刑事追訴危險並未完全被排除。上述情形中的證人回答具體問題時，都無法排除其回答可能使證據情勢翻轉（在如馬賽克般的證據構造中增添一塊拼圖），被懷疑參與被告賄選、有實施不正訊問、再次證實自己有施用及持有毒品。既然如此，看似明確的其他證據調查結果，並無法完全排除證人之陳述創設、維持或增加犯罪嫌疑的可能性，證人應仍得拒絕證言。

（三）小結

根據上述分析，關於如何判斷證人恐因陳述而受刑事追訴或處罰，最高法院正確地採取「客觀危險」的判斷標準，但是個案運用上多有偏離不自證己罪原則的疑義，特別在證人曾經自白及所謂證據調查結果明確的情形裡，過度壓縮拒絕證言權之適用可能性。依據本文看法，只要證人對具體問題之可能答覆，無法完全排除創設、維持或增加自己或近親犯罪嫌疑，即可肯認其面臨刑事追訴危險。證人即使曾經判決確定、自白犯罪或有看似明確的證據調查結果，在個案中仍可能享有拒絕證言權⁷³。

⁷² 相同見解，*Marlie* (Fn. 54), S. 232 f.

⁷³ 為避免誤會起見，在此特別強調的是：僅管本文為了貫徹不自證己罪原則，對於刑事追訴危險採取比起最高法院更為寬鬆的判斷標準，證人仍然是僅在可能使自己或近親受到刑事追訴時，才能拒絕答覆具體問題，而不是如同被告一般能夠不附理由地概括拒絕陳述。因此，此一立場並不牴觸本文在前述「貳、三」所主張之拒絕證言權與被告緘默權的差別待遇。

肆、告知義務之射程及其違反效果

若是證人有第181條之拒絕證言權，訊問人員依據第186條第2項應踐行權利告知。此一2003年修法增訂之規定，目的是在確保證人不自證己罪的權利，避免證人不知法律，誤認必須作證而被迫使自己或近親入罪。此一修法立意良善，但是關於何時、如何踐行告知義務，違反告知義務將產生何種法律效果，法律本身並無明確的指示，成為最高法院必須解決的難題。

一、告知義務之射程

（一）義務主體

首先必須處理的問題是，何人有踐行權利告知的義務？法官及檢察官負有第186條第2項之告知義務，但司法警察（官）詢問證人，是否負有此一告知義務？101台上2359認為：「又司法警察（官）因調查犯罪嫌疑人及蒐集證據之必要而通知證人到場詢問時，刑事訴訟法第一百八十六條第一項『證人應命具結』及第二項『應告以得拒絕證言』之規定雖不在準用之列，惟證人仍享有同法第一百八十一條所定不自證己罪之權（刑事訴訟法第一百九十六條之一參照）。故證人若不知有前項權利而於司法警察（官）詢問時為不利於己之陳述，於其後成為被告時，基於不自證己罪特權，仍不得作為證據。」亦即依據法條文義，認為司法警察不負權利告知義務。

從證人不自證己罪的保護需求來看，不論證人是面對法官或檢察官之訊問或面對司法警察（官）之詢問，都可能處於不知道自己享有拒絕證言權的狀態，第186條第2項之告知義務理應適用於司法警察（官）之詢問。然而，第196條之1針對證人警詢，僅準用第181條承認證人有不自證己罪之拒絕證言權，卻未準用第186條第2項課予司法警察（官）權利告知義務。此一立法疏漏來自於，2003年增

訂第196條之1未準用第186條，原意是不賦予司法警察同條第1項命證人具結的權力，卻忽略同條第2項增訂告知義務的規定，以致於誤將司法警察（官）排除在告知義務主體以外。我們從第196條之1同步準用第180條及第185條第2項，司法警察（官）對於親屬拒絕證言權人負有告知義務，亦可推知立法者並無意一律排除司法警察（官）對於拒絕證言權人之告知義務，更看不出區別對待親屬拒絕證言權人與不自證己罪拒絕證言權人的理由何在。既然如此，在修法增訂⁷⁴之前，應以類推適用第186條第2項的方式填補此一法律漏洞，正式承認司法警察（官）之權利告知義務⁷⁵。最高法院在上述判決中，僅在證人成為被告時禁止使用未經權利告知所取得之不利供述，卻不願在證據取得的層次上承認司法警察（官）之權利告知義務，委實過於固守法條文義。

（二）義務時點

關於在什麼條件底下訊問人員應踐行權利告知，106台上3740明白表示「刑事訴訟法第186條第2項規定應踐行告知證人得拒絕證言之義務，應限於檢察官或法院（法官）已明知或可得而知證人恐因陳述而受刑事追訴或處罰之情形……如檢察官或法院（法官）無從得知證人陳述將陷己於罪，即難以檢察官或法院（法官）不知其事而未踐行該告知義務，且證人係為他人脫免而到庭就關乎他人案情有重要關係之事項，積極為虛偽之證詞，猶認該證人於具結擔保後積極誤導司法之行為可解免偽證之罪責。」依此，僅在訊問人員「明知或可得而知」證人有刑事追訴或處罰危險時，始應踐行權利告知；否則的話，證人不得訴諸訊問人員違反權利告知義務而免除偽證罪的責任。

74 如此建議：張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，14版，頁369（2018年）。

75 相同見解：林俊益，司法警察（官）應告知證人得拒絕證言，月旦法學教室，129期，頁37-38（2013年）。

本文認為，上述判決所設定之義務時點有其合理性。在訊問證人時，證人不當然有拒絕證言權，訊問人員通常必須考量卷證資料、其他證據調查結果、具體問題等，始有可能判斷證人是否因為回答具體問題而陷入刑事追訴或處罰之危險，此時才有踐行權利告知的實益⁷⁶。如果訊問人員從相關卷證或訊問情況，無法找到證人有刑事追訴或處罰危險的事實根據，此一追訴危險便純屬理論上可能存在，則沒有踐行權利告知的必要性。最高法院以訊問人員「明知或可得而知」證人有刑事追訴或處罰之危險，作為踐行權利告知義務的前提要件，和德國實務與學說的想法實質上一致，亦即僅在依據訊問人員的印象，有事實根據（Anhaltspunkt）足認證人或其近親有刑事追訴危險時，始發生權利告知義務⁷⁷。不過值得注意的是，浮現證人或其近親有刑事追訴危險的事實根據，是訊問人員踐行權利告知的最後時點，這並不排斥訊問人員在此之前或在開始訊問時，就告知證人有此拒絕證言權⁷⁸。因為，若是等到刑事追訴危險實際存在才「立刻」踐行權利告知，可能造成不知有拒絕證言權的證人，在訊問過程中已經作出足以使自己或近親入罪的陳述，提早踐行權利告知有助於排除此一自我入罪的危險。

（三）告知方式

如果訊問人員負有權利告知義務，接下來的問題是如何正確地踐行權利告知。101台上6指出「惟依該條文之規定可知，僅須『告知』即可，並無須再為詢問證人『是否要拒絕作證』，因法院既已

76 同此觀點，陳文貴（註18），頁197-198。

77 BGHSt 1, 39 (40); Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 74; Ignor/Bertheau (Fn. 28), § 55 Rn. 33; Geerds (Fn. 23), S. 177.

78 Vgl. Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 74; Rogall (Fn. 14), S. 189 f.; Ignor/Bertheau (Fn. 28), § 55 Rn. 33; Eisenberg (Fn. 8), Rn. 1121; Gercke (Fn. 12), § 55 Rn. 15; Bader (Fn. 13), § 55 Rn. 17; Albin Eser, Der Schutz vor Selbstbezeichnung im deutschen Strafprozeßrecht, in: Jescheck (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran 1974, 1974, S. 136 (165).

踐行告知義務，則證人即能明白其得選擇是否行使拒絕證言權，……實務上雖常再詢以『是否願意作證』，惟此並非法律所規定，此一觀點固然正確，但是並未真正指示權利告知應有的內容和方式。德國實務和學說認為，告知內容應交由訊問人員進行合義務性裁量，可以選擇一般性告知此一拒絕證言權或是具體指出得拒絕答覆哪些問題；告知必須採取外行人可以理解的方式，並且不得對證人是否行使權利的決定自由造成不當影響⁷⁹。例如，訊問人員告知證人「如果據實回答就會揭發自己的犯罪，可以選擇不回答」、透過加強語氣或動作提醒證人「如果沒有什麼好隱瞞的，就必須回答」。這些告知方式可能令證人誤認，如果拒絕回答，就會讓對方懷疑自己有罪，使證人產生非陳述不可的壓力⁸⁰，即屬於不正確的告知。

二、程序法之違反效果：證據使用禁止

倘若訊問人員未正確踐行權利告知，在訴訟上所面臨的最大問題是，此一訴訟程序的瑕疵⁸¹是否導致證詞的證據能力被排除，亦即產生證據使用禁止的效果。由於本法對於訊問證人違反第186條第2項的情形並無特別規定，故證詞的證據能力應該依據第158條之4「審酌人權保障及公共利益之均衡維護」判斷之⁸²。如同學說已

79 Vgl. *Ignor/Bertheau* (Fn. 28), § 55 Rn. 34; *Rogall* (Fn. 10), § 55 Rn. 75; *Maier* (Fn. 12), § 55 Rn. 97.

80 *Markus Schmuck/Hanno Gorius*, *Der Zeuge im Strafprozess — Einzelbetrachtungen*, NJOZ 2011, S. 833 (834); *Gabriele Jansen*, *Zeuge und Aussagepsychologie*, 2. Aufl., 2012, Rn. 200.

81 此為一致見解，參考最高法院97年度台上字第5347號刑事判決；最高法院97年度台上字第5536號刑事判決；最高法院98年度台上字第52號刑事判決；最高法院98年度台上字第1461號刑事判決；最高法院98年度台上字第2911號刑事判決；最高法院98年度台上字第3785號刑事判決；最高法院98年度台上字第5451號刑事判決；最高法院101年度台上字第6519號刑事判決。

82 我國實務及多數學說主張本條適用於供述與非供述證據（僅參考王士帆，違反緘默權告知義務之證據禁止——以德國法作比較觀察，政大法學評論，120期，頁250-252（2011年）之整理），少數學說則是主張僅適用於非供述證據，

經正確提出的，此一規定看似採取權衡理論，並且在立法理由列舉多項的權衡因素，但是這並非指定權衡理論為證據能力的唯一判斷標準，法院仍得採取諸如權利領域理論、規範保護目的理論等觀點，作為證據能力的判斷標準⁸³。換言之，在違法取證的證據能力判斷上，除法律有特別規定者外，形式上一律應引用第158條之4為法律根據，但是保有適用不同證據使用禁止理論的空間⁸⁴。依據多數學說，違反告知義務的證詞有無證據能力，應該區分在被告本人的案件和證人（或其近親）嗣後成為被告的案件加以觀察。

（一）證人或近親被告案件

在證人（或其近親）嗣後成為被告的案件，97台上5279認為「此項告知拒絕證言之規定雖為保護證人而設，非當事人所能主張……至若該證人因此成為被刑事追訴之對象（即被告），則其先前居於證人地位所為不利於己之陳述，基於不自證己罪原則及法定正當程序理論，應認不得作為該證人（即被告）犯罪之證據。⁸⁵」此一看法在學說上獲得高度認同：此一告知義務之規範目的在保障被告不自證己罪，假如證人未被告知拒絕證言權而被迫作成不利供述，為了避免證人被迫追訴自己或近親的危險最終實現，應該禁止

至於違法取得之供述證據，其證據能力主要取決於供述之任意性是否受影響（黃朝義（註13），頁612-613）。例如，黃翰義，自證人之本質論證人之拒絕證言權與法律效果，軍法專刊，59卷5期，頁68-72（2013年），即以違反拒絕證言權之告知義務足以影響證詞之任意性，逕行否定該證詞之證據能力，不分在被告本人案件或證人或近親被告知案件，強調無適用第158條之4的餘地。本文認為，第158條之4的法條文義並未限制僅適用於非供述證據，故違反拒絕證言權之告知義務是否產生證據使用禁止，形式上仍應適用該條予以認定。

83 林鈺雄，刑事訴訟法第一五八條之四的平台定性，收於：最高法院刑事裁判評釋，頁277-286（2013年）。

84 部分學說將第158條之4理解成「證據使用授權規定」，則形式上援引該條文更是法律保留原則的必然要求，參考薛智仁，刑事程序上私人取證之證據能力——評析最高法院判決的新發展，台灣法學雜誌，260期，頁49-54（2014年）。

85 相同見解：最高法院98年度台上字第4034號刑事判決。

使用此一供述認定證人自己或其近親有罪，故違反告知義務所取得的證詞，在證人或其近親被告的案件中無證據能力⁸⁶。

本文雖然認同上述看法，但是認為該證詞在例外情形下應有證據能力。首先，證人雖未被踐行權利告知，但是原本就已經知悉得拒絕證言，仍然自願作出不利供述。此時違反告知義務並未侵害證人不自證己罪的權利，使用該證詞並不會導致證人被迫追訴自己或近親的結果，得例外承認其證據能力⁸⁷。其次，在證人因為未被踐行權利告知而不知有拒絕證言權時，如果證人在自己或近親的被告案件中，知悉該證詞無證據能力，卻同意法院使用該證詞，亦可承

86 國內文獻：楊雲驊（註8），頁169-170；王兆鵬、張明偉、李榮耕（註32），頁343-345；王兆鵬（註32），頁58-59（主張適用第156條第1項）。德國實務與學說亦同：OLG Celle, NStZ 2002, S. 386 (386); BayObLG, NJW 1984, S. 1246 (1247); Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 79; Maier (Fn. 12), § 55 Rn. 112; Ignor/Bertheau (Fn. 28), § 55 Rn. 36（以被告在後程序之言詞辯論終結前就使用該證詞提出異議為前提）。

87 有論者認為，若是在證人知悉拒絕證言權時例外承認證據能力，可能產生三個疑義：(1)即使證人知悉權利，踐行告知仍然可以有效去除證人的心理壓力；(2)個案中不易判斷證人是否知悉權利；(3)若承認此一例外，訊問有律師陪同的被告，將沒有踐行緘默權告知義務的必要性。上述質疑有其合理性，但是筆者認為尚不足以推翻承認承認此一例外的可能性。理由如下：

第一、拒絕證言權之告知義務，其規範目的僅在於排除證人可能不知拒絕證言權的認知瑕疵，而不是進一步免除證人在面對訊問時無可避免的心理壓力。因此，倘若在個案中證明證人已知悉權利存在，即使法院使用違反告知義務所得之證言，亦不會抵觸其規範目的。知悉拒絕證言權的證人承受訊問的心理壓力，得在判斷證詞的證明力時予以考量。

第二、在證人知悉拒絕證言權時，是否應該例外承認證詞的證據能力，原則上應該依據拒絕證言權告知義務的規範目的進行判斷。個案中證人是否知悉拒絕證言權，則是無關規範目的之個案證明問題。若是擔心承認例外將會掏空證人的拒絕證言權，解決方法應該是從嚴適用之：僅在「證明」證人知悉拒絕證言權時，始例外承認其證詞之證據能力，在不確定證人是否知悉拒絕證言權時，仍然否定證詞之證據能力。

第三、上述觀點，同樣適用於被告未被告知緘默權的情形。首先，在被告有律師陪同時，現行法並未免除訊問人員之緘默權告知義務，訊問人員此時若是違反告知義務，仍構成違法訊問，自白原則上無證據能力，除非證明被告已知悉緘默權存在。由於被告有律師陪同不當然等於證明被告知悉緘默權，故是否適用上述例外，仍然是個案證明問題，不會導致緘默權告知成為多餘。

認證詞之證據能力。因為，不自證己罪原則賦予個人不配合國家追訴犯罪的自由，證人既然可以一開始就自願放棄拒絕證言，當然也可以在被迫作成不利供述後同意法院使用該證詞⁸⁸。

（二）被告本人案件

最具爭議的是，在被告本人的案件，違反告知義務所得的證詞有無證據能力？直至109台上2638作成之前，最高法院各刑事庭尚無共識。為數不少的判決認為證詞有證據能力，因為系爭規定純粹是為保護證人權利所設，例如98台上1043：「然拒絕證言權，專屬證人之權利，非當事人所得主張，證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，皆為保護證人而設，非為保護被告，故法院或檢察官違反該告知義務之證人證詞，並不妨礙被告對訴訟防禦權之行使，對訴訟當事人無不利之影響，仍具證據能力，至於證據之證明力如何，則由法院依具體個案判斷之。⁸⁹」相對地，不少判決認為證詞有無

⁸⁸ 上述兩個例外，係參考違反被告緘默權告知義務所作的推論，參考王士帆（註82），頁250-256。已有文獻指出二者法理相同，實務在違反緘默告知義務時採取相對排除法則，違反拒絕證言告知義務時卻採取絕對排除法則，有邏輯不一致的疑義，參考陳文貴（註18），頁192-193。

⁸⁹ 相同見解：最高法院95年度台上字第909號刑事判決；最高法院96年度台上字第5167號刑事判決；最高法院99年度台上字第5441號刑事判決；最高法院99年度台上字第7830號刑事判決；最高法院100年度台上字第1409號刑事判決；最高法院100年度台上字第5928號刑事判決；最高法院101年度台上字第641號刑事判決；最高法院101年度台上字第1580號刑事判決；最高法院101年度台上字第5137號刑事判決；最高法院101年度台上字第5288號刑事判決；最高法院102年度台上字第146號刑事判決；最高法院104年度台上字第2924號刑事判決；最高法院108年度台上字第128號刑事判決。學說之相同見解：張麗卿（註74），頁369；王兆鵬（註32），頁57；王兆鵬、張明偉、李榮耕（註32），頁343；林永謀（註45），頁190-191；吳巡龍，未論知拒絕證言權的證據能力，月旦法學教室，115期，頁38（2012年）；李榮耕，拒絕證言告知義務之違反及其法律效果——簡評最高法院九八年度台上字第五九五二號判決，台灣法學雜誌，153期，頁229（2010年）。德國文獻，參考Maier (Fn. 12), § 55 Rn. 111; Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 79; Klaus Volk/Armin Engländer, Grundkurs StPO, 9. Aufl., 2018, § 21 Rn. 16; Dieter Rössner/Christoph Safferling, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 3. Aufl., 2017, S. 109.

證據能力，應適用第158條之4權衡決定之，例如98台上537：「此項規定係為保護證人權利，兼及當事人要求依正當法律程序原則進行偵查、審判之訴訟利益而設，如法院或檢察官未先踐行此項告知義務……所踐行之訴訟程序自有瑕疵，亦已影響當事人之訴訟權益，自應依權衡原則審酌其證據能力。」⁹⁰；100台上4259：「縱被告並非公務員違反法定程序之權利受害者，而是關係第三人，鑒於司法正潔性及嚇阻論之觀點，解釋上仍應容許被告主張證據排除。」⁹¹；107台上1700：「上開規定雖係為保護證人而設，非被告所得主張……然命證人具結作證所踐行之告知義務倘有瑕疵，終究與正當程序未盡相符，應認係屬違背法定程序取得之證據，而適用同法第158條之4權衡人權保障及公共利益判斷其證據能力。」⁹²

針對上述法律爭議，最高法院在2020年透過大法庭之徵詢程序，正式放棄權利領域說，統一採取權衡判斷說，109台上2638：「蓋我國證據排除法則並不生主張排除之當事人適格問題，倘採權利領域說，將主張排除者侷限於權利受侵害者始可為之，即失之偏狹，亦乏正當性。且刑事訴訟法第181條之證人拒絕證言權不僅在於保護證人免於陷於三難困境以致自證己罪，亦同時使被告免於陷入困境之證人所為虛偽不實陳述之危險。因此，法院或檢察官如有違反刑事訴訟法第186條第2項之告知程序，所取得證人之證詞，不僅侵害證人之權利，也讓證人因不知可拒絕證言而產生誣攀或推諉

90 相同見解：最高法院98年度台上字第2749號刑事判決；最高法院98年度台上字第4807號刑事判決；最高法院100年度台上字第5855號刑事判決；最高法院101年度台上字第3948號刑事判決；最高法院102年度台上字第4357號刑事判決；最高法院105年度台上字第1470號刑事判決。

91 另參考最高法院107年度台上字第1576號刑事判決。

92 相同見解：最高法院96年度台上字第1043號刑事判決；最高法院96年度台上字第4437號刑事判決；最高法院97年度台上字第3480號刑事判決；最高法院97年度台上字第3358號刑事判決；最高法院100年度台上字第4259號刑事判決。學說之相同見解：林俊益（註13），頁581；李春福（註13），頁402；花滿堂（註68），頁108-109；楊雲驊（註8），頁172；林鈺雄（註83），頁273-274；陳文貴（註18），頁194。

被告之危險，自應容許被告主張證據排除。但為兼顧程序正義及發現實體真實，法院應適用刑事訴訟法第158條之4規定權衡判斷證人證言證據能力之有無。」儘管最高法院已經統一見解，形式上援引第158條之4判斷證詞有無證據能力亦屬正確，但是其捨棄權利領域說有無說服力？若是採取權衡判斷說，又該如何權衡？

本文受限於篇幅，僅能在違反權利告知義務的具體脈絡底下檢視「權利領域理論」的核心論點。依據此一理論，違法取證是否發生證據使用禁止，取決於所違反之取證規範是否重大涉及被告的權利，若是不涉及被告權利或是對被告權利無關緊要，則不生證據使用禁止的效果⁹³。最高法院的上述部分判決強調此一拒絕證言權及告知義務係為保護證人而設，故違反告知義務所取得之證詞有證據能力，正是權利領域理論的觀點。相對地，最高法院的其他判決不將涉及被告權利與否視為認定證據能力的唯一標準，不論此一拒絕證言權是否專為保護證人而設，都適用第158條之4權衡決定證詞之證據能力，似乎是採取權衡理論的觀點。二者的差異在於，被告權利領域是否為證據使用禁止的唯一標準。

從證據使用禁止的規範功能來看，以涉及被告權利領域作為證據使用禁止的唯一標準，其實是過於窄化視野⁹⁴。國家透過刑事程序，一方面處罰真正的犯罪人以維護行為規範的效力，另一方面卻會干預被告或第三人的基本權利，故必須以法律明定刑事司法機關實施取證手段的要件，並遵守比例原則的界限。如果刑事追訴機關

⁹³ BGHSt 11, 213 (215); 38, 214 (220).

⁹⁴ 在德國法的脈絡下，權利領域理論的另一個適用範圍是法律審上訴(Revision)，被告僅能就涉及其權利領域之程序違法提起上訴。此一德國聯邦最高法院在1958年BGHSt 11, 213所樹立的上訴限制，在德國文獻上受到相當多批判，例如Rengier (Fn. 8), S. 293 ff.; Schmidt (Fn. 8), S. 596 ff. 反觀我國最高法院之部分判決雖然提及拒絕證言權「非當事人所得主張」，但是其討論層次似乎僅限於證據能力，而無意藉此否定被告上訴第三審的權限（似有不同觀察：楊雲驊（註8），頁161），故本文不從上訴第三審的角度檢討權利領域理論。

取證違法，所取得的證據應該視為不存在，因為使用此一證據自始就不在法律授權的範圍之內。如果國家可以使用違法取得的證據認定犯罪事實，等於是在宣示取證規範的限制沒有意義，其結果可能是無人願意遵守取證規範，導致取證規範原本希望達成的基本人權保護目的落空。因此，證據使用禁止的規範功能在於：在刑事追訴機關違反取證規範之後，重新宣示系爭規範所欲優先保護的個人權利或公共利益⁹⁵。當然這並不是說，所有的違法取證都必須發生證據使用禁止的效果，因為國家刑事司法機關並不是絕對不會出錯的機器，違法取證的情形在所難免，如果完全不考量違法取證的情節，一概禁止使用違法取得的證據，也可能對於以刑罰維護行為規範的法治國價值造成太大的損失。因此，對於違法取得的證據，是要貫徹取證規範的規範目的而予以禁止，或是為了兼顧以刑罰維護行為規範效力的價值而予以容許，國家有重新作出價值取捨的空間和必要性。價值取捨固然是人言人殊，但是一旦決定禁止使用違法取得的證據，就是在重新宣示取證規範保護個人權利或公共利益的價值。很清楚的是，刑事程序的取證規範並不是只干預被告權利而已，而是必然也干預第三人權利（證人、鑑定人、被搜索扣押之第三人等），第三人有權主張其於刑事程序獲得平等保障，透過證據使用禁止所欲達成的個人權利保護效果，絕對不限於保護被告權利，而是包括保護第三人權利在內。因此，權利領域理論僅在被告權利領域被侵犯時始排除證據能力，第三人權利領域被侵犯時仍然肯認證據能力，並不符合證據使用禁止宣示貫徹取證規範之個人權利保護功能⁹⁶。

95 實質意義相同，參考Eisenberg (Fn. 8), Rn. 330 f.; Klaus Rogall, Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozeß, JZ 1996, S. 944 (947).

96 對權利領域理論之其他批評，係強調被告對於程序違法得否提起法律審上訴，和系爭程序違法是否產生證據使用禁止之效果是兩件事（例如Volk/Engländer (Fn. 89), § 28 Rn. 9），實質上與本文表達相同旨趣。

如此亦可得知，為何學說與實務在違法取證只涉及被告以外之人的權利時，仍然會承認證據使用禁止的效果，權利領域理論並未被當成證據使用禁止的唯一標準⁹⁷。例如，在對於證人使用不正訊問方法（第192條準用第98條）的情形，最高法院早已比照不正訊問取得被告自白，類推適用第156條而否定證詞的證據能力⁹⁸。證人雖然依法有作證義務，但是履行作證義務的方式仍然是基於自由意志陳述親身經歷，國家不得為了達成刑事追訴的公益而過度把證人工具化，侵害其人格權甚或人性尊嚴。因此，法律禁止對證人不正訊問，目的是在保障證人的陳述自由，為了重新宣示國家對於證人人格權的保障，必須禁止使用不正訊問所得的證詞。又如，在違法扣押公務拒絕證言權人所持有的物件時（例如公務員持有的保密公文）（第134條），亦應禁止法院使用該違法扣押的物件。對於公務拒絕證言權人的扣押禁止，是為了防止此一拒絕證言權保護公務機密的目的被規避，違反扣押禁止而取得儲存公務機密的物件，所侵害的並非被告的權利，而是公務機密。如果許可使用該證據（例如在公開法庭上朗讀保密文件），將構成對於公務機密的擴大侵害，為了避免此一後果，亦有必要否定該違法扣押物件的證據能力⁹⁹。上述舉例充分顯示，證據使用禁止並不是只發生在侵害被告權利領域的場合。

據此，權利領域理論難以解釋證據使用禁止宣示保障個人權利的功能，為什麼在涉及第三人權利時就必須退縮，因此我們不應該以拒絕證言權是專為保護證人而設，就立刻推論違反告知義務所得的證詞有證據能力。許多文獻在批評權利領域理論的時候，抽象地

97 亦可參考Eisenberg (Fn. 8), Rn. 365.

98 最高法院94年度台上字第7283號刑事判決、最高法院99年度台上字第3277號刑事判決、最高法院106年度台上字第3561號刑事判決。

99 此一觀念亦適用於對業務拒絕證言權人所持物品之扣押禁止，詳見薛智仁（註12），頁736-744、746-748。德國實務和學說，參考BGHSt 18, 227 (229); Volk/Engländer (Fn. 89), § 28 Rn. 20.

訴諸「被告享有遵守司法形式之程序的請求權」，或在違反拒絕證言權之告知義務的脈絡下，訴諸此一告知義務亦在「保護被告免於陷入困境之虛偽證詞之不利益」¹⁰⁰，其實沒有打擊到權利領域理論的錯誤出發點，反而是接受了權利領域理論的錯誤出發點，強調拒絕證言權的告知義務和被告權利並非毫無關係。此種批評的缺點在於：對於判斷證據能力所需要的利益權衡而言，所謂「被告享有遵守司法形式之程序的請求權」過於抽象，它無法說明被侵害的第三人權利輕重，因而也無助於讓利益權衡更加具體細緻。至於認為拒絕證言權之告知義務有保護被告免於虛偽證詞的功能，則是不當地賦予拒絕證言權維護真實發現的功能。如前所述，法律並未因為某些證人的虛偽陳述可能性比較高，就直接否定其作證能力，而是承認其作證能力，交給法官依其確信認定證詞之證據價值，防止被告受到虛偽證詞的不利益，不是拒絕證言權及其配套的權利告知義務的任務¹⁰¹。

因此，合理的證據使用禁止標準，應該是保留考量第三人權利保護的空間，根據宣示保障第三人權利的需求與以刑罰維護行為規範效力的價值抉擇結果，決定證據能力之有無。如同107台上1700所正確表達的，即使拒絕證言權及其告知義務僅在保護證人，不在保護被告的訴訟利益，依然應該權衡決定證詞之證據能力，問題重點在於如何根據個案情節進行權衡。以訊問人員因不知證人有拒絕證言權而未踐行告知義務為例，如果為了貫徹宣示保障證人的不自證己罪權利，理應排除證詞的證據能力。不過，如果仔細思考即可

100 例如 *Geerds* (Fn. 23), S. 188; *Ignor/Bertheau* (Fn. 28), § 55 Rn. 38; *Roxin/Schünemann* (Fn. 8), § 24 Rn. 48; *Klaus Bernsmann*, Verwertungsverbot bei fehlender und mangelhafter Belehrung, *StraFo* 1998, S. 73 (74).

101 請參照本文前述「貳、二」之評論。另可參考 *Nikolaus Bosch*, Die strafprozessuale Regelung von Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht, *Jura* 2012, S. 33 (37); *Gerald Grünwald*, Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, *JZ* 1966, S. 489 (499).

發現，此時還是存在例外容許使用證詞的空間：一方面，國家維護證人不自證己罪權利的真正有效方式，是禁止以違反告知義務之證詞將證人或其近親定罪，只要這個前提獲得確保，在被告本人案件中使用此一證詞，並不會影響保障證人不自證己罪權利的宣示作用。另一方面，證人的親身經歷往往具有不可取代性，證人即使誤認有作證義務而陳述，仍可透過法官的自由心證予以把關，保留證詞的可使用性有助於發現真實。上述兩個違反拒絕證言權之告知義務的程序瑕疵特徵，顯然有別於前述對證人不正訊問及對公務拒絕證言權人違反扣押禁止：前者構成對於證人人格權之重大侵害，唯有透過在被告本人案件禁止使用證據，始能再次宣示禁止將證人工具化的法治國底線；後者構成對於公務機密的侵害，唯有在被告本人案件禁止使用證據，始能防堵公務機密侵害的擴大。既然在違反拒絕證言權的告知義務時，已可透過在證人或近親被告案件禁止使用證詞達成不自證己罪權利的保障，原則上就沒有必要重複在被告本人案件禁止使用證詞¹⁰²。唯獨值得考量的是，在訊問人員故意違反告知義務時，可以將此種重大程序瑕疵評價為相當於對證人不正訊問，例外在被告本人案件排除證詞之證據能力¹⁰³。

109台上2638捨棄權利領域說，改採權衡判斷說，結論固然可資贊同，但是其論證方式及權衡標準，仍有值得檢討之處。依據本文見解，該判決係訴諸此一拒絕證言權兼具保護被告免於證人虛偽陳述之危險，不僅是忽略此一拒絕證言權並無法防止法官心證受證人虛偽陳述的污染，實質上還是接受了權利領域理論的錯誤出發

102 值得比較者，楊雲驊（註8），頁169有鑒於此種證詞之危險性，建議適用補強法則，不得作為被告有罪之唯一證據。不過，如果認為超法規補強法則之正當性在於彌補證詞真實性擔保機制之不足（詳見薛智仁，促成性交易罪及補強法則之適用範圍——評臺灣高等法院104年度上訴字第1553號判決，中原財經法學，37期，頁154-156（2016年）），由於此一拒絕證言權人仍有具結義務，亦需到庭接受交互詰問，此種情形沒有承認超法規補強法則的必要。

103 Rogall (Fn. 10), § 55 Rn. 79；王士帆，販賣槍枝——不自證己罪拒絕證言權告知義務，月旦法學教室，228期，頁18-19（2021年）。

點。至於其提出適用第158條之4進行權衡判斷，卻未更具體指示法官應該如何權衡，反而使得證詞有無證據能力的判斷結果更不易預測。就此，或可參考本文提出之權衡標準，除了訊問人員故意違反告知義務之外，原則上承認證詞的證據能力¹⁰⁴。

最後附帶一提的是，在權利領域說與權衡判斷說之外，109台上1309似乎提出了第三條路：「而侵害其拒絕證言權，證人於此情況下所為之具結程序即有瑕疵，自應認其具結不生具結之效力，於程序上之審查，無從透過刑事訴訟法第158條之4規定，賦予證據能力」¹⁰⁵。如果純粹從字面意義來理解，這則判決是以違反拒絕證言的告知義務導致具結無效，推論出證詞絕對無證據能力，而且一體適用在被告本人案件與證人或其近親被告案件。若是判決真意如此，我們可以推測，此一說法實質上是適用第158條之3：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據」的結果。本文認為，這則判決的重要意義在於顯示最高法院至今立場缺乏一致性：最高法院多數見解認為違反告知義務導致具結無效，故證人虛偽陳述者不成立偽證罪¹⁰⁶，卻不曾以具結無效為理由，適用第158條之3否定違反告知義務之證詞的證據能力。然而，為何違反告知義務導致具結無效，只在判斷偽證罪時具有重要性，在判斷證詞的證據能力時卻不具重要性，至今並無合理的解釋。如果最高法院在偽證罪的判斷上繼續堅持違反告知義務導致具結無效

104 以臺灣彰化地方法院109年度訴字第960號刑事判決之基礎事實為例，被告販賣海洛因給證人，被告係證人之前妹婿，檢察官偵訊證人時未告知拒絕證言權。本案判決引用最高法院109年度台上字第2638號刑事判決之權衡判斷說，考量檢察官應顯然知悉二者之身分關係卻疏於告知、證人若經告知將難以期待為相同證述、證人係唯一購毒者，其證述對被告犯罪危害影響重大等理由，排除證言之證據能力。本案綜合考量第158條之4之各項因素，值得肯定。惟若依據本文見解，檢察官故意違反告知義務之單一因素，即可例外排除證言之證據能力。

105 類似觀點，朱石炎（註6），頁272。

106 詳見下述「肆、三」部分。

的出發點，那麼就應該回過頭檢討其有關違反告知義務的證據能力的立場，對於此時不適用第158條之3提出合理的說明。

三、實體法之違反效果：不成立偽證罪

拒絕證言權人為了避免自己或近親遭受刑事追訴，在被告知得拒絕證言後仍然具結並作成虛偽陳述時，應該成立偽證罪（刑法第168條）¹⁰⁷。如果訊問人員未告知得拒絕證言，於證人具結而作成虛偽陳述時，此一程序瑕疵是否影響偽證罪的成立，在2003年刑事訴訟法修正之後，成為有待解決的難題¹⁰⁸。對此一程序法和實體法交錯的難題，最高法院已形成穩定的見解，我國學說上則似乎尚未深入檢討¹⁰⁹。本文認為，此時證人是否成立偽證罪，重點在於訊問人員違反告知義務，是否影響偽證罪之犯罪構成要件該當性。

（一）阻卻「具結」要素？

最高法院的主流見解是，違反告知義務導致具結無效，故證人的虛偽陳述不成立偽證罪，例如98台上3708：「如法官或檢察官未踐行此項告知義務，而逕行告以具結之義務及偽證之處罰，並命朗讀結文後具結，將使證人陷於前述抉擇困境，無異侵奪證人此項拒

107 最高法院107年度台上字第8號刑事判決。

108 讀者應予辨明的是，此處與前述段落「參、一、(三)」雖然都涉及偽證罪，但是兩處的問題爭議截然不同。在前面段落所討論的是：證人能否以其可能因為虛偽陳述而受偽證罪之追訴，主張自己享有第181條拒絕證言權，涉及系爭條文之「刑事追訴或處罰」概念的解釋問題。在此一段落所討論的是：享有第181條拒絕證言權的證人，因為訊問人員違反權利告知義務而虛偽陳述，能否主張不成立偽證罪，涉及違反第186條第2項之實體法效果問題。因此，兩個段落並非對於同一問題之重複討論。

109 我國學說的關注焦點在於具結之法律性質、是否增訂未經具結之偽證罪（例如參考黃惠婷，現行偽證罪規範之缺失與建議，軍法專刊，63卷6期，頁59-84（2017年）；吳俊毅，具結在實體刑法上的意義——偽證罪基本構成要件的探討與修法上的建議，收於：妨害司法·亮票·假結婚與刑法，頁62-63（2015年）），以及未經具結之偵訊證詞有無證據能力（例如參考陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用——評九四年台上字三二七七號刑事判決，台灣本土法學雜誌，93期，頁238-257（2007年））。

絕證言權，有違證人不自證己罪之原則。該證人於此情況下所為之具結程序即有瑕疵，為貫徹上述保障證人權益規定之旨意，自應認其具結不生合法之效力，縱其陳述不實，亦不能遽依偽證罪責論擬。¹¹⁰」少數判決認為違反告知義務不影響具結之效力¹¹¹，但證人虛偽陳述依然不成立偽證罪，例如106台上20：「法院或檢察官有告知證人得拒絕證言之義務，如疏未告知而逕令具結後予以訊問，其所踐行之訴訟程序雖有瑕疵，並不影響具結及證言之效力，證人所為之證述，仍有證據能力，僅於其證言為虛偽時，不能令其負偽證之責任。¹¹²」

歸納而言，最高法院認為未被告知得拒絕證言的證人，其不自證己罪的權利被剝奪，故虛偽陳述應不成立偽證罪，多數判決所持理由是具結不生效力，少數判決則未說明理由。然而，此一立場的說理並不清楚。首先，偽證罪以證人經具結為前提，具結是否有

110 最高法院98年度台上字第3708號刑事判決。相同見解：最高法院99年度台上字第472號刑事判決；最高法院99年度台上字第3067號刑事判決；最高法院100年度台上字第556號刑事判決；最高法院101年度台上字第3122號刑事判決；最高法院101年度台上字第5459號刑事判決；最高法院101年度台上字第6170號刑事判決；最高法院102年度台上字第2518號刑事判決；最高法院102年度台上字第5264號刑事判決；最高法院103年度台上字第3366號刑事判決；最高法院107年度台上字第721號刑事判決；最高法院109年度台上字第1309號刑事判決。支持的學說見解，陳子平，刑法各論（下冊），3版，頁848（2020年）；李榮耕（註21），頁84。

111 最高法院101年度台上字第5522號刑事判決：「有具結能力之證人得拒絕證言而不拒絕者，已非屬無具結能力而不得令其具結之法定情形，縱法院（或檢察官）疏未告知，其所踐行之訴訟程序雖有瑕疵，惟究非具結之程序有瑕疵，難謂不發生具結之效力。」相同見解：最高法院102年度台上字第756號刑事判決。

112 另外可參考最高法院104年度台上字第1173號刑事判決；最高法院106年度台上字第192號刑事判決：「設若國家機關未踐行同法第一百八十六條第二項之告知義務，即命其具結陳述，則必須以證人若據實陳述之內容，有使自己或與其有一定身分關係之人受刑事追訴或處罰之危險者，其陳述虛偽，始不構成偽證罪；如證人據實陳述之內容，並不生自陷入罪之危險，其虛偽陳述，非為脫免自己或與其有一定身分關係之人受刑事追訴或處罰者，自仍應受偽證罪相繩。」這兩則判決看似採「區分說」，但實際上仍然是在主張，拒絕證言權之人未被告知權利者，其虛偽陳述不成立偽證罪。

效，則是依據相關訴訟法規定加以判斷。刑事程序之證人具結，僅在證人欠缺具結能力（第186條第1項）或不符合具結之法定程式（第187條至第189條）時，始不發生效力。既然不自證己罪之拒絕證言權人有具結能力，踐行拒絕證言權之告知義務並非具結之生效要件，則違反告知義務並不影響具結的效力¹¹³。最高法院從訊問人員違反告知義務推論出具結無效，並不符合刑事訴訟法的規定。其次，告知義務固然是在保障證人不自證己罪的權利，但是訊問人員違反告知義務，個案中不一定導致剝奪其不自證己罪的權利。因為有些證人雖然未被告知，仍然基於個人知識或其他管道知悉此一權利存在，在具結後作成虛偽陳述。此時，證人明知自己有權拒絕卻選擇虛偽陳述，如果不適用偽證罪，似乎也過度限縮其對於司法發現真實功能的保護。最後，如果證人因未被踐行權利告知而不知得拒絕證言，為了保護自己或近親而被迫虛偽陳述，為何偽證罪保護司法發現真實的任務就必須退讓，排除偽證罪成立的刑法釋義學理由又是什麼，同樣需要進一步的解釋。因此，最高法院在訊問人員違反告知義務時，訴諸具結不生效力或剝奪證人不自證己罪之權利，並無法有力地解釋為何證人不成立偽證罪。

（二）阻卻「陳述」要素

如果借鏡德國有關程序瑕疵是否、如何影響偽證罪的相關討論，我們可以發現其重點放在程序瑕疵是否導致證人的供述不該當「陳述」的構成要件要素。在程序瑕疵下證人所為的供述是否為「陳述」，必須依據偽證罪的規範目的進行界定。在確定違反告知義務不阻卻「具結」要素之後，檢討其是否阻卻「陳述」要素，因而排除證人之偽證罪刑責，是一個在我國刑法釋義學上值得開展的面

113 黃翰義（註82），頁65；許澤天，未告知「實質被告」拒絕證言之具結效力，*台灣法學雜誌*，188期，頁51（2011年）（以下簡稱：許澤天，未告知「實質被告」拒絕證言之具結效力）；許澤天，*刑法分則*（下冊）——人格與公共法益篇，2版，頁554（2020年）。

向。以下先介紹德國法的三種立場，然後提出本文觀點。

1. 自然主義取向之陳述概念

德國實務與通說認為，原則上證人的所有供述都屬於本罪的陳述，並不因為程序發生瑕疵而受影響。這不僅適用在程序瑕疵與證人供述無直接關係的情形（例如法院在審判期日訊問證人時違反公開審理原則、有迴避事由的法官未自行迴避），也適用在訊問證人程序本身有瑕疵的情形（例如未告知證人有拒絕證言權、命證人具結之後才發現其無具結能力等）¹¹⁴。即使程序瑕疵導致證詞無證據能力，亦不會改變上述結果。理由在於，儘管無證據能力的證詞不得成為認定事實的根據，此種虛偽證詞依法不會影響事實認定的正確性，但是法院仍然可能因為不知程序違法等理由，將其使用於認定事實，此種無證據能力的虛偽證詞一樣會妨礙事實認定的正確性。既然如此，偽證罪不應該只保護理想上完美的司法，而是應該保護現實上難免含有人為疏失的司法¹¹⁵。但是，如果證詞是透過重大違反法治國的方式所取得，例如對證人實施不正訊問，此時證人不是在自由表述自己的親身見聞，不該當本罪之「陳述」構成要件要素¹¹⁶。依據此一觀點，違反告知義務並不影響拒絕證言權人的虛

114 相關裁判及文獻，參考RG 36, 278 (296); 62, 147 (148 f.); BGHSt 10, 142 (143); 16, 232 (235); 17, 128 (133 ff.); Gereon Wolters/Wolfgang Ruß, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9, 13. Aufl., 2022, Vor §§ 153 ff. Rn. 29 a; Eric Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl., 2021, § 47 Rn. 107; Urs Kindhäuser/Edward Schramm, Strafrecht Besonderer Teil I, 9. Aufl., 2020, § 46 Rn. 22; Nikolaus Bosch/Ulrike Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, Vor §§ 153 ff. Rn. 23 f.; Martin Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2018, Vor § 153 Rn. 6; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 67. Aufl., 2020, § 153 Rn. 12; Jörg Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 5. Aufl., 2019, Rn. 1368. 我國文獻之相同立場：許澤天，未告知「實質被告」拒絕證言之具結效力（註113），頁51。

115 Vgl. Wolters/Ruß (Fn. 114), Vor §§ 153 ff. Rn. 29 a; Bosch/Schittenhelm (Fn. 114), Vor §§ 153 ff. Rn. 23.

116 Vgl. Bosch/Schittenhelm (Fn. 114), Vor §§ 153 ff. Rn. 23; Hilgendorf (Fn. 114), § 47

偽陳述成立偽證罪，僅構成量刑減輕事由。

2. 證據能力取向之陳述概念

德國少數學說認為，偽證罪的任務是防止司法機關的事實認定受到虛偽證詞所危害，依據相關的程序法規定，司法機關在認定事實時只能考量有證據能力的證詞，因此有證據能力的虛偽證詞才會危害真實發現，無證據能力的虛偽證詞不會危害真實發現。雖然不能否認的是，司法機關在進行事實認定時可能會考量無證據能力的證詞，但是防止無證據能力的虛偽證詞對於事實認定的危險，是司法機關的職責，而不是偽證罪的任務。如果偽證罪也保護司法免於無證據能力之虛偽證詞的威脅，使其所保護的真實發現超越程序法所許可的界限，反而導致程序法與實體法的評價矛盾。因此，偽證罪的「陳述」概念，應以其在訴訟法上有證據能力為前提，程序瑕疵僅在其導致系爭證詞無證據能力時，才會阻卻「陳述」構成要件要素而不成立偽證罪¹¹⁷。依據此一觀點，違反不自證己罪之拒絕證言權告知義務，在本案原則上不影響證人供述的證據能力，故其虛偽陳述仍然成立偽證罪。

3. 保護目的取向之陳述概念

另一個德國少數學說認為，程序瑕疵是否導致證人的供述不屬於偽證罪的「陳述」，取決於所違反的程序規定是否在保護證人免

Rn. 109; *Wolters/Ruß* (Fn. 114), Vor § 153 Rn. 30; *Kindhäuser/Schramm* (Fn. 114), § 46 Rn. 23.

117 不論法官是否可能預見程序瑕疵，無證據能力之證詞一律阻卻偽證罪之構成要件者，參 *Mark A. Zöller*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar StGB*, Bd. 3, 9. Aufl., 2019, § 153 Rn. 33 f. 限於法官可能預見程序瑕疵，無證據能力之證詞始阻卻偽證罪之構成要件者，參考 *Thomas Vormbaum*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *NomosKommentar Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl., 2017, § 153 Rn. 32, 34; *Harro Otto*, *Grundkurs Strafrecht Die einzelnen Delikte*, 7. Aufl., 2005, § 97 Rn. 28 f.; *Olaf Hohmann/Günther M. Sander*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 4. Aufl., 2021, § 21 Rn. 25.

於偽證罪處罰。其思考出發點是，偽證罪之目的在於均衡達成發現真實與訴訟參與者保障的程序目標，在這個程序目標底下，程序法對於各種程序參與者設有不同的行為期待。原則上，程序法對於證人的行為期待是據實陳述其親身見聞，若是證人違反期待而虛偽陳述，則透過偽證罪加以處罰。但是，程序法偶而認為證人特別需要被保護（例如證人處於一個容易作出虛偽陳述的衝突狀態下、證人欠缺陳述的自由意志等），故明定訊問人員應該遵守某些訊問的規定，以避免證人因為虛偽陳述而受到刑法處罰。在此種情況下，如果訊問人員違反保護證人免於偽證罪處罰的程序規定，導致證人誤以為有據實陳述的義務，程序法對於證人沒有據實陳述的行為期待，其虛偽供述不屬於偽證罪之「陳述」¹¹⁸。據此，不自證己罪之拒絕證言權的告知義務，目的是在防止證人誤認有據實陳述義務而偽證，若是訊問人員違反告知義務，證人亦因而誤認必須作證而虛偽陳述者，其供述不屬於「陳述」，不成立偽證罪¹¹⁹。

4. 本文見解

面對上述理論爭議，我們必須從偽證罪的保護目的出發，思考何種陳述概念值得採納。沒有疑問的是，偽證罪是在保護司法，司法的實質意義是指國家或其機關將法適用在個案之中，目標是獲致符合程序的正確裁判，證人是司法過程中用來發現真實的手段。問題是，司法所欲追求的真實是什麼？司法運用證人發現真實的極限何在？

118 Vgl. *Stephanie Meinecke*, Die Auswirkungen von Verfahrensfehlern auf die Strafbarkeit nach den Aussagedelikten, 1996, S. 116 ff. Im Ergebnis *Henning E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 114 ff.

119 Vgl. *Meinecke* (Fn. 118), S. 137; *Ignor/Bertheau* (Fn. 28), § 55 Rn. 36. 不過，另有學說採取相同的思考出發點，但是在作法上並非否定「陳述」概念而使其不該當偽證罪之構成要件，而是援引德國刑法第157條之特殊減免刑罰規定或承認基於程序法而來之寬恕罪責概念，參考 *Müller* (Fn. 118), S. 120 ff.; *Diethelm Kleszczewski*, Strafrecht Besonderer Teil, 2016, § 19 Rn. 28, 61 ff.

首先，在司法過程中所獲致的「真實」，通常不是被完全還原的歷史事實，而是在人類有限的認知能力和法律規定的程序框架下，可能獲致的程序真實，與（我們或許永遠無法確定之）歷史真相之間存在落差。因此，偽證罪所欲保護的發現真實利益，不是超越人類能力及法律框架的歷史真相，而是在司法過程中受到各種程序法框架所形塑的程序真實。其次，證人作為司法獲致程序真實的手段，程序法也必須均衡真實發現和證人的權利保障，設定其程序上的行為規範。證人被課予據實陳述親身見聞的義務，但在上述義務沒有發現真實的作用，或是造成證人難以承受的負擔時，例外解除其具結或陳述義務。因此，偽證罪為了保護程序真實所制裁的偽證行為，並不包含全部事實上的虛偽陳述在內，而是在規範上以證人違反程序法義務為前提。據此，所謂偽證罪是在保護司法，其精確意思是避免證人以違反程序義務的方式，阻礙國家在司法過程中獲致程序真實。

然而，何謂司法過程的程序真實，仍有不同解讀的空間。證據能力取向的陳述概念所理解的程序真實，係指一個完全依據嚴格證明程序所建構的程序真實，自然主義取向的陳述概念所理解的程序真實，則係指一個未必符合嚴格證明程序的程序真實。證據能力取向的陳述概念認為，違反嚴格證明程序所獲致的程序真實並不被程序法所承認，如果被偽證罪當成值得保護的利益，是一個評價上的矛盾。不過，本文認為這個命題仍有商榷餘地。理由在於，法律規定的程序框架並不是只有嚴格證明程序而已，一個違反嚴格證明程序所獲得的證據，即使理應無證據能力，仍然可能因為適用其他程序規則，被接受為認定程序真實的一部分。例如，事實審法院以違法監聽所得之通訊內容認定犯罪事實，此一不符合嚴格證明程序的證據，仍有可能因為案件依法不得上訴、被告接受判決結果不上訴、被告以其他理由上訴卻被駁回等，最終被接受為確定判決之根據。這不僅適用於刑事程序，更是適用在採行當事人處分權主義的

民事程序。在民事程序中，即使是違法取得之證據，亦可透過當事人之同意成為認定程序事實的一部分¹²⁰。由此可知，此一不符合嚴格證明程序所獲致的程序真實，並不當然是迫於國家機關難免有程序疏失只好接受的現實，而是適用其他程序規則（上訴限制或當事人處分權）所獲致的結果，屬於各種程序法框架所形塑的程序真實。因此，以偽證罪保護違反嚴格證明程序所獲致之程序真實，並不當然違反程序法的價值判斷。即使程序瑕疵導致證詞無證據能力，這種證詞不僅是在法院進行事實認定時可能被實際考量，而且是貫徹其他程序規則所可能被接受的證據方法，如有虛偽不實的情形，仍會對於各種程序法框架所形塑之程序真實產生負面影響，有必要被納入偽證罪之適用範圍內。

不過，偽證罪為了保障各種程序法框架所形塑之程序真實，對於證人之虛偽陳述施加刑罰，構成對其自由領域的重大干預，故其適用射程必須均衡考量證人之自由權利予以限縮。從各種程序法已經存在的某些程序規則可以看出，立法者在特定條件下不再期待證人據實陳述，對其虛偽陳述也不打算適用偽證罪加以處罰，如果國家機關違反此種程序規則，即使證人虛偽陳述，也不應被納入偽證罪予以處罰。例如，證人未滿16歲，或因精神障礙不解具結意義及效果者，不得命其具結（第186條第1項），此一規定的規範意義在於，此類證人的供述雖然還是可以作為法院認定事實的根據，但是其年齡或精神狀況無法擔保供述之真實性，故放棄以偽證罪防止此類證人之虛偽陳述妨礙程序真實，完全仰賴法官之自由心證過濾虛偽陳述。因此，如果訊問人員違反上述規定命證人具結，應該認定該具結欠缺法律效力，不該當偽證罪之「具結」要素，證人之虛偽陳述並不成立犯罪。如果因為國家機關違法命證人具結，就認定證人已實現偽證罪之「具結」要素，使其虛偽陳述成立偽證罪，將會

120 Vgl. Müller (Fn. 118), S. 110 f.

牴觸第181條第1項不得命具結規定不處罰證人虛偽陳述之意旨。

立法者透過偽證罪只處罰證人經具結之虛偽陳述，已經充分顯示其有意在保護司法發現真實之際，對於程序法上不期待其據實陳述之證人放棄適用偽證罪處罰，以兼顧證人自由權利的保障，然而構成要件的具結要素僅能部分實現此一規範意旨。因為，除了不得命具結的情形之外，還有其他程序法規定一樣顯示立法者不期待證人會據實陳述，無意將虛偽陳述納入偽證罪處罰。例如，訊問人員不得對於證人實施不正訊問方法（第192條準用第98條），其規範目的正是在確保證人依其自由意志陳述親身經歷，若是訊問人員違反不正訊問禁止之規定，使證人喪失陳述自由，此時也就難以期待證人會依其親身經歷或記憶而為真實供述。若是證人因為不正訊問而虛偽陳述，也不得適用偽證罪予以處罰。為了貫徹立法者在偽證罪均衡保障證人自由權利之意旨，針對此種程序瑕疵所導致之虛偽供述，在法釋義學上有必要透過對於「陳述」要素的限縮解釋，將之排除在偽證罪的適用範圍之外。對於「陳述」要素的限縮解釋標準，即在於被違反之程序規範之保護目的：如果該程序規範目的在保護證人不因虛偽陳述而被處罰，該程序瑕疵會導致供述不該當「陳述」要素；如果該程序規範係追求其他目的，則該程序瑕疵不影響供述該當「陳述」要素。

至此可知，保護目的取向之陳述概念，最能夠符合偽證罪保護程序真實和平衡證人自由的觀點，其他兩種陳述概念各自有其缺點。自然主義取向之陳述概念，正確地將違反嚴格證明程序所建構之程序真實納入偽證罪的保護範圍，不因證人之供述無證據能力，就放棄以偽證罪處罰此種虛偽陳述。但是，它忽略某些程序規則之規範目的是在保護證人免於偽證罪的處罰，在國家機關違反此種程序規則時，若使虛偽陳述之證人仍然成立偽證罪，在這個範圍內構成程序法與實體法之評價矛盾。相對於此，證據能力取向之陳述概念，則是只將符合嚴格證明程序之程序真實當成偽證罪的保護對

象，過於狹隘地理解偽證罪所保護之程序真實。以「程序瑕疵是否導致供述無證據能力」，決定證人之虛偽陳述是否值得處罰，忽略合理界定偽證罪範圍的規範觀點。因為，在判斷程序瑕疵是否排除證據能力時，重點在於以此種證據作為認定被告有罪的根據，是否過度侵害被告獲得公平審判的程序主體地位；然而，程序瑕疵是否導致證人之虛偽陳述不應成立偽證罪時，其考量重點在於，以刑罰擔保證人履行據實陳述義務，是否對證人構成過度的負擔。換言之，程序瑕疵是否排除證據能力的評價觀點，不等於證人是否適用偽證罪的評價觀點¹²¹。如果再從實用性觀點考量，違法取證在何種情況下會排除證據能力，往往在學說和實務之間存在不同的判斷標準和結論，證據能力取向的陳述概念將導致偽證罪之適用範圍陷入難以預料的狀態，不利於法安定性¹²²。

回到本文的問題：依據保護目的取向之陳述概念，若是訊問人員違反不自證己罪之拒絕證言權的告知義務，證人虛偽供述應該成立偽證罪嗎？如前所述，此一拒絕證言權之規範目的在於避免證人陷入心理衝突，亦即據實陳述使自己或近親入罪或是虛偽陳述而受偽證罪處罰，此一拒絕證言權之告知義務，其規範目的就是在避免證人受到偽證罪之處罰。如果訊問人員違反此一告知義務，證人也因此不知道自己得拒絕證言，在心理衝突的狀態下虛偽供述，即屬於依據程序法不應論以偽證罪的情形，不該當本罪之「陳述」要素。相對地，如果訊問人員違反此一告知義務，但是證人仍然知道自己得拒絕證言，證人並未陷入法律賦予其拒絕證言權的心理衝突，則仍可期待其據實陳述，此時的虛偽供述還是該當本罪之「陳述」要素，證人仍可成立偽證罪，訊問人員違反告知義務之程序瑕

121 Vgl. Müller (Fn. 118), S. 112 f.; Meinecke (Fn. 118), S. 129 ff.; Kleszczewski (Fn. 119), § 19 Rn. 32. 不同見解，李榮耕（註21），頁84-85。

122 Meinecke (Fn. 118), S. 126 ff.; Müller (Fn. 118), S. 111.

疵至多構成減刑理由¹²³。

(三) 小結

不自證己罪之拒絕證言權人，若因訊問人員違反告知義務而虛偽陳述，最高法院以「具結」不生效力為由，認定證人不成立偽證罪。不過，此一觀點既不符合具結之法定生效要件，又未解釋為何侵害不自證己罪之權利會排除偽證罪成立。本文採取保護目的取向之陳述概念，在國家機關所違反之程序規則旨在防止證人受偽證罪之處罰時，認定證人之供述不該當「陳述」概念，阻卻偽證罪之成立。據此，不自證己罪之拒絕證言權的規範目的在於避免證人受偽證罪之處罰，當訊問人員違反告知義務時，如果證人不知得拒絕證言，則其虛偽供述不該當陳述要素，阻卻偽證罪之成立；如證人仍知道得拒絕證言，其虛偽供述仍該當陳述要素，成立偽證罪，至多得減輕其刑。相對於最高法院之觀點，本文的主張既為證人之無罪找到一個刑法釋義學上的理由（阻卻「陳述」要素），又避免明知得拒絕證言之證人虛偽供述不受處罰，是更加平衡真實發現與不自證己罪原則的解釋途徑。

伍、結論

在2003年刑事訴訟法修正之後，訊問人員依據第186條第2項對

123 附帶一提者，此一觀念亦適用於第180條之親屬拒絕證言權，蓋其規範目的亦在保障證人免於三難困境：據實陳述而使近親入罪、虛偽陳述而受偽證罪處罰、不陳述而被科處罰緩。若訊問人員違反權利告知義務（第185條第2項），雖不影響具結之效力，但是在證人因此誤認有陳述義務時，其虛偽供述不該當偽證罪之「陳述」要素（Vgl. Meinecke (Fn. 118), S. 134, 174 f.）。據此，最高法院107年度台上字第284號刑事判決以違反第185條第2項之告知義務為由，否定具結之效力，進而認定虛偽陳述之證人不成立偽證罪，其說理及結論均有待商榷。

於第181條不自證己罪之拒絕證言權人負有權利告知義務，此一新規定衍生諸多法律適用的難題。對於證人何時享有此一拒絕證言權、訊問人員應該如何踐行權利告知、違反告知義務是否導致證據排除、虛偽陳述的證人是否成立偽證罪等問題，最高法院逐漸形成穩定的見解。以下扼要說明本文的研究成果：

一、第181條之拒絕證言權之規範目的在實現不自證己罪權利，防止證人被迫追訴自己或近親之犯罪，而不是在防止虛偽證詞影響真實發現，使被告蒙受誤判的危險，後者至多是拒絕證言權的附帶效果（上述「貳」）。

二、此一拒絕證言權之適用前提是證人有刑事追訴或處罰之危險，係指證人對具體問題的答覆內容，無法完全排除創設、維持或增加自己或近親犯罪嫌疑。此一危險是否存在，需要就個案情形進行認定，證人即使曾經判決確定、曾經自白犯罪或已有其他看似明確的調查結果，仍然可能因為陳述而產生刑事追訴危險。最高法院對於刑事追訴危險之定義不夠精確，在個案運用上，也有過快否定刑事追訴危險的傾向，對證人的不自證己罪權利保障不足（上述「參」）。

三、對於有此一拒絕證言權的證人，訊問人員至遲在浮現證人或其近親有刑事追訴危險的具體事實時，應踐行權利告知（上述「肆、一」）。若是訊問人員違反此一告知義務，依據第158條之4，系爭證詞原則上不得被使用於證人或其近親被告案件，以防止證人被迫證明自己或近親犯罪的危險被實現。但是系爭證詞原則上得使用於被告本人案件，蓋此時不會導致證人被迫證明自己或近親犯罪，並且有助於真實發現。最高法院近期統一採取權衡判斷說，方向正確，但是缺乏具體的權衡標準，使證據能力判斷結果更加不明確（上述「肆、二」）。

四、訊問人員違反告知義務，證人經具結而虛偽陳述者，其具結不因為未經權利告知而無效，但是其供述不該當偽證罪之「陳述」要素。偽證罪均衡保障真實發現與訴訟參與者之權利，其所規範之「陳述」並不包括證人的全部供述，而是限於證人違反法律據實陳述之期待所為的供述。在訊問人員違反告知義務時，法律並不期待證人在誤認有作證義務下會據實陳述，故其所為之供述不該當「陳述」要素。最高法院訴諸具結無效使證人不成立偽證罪，不僅不符合具結之生效要件，又不分證人是否誤認有作證義務一律無罪，使偽證罪保護真實發現的功能過度退讓（上述「肆、三」）。

參考文獻

1. 中文部分

- 王士帆(2007), 不自證己罪原則, 臺北: 春風煦日論壇。
- (2011), 違反緘默權告知義務之證據禁止——以德國法作比較觀察, 政大法學評論, 120期, 頁159-269。
- (2017), 稅捐協力義務與不自證己罪, 收於: 春風煦日論壇編輯小組編, 刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集, 頁195-212, 臺北: 元照。
- (2021), 販賣槍枝——不自證己罪拒絕證言權告知義務, 月旦法學教室, 228期, 頁17-20。
- 王兆鵬(2005), 論新修刑訴之證人不自證己罪, 臺大法學論叢, 34卷1期, 頁47-80。
- (2007), 不自證己罪保護之客體, 台灣本土法學雜誌, 95期, 頁67-75。
- 王兆鵬、張明偉、李榮耕(2018), 刑事訴訟法(下冊), 4版, 臺北: 新學林。
- 朱石炎(2017), 刑事訴訟法論, 修訂7版, 臺北: 三民。
- 吳巡龍(2010), 不自證己罪拒絕證言權, 月旦法學教室, 90期, 頁22-23。
- (2012), 未諭知拒絕證言權的證據能力, 月旦法學教室, 115期, 頁36-38。
- 吳俊毅(2015), 具結在實體刑法上的意義——偽證罪基本構成要件的探討與修法上的建議, 收於: 妨害司法·亮票·假結婚與刑法, 頁45-63, 桃園: 正典。
- 吳燦(2019), 詰問權與拒絕證言權衝突之探討(中), 司法周刊, 1959期, 2-3版。

- 李建良（1996），從公共工程弊端談公平交易委員會之行政調查權，月旦法學雜誌，18期，頁13-21。
- 李春福（2017），刑事訴訟法論，臺北：新學林。
- 李榮耕（2010），拒絕證言告知義務之違反及其法律效果——簡評最高法院九八年度台上字第五九五二號判決，台灣法學雜誌，153期，頁223-229。
- （2012），證人的據實陳述及對其之告知義務——簡評最高法院一百年度台上字第一九二五號刑事判決，月旦裁判時報，13期，頁78-86。
- 李震山（2019），行政法導論，修訂11版，臺北：三民。
- 李學燈（1992），證據法比較研究，臺北：五南。
- 林文村（2020），陸海空軍懲罰法適用不自證己罪原則之探討，軍法專刊，66卷1期，頁15-57。
- 林永謀（2010），刑事訴訟法釋論（中冊），改訂版，臺北：自版。
- 林俊益（2013），司法警察（官）應告知證人得拒絕證言，月旦法學教室，129期，頁36-38。
- （2019），刑事訴訟法概論（上冊），19版，臺北：新學林。
- 林鈺雄（2013），刑事訴訟法第一五八條之四的平台定性，收於：最高法院刑事裁判評釋，頁249-286，臺北：元照。
- （2019），刑事訴訟法（上冊），9版，臺北：新學林。
- 花滿堂（2018），刑事訴訟法爭議問題研究，臺北：新學林。
- 洪家殷（2013），行政調查與刑事偵查之界限，東吳法律學報，25卷1期，頁1-47。
- 陳子平（2020），刑法各論（下冊），3版，臺北：元照。
- 陳文貴（2020），訊問證人違反告知拒絕證言權之問題——評最高法院109年度台上字第1309號刑事判決，月旦法學雜誌，307期，頁185-200。
- 陳清秀（2014），行政罰法，2版，臺北：新學林。

- 陳敏絹(2004), 不法所得之課稅問題, 法令月刊, 55卷4期, 頁74-85。
- 陳運財(1998), 論緘默權之保障, 收於: 刑事訴訟與正當之法律程序, 頁313-367, 臺北: 月旦。
- (2007), 偵查中證人之具結與傳聞例外之適用——評九四年台上字三二七七號刑事判決, 台灣本土法學雜誌, 93期, 頁238-257。
- 張麗卿(2018), 刑事訴訟法理論與運用, 14版, 臺北: 五南。
- 莊佳瑋(2009), 自白犯罪後之拒絕證言權, 法務通訊, 2423期, 頁3-5。
- 許澤天(2011), 未告知「實質被告」拒絕證言之具結效力, 台灣法學雜誌, 188期, 頁46-52。
- (2017), 共同被告陳述與嚴格證明——釋字第582號解釋的評釋, 收於: 春風煦日論壇編輯小組編, 刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集, 頁147-194, 臺北: 元照。
- (2020), 刑法分則(下冊)——人格與公共法益篇, 2版, 臺北: 新學林。
- 游明得(2015), 論刑事訴訟法中酒駕強制呼氣檢查規定之妥適性, 法令月刊, 66卷11期, 頁41-58。
- 黃惠婷(2017), 現行偽證罪規範之缺失與建議, 軍法專刊, 63卷6期, 頁59-84。
- 黃朝義(2017), 刑事訴訟法, 5版, 臺北: 新學林。
- 黃翰義(2013), 自證人之本質論證人之拒絕證言權與法律效果, 軍法專刊, 59卷5期, 頁46-76。
- 楊雲驊(2007), 未告知證人拒絕證言權之法律效果——評最高法院九五年臺上字第九〇九號、九五年臺上字第二四二六號、九六年臺上字第一〇四三號判決, 台灣本土法學雜誌, 99期, 頁157-176。

蔡震榮 (2004), 行政罰法草案評析, 月旦法學雜誌, 111期, 頁9-20。

蔡震榮、鄭善印、周佳宥 (2019), 行政罰法逐條釋義, 3版, 臺北: 新學林。

薛智仁 (2014), 刑事程序上私人取證之證據能力——評析最高法院判決的新發展, 台灣法學雜誌, 260期, 頁47-62。

—— (2016), 促成性交易罪及補強法則之適用範圍——評臺灣高等法院104年度上訴字第1553號判決, 中原財經法學, 37期, 頁105-169。

—— (2020), 論拒絕證言權對於取證強制處分之限制: 以親屬與業務拒絕證言權為例, 臺大法學論叢, 49卷2期, 頁711-778。

蘇凱平 (2020), 重新探索自由心證: 以憲法與刑事訴訟法的價值衝突與解決為核心, 臺大法學論叢, 49卷1期, 頁339-401。

2. 外文部分

Bader, Markus (2019), in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl., München: C. H. Beck, § 55.

Bernsmann, Klaus (1998), *Verwertungsverbot bei fehlender und mangelhafter Belehrung*, *StraFo*, S. 73-78.

Bohnert, Joachim/Krenberger, Benjamin/Krumm, Carsten (2016), *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 4. Aufl., München: C. H. Beck, § 55.

Bosch, Nikolaus (2012), *Die strafprozessuale Regelung von Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht*, *Jura*, S. 33-41.

Bosch, Nikolaus/Schittenhelm, Ulrike (2019), in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl., München: C. H. Beck, Vor §§ 153 ff.

Eisele, Jörg (2019), *Strafrecht Besonderer Teil I* (2008), 5. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer.

- Eisenberg, Ulrich (2017), Beweisrecht der StPO (1993), 10. Aufl., München: C. H. Beck.
- Eser, Albin (1974), Der Schutz vor Selbstbezeichnung im deutschen Strafprozeßrecht, in: Jescheck (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran 1974, Berlin: de Gruyter, S. 136-171.
- Fischer, Thomas (2020), Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 67. Aufl., München: C. H. Beck, § 153.
- Frisch, Wolfgang (2016), Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung, ZIS, S. 707-714.
- Geerds, Friedrich (1966), Auskunftsverweigerungsrecht oder Schweigebefugnis? Zur Problematik der §§ 55, 56 StPO, in: Spindel (Hrsg.), Studien zur Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966, Würzburg: Holzner, S. 171-196.
- Gercke, Björn (2019), in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung, 6. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, § 55.
- Grünwald, Gerald (1966), Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ, S. 489-501.
- Heger, Martin (2018), in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., München: C. H. Beck, Vor § 153.
- Hilgendorf, Eric (2021), in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil (2000), 4. Aufl., Bielefeld: Giesecking, § 47.
- Hohmann, Olaf/Sander, Günther M. (2021), Strafrecht Besonderer Teil (2000), 4. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Ignor, Alexander/Bertheau, Camilla (2017), in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die

- Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 27. Aufl., Berlin: de Gruyter, § 55.
- Jansen, Gabriele (2012), Zeuge und Aussagepsychologie (2004), 2. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Kindhäuser, Urs/Schramm, Edward (2020), Strafrecht Besonderer Teil I (2003), 9. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Klein, Oliver (2006), Die Aussageerzwingung bei rechtskräftig verurteilten Straftätern — Strafrechtspflege im Spannungsfeld von Verfolgungsgebot und Rechtsstaatlichkeit, StV, S. 338-340.
- Klleszczewski, Diethelm (2016), Strafrecht Besonderer Teil, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Lenk, Maximilian/Glöckle, Nico (2020), Das Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO bei der Gefahr ausländischer Strafverfolgung — Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. V. 27. 03. 2019 — 4 StR 541/18 = StV 2020, 435 (in diesem Heft), StV, S. 484-488.
- Lindemann, Michael (2020), § 2 Materielle Grundrechtsgewährleistungen und ihre Bedeutung für das Strafverfahren, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 7, Heidelberg: C. F. Müller, S. 41-92.
- Lutz, Hans-Joachim (2018), in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl., München: C. H. Beck, § 55.
- Maier, Stefan (2014), in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, Bd. 1, München: C. H. Beck, § 55.
- Marlie, Marcus (2017), Zu den Voraussetzungen des Auskunftsverweigerungsrechts gemäß § 55 StPO. Zugleich eine Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 21.4.2010 — 2 BvR 504/08, 2 BvR 1193/08, ZIS, S. 230-234.

- Meinecke, Stephanie (1996), Die Auswirkungen von Verfahrensfehlern auf die Strafbarkeit nach den Aussagedelikten, Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- Müller, Henning E. (2000), Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Odenthal, Hans-Jörg (1985), Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO bei Gefahr ausländischer Strafverfolgung, NStZ, S. 117-118.
- Otto, Harro (2005), Grundkurs Strafrecht Die einzelnen Delikte (1977), 7. Aufl., Berlin: de Gruyter.
- Peters, Karl (1985), Strafprozeß (1952), 4. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Rengier, Rudolf (1979), Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, Paderborn: Ferdinand Schöningh.
- Rinio, Carsten (2008), Das Auskunftsverweigerungsrecht des tatbeteiligten Zeugen nach § 55 StPO, JuS, S. 600-605.
- Rogall, Klaus (1977), Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Berlin: Duncker & Humblot.
- (1996), Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozeß, JZ, S. 944-955.
- (2018), in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 5. Aufl., Köln: Carl Heymanns, § 55.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd (2017), Strafverfahrensrecht (1949), 29. Aufl., München: C. H. Beck.
- Rössner, Dieter/Safferling, Christoph (2017), 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht (2003), 3. Aufl., München: Valhen.
- Schmidt, Eberhard (1958), Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund, JZ, S. 596-601.
- Schmitt, Bertram (2019), in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozess-

ordnung mit GVG und Nebengesetzen, 62. Aufl., München: C. H. Beck, § 55.

Schmuck, Markus/Gorius, Hanno (2011), Der Zeuge im Strafprozess — Einzelbetrachtungen, NJOZ, S. 833-835.

Sommer, Ulrich (1998), Auskunftsverweigerungsrecht des gefährdeten Zeugen, StraFo, S. 8-15.

Verrel, Torsten (2001), Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, München: C. H. Beck.

Volk, Klaus/Engländer, Armin (2018), Grundkurs StPO (1999), 9. Aufl., München: C. H. Beck.

Vormbaum, Thomas (2017), in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NomosKommentar Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos, § 153.

Wolters, Gereon/Ruß, Wolfgang (2022), in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9, 13. Aufl., Berlin: de Gruyter, Vor §§ 153 ff.

Zöller, Mark A. (2019), in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar StGB, Bd. 3, 9. Aufl., Köln: Carl Heymanns, § 153.

The Right of Refusal to Testify Based on the *Nemo Tenetur* Principle:

A Comprehensive Evaluation of Supreme Court Judgments

*Chih-Jen Hsueh**

Abstract

According to “*nemo tenetur seipsum accusare*,” which is expressly provided by Articles 181 and 186 II of the Criminal Procedure Law, a witness can deny answering questions when he is afraid that he or his relatives will be accused or punished, and interrogators have to inform the witness of his right of refusal to testify. As to the application of the right of refusal to testify and the effect when interrogators violate the obligation of informing, the Supreme Court has been gradually accumulating consistent opinions in recent years, especially after the amendment of the Criminal Procedure Law in 2003. This article points out the risk of being accused, which might occur when a witness answers a specific question which might create, maintain, or strengthen the level of criminal suspicions of himself or his relatives, and this risk won't be diminished just because the witness has been sentenced, confessed, or been clearly investigated. While judges, prosecutors, and police are questioning the witness, they should properly inform the witness regarding their right of refusal to testify once there is a factual basis that shows he has the right. If interrogators violate the obligation of informing the right, according to the Article 158-4 of the Criminal Procedure Law, the witness's testimony can't be used in the process of accusing the witness himself or his relatives, but the testimony can be used against the defendant. If the witness commits perjury because

* Professor, College of Law, National Taiwan University.

interrogators violate their duty to inform the witness of his right of refusal to testify and the witness mistakenly believes he has an obligation to testify, it will not affect the validity of the deposition and the witness will not be guilty of perjury. Based on the points mentioned above, most judgments of the Supreme Court are worthy of affirmation, while some arguments and conclusions of a few judgments need to be re-examined.

KEYWORDS: *nemo tenetur seipsum accusare*, right of refusal to testify, the risk of being accused, the obligation of informing, suppression of evidence, theory of right field, deposition, perjury.