

東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：陳運財 博士

刑事程序檢查身體處分之研究—

以拒絕自我入罪特權之分析為重心

A Study on Body Examination In Criminal  
Procedural—Focusing On The Analysis Of The  
Privilege Against Self-incrimination

研究生：徐政宏

中華民國一〇一年七月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 徐政宏君所提之論文：

---

經本委員會審查並舉行口試，認為符合  
碩士學位標準。

考試委員簽名處

陳運財

何賴傑

何賴傑

---

---

2012年 7月 20日

## 摘要

刑事程序中所謂「檢查身體處分」究何所指，其與搜索、鑑定及勘驗之關係又為如何，是否為一獨立型態之強制處分，此為本文首需加以釐清者。透過對美國、日本及德國法制的介紹，探討檢查身體處分在不同國家中之定位，藉以作為我國現行刑事訴訟法相關規定之反思與參考。

「拒絕自我入罪特權」本文以美國聯邦憲法增修條款第 5 條為中心來加以開展，另為求此一特權概念之釐清，分就英國、日本及德國該一特權之歷史沿革簡略介紹，希冀能進一步瞭解該特權之意涵和保障範圍及最新發展趨勢。其後從我國法制出發，將拒絕自我入罪特權由憲法觀點推論而出，並論及具體在刑事訴訟法上之依據，進而探討此一特權在我國法上之開展及適用範圍。

在初步瞭解拒絕自我入罪特權保障範圍於美國及德國法上之不同見解後，本文欲將檢查身體處分與拒絕自我入罪特權二者作一連結，即更進一步探討檢查身體處分態樣與拒絕自我入罪特權要件、保障範圍之關係，換言之，拒絕自我入罪特權之保障範圍是否包含檢查身體處分行為。最後從各論的角度，分析檢討目前在學說及實務上較受到討論的各種處分之性質，以及其各別與拒絕自我入罪特權的關聯，提出本文的研究發現及建議，期能對檢查身體處分帶來一些新思維，以達成研究此一議題之目的。

## 謝辭

光陰荏苒，這本論文總算是完成了…

回首 7 年前，一個即將退伍對未來茫然無知的小伙子，誤打誤撞有幸再回到學生身分的避風港繼續思索人生的方向。雖然從未如同多數法律人一般報考律師、司法官考試，但也順利通過了穩定的公職考試，走出另一片天空。

這本論文的完成最要感謝指導教授陳運財老師，原與老師素昧平生，但透過修讀老師的課程以及擔任國科會的助理，讓人瞭解到真正「學者」的風範和雅量。在選擇先行工作辦理休學的兩年間，老師仍掛記著我的論文進度，不時稍來關心的問候，總讓一度想放棄的我又堅持下去。另外要感謝兩位口試委員-黃朝義老師及何賴傑老師，不辭路途遙遠在暑假期間特地撥冗對本論文提出許多精闢見解，口試過程中亦溫文和藹、談笑風生，讓人倍感親切，舒緩了緊張的心情。

在學期間的同學朋友們，研究所生涯因為你們而更添許多精彩的回憶，也祝福大家都能早日達成心中的目標。

最後要感謝我的父母，總是無條件的尊重我的決定並大力支持作我的後盾；感謝同走在法律路上的律師哥哥，一直以來都是我抱佛腳及解惑的最好對象；至今陪伴我一起共度 15 個年頭的妻子，不管在什麼樣的環境總是跟著我一起克服、成長；呀呀學語的女兒，在寫作論文的最後階段總是貼心的早早入睡，讓我得以在不受「干擾」的環境下完成本論文。

# 目次

第一章 緒論 .....	1
第一節 研究動機及目的 .....	1
第二節 研究方法及範圍 .....	2
第三節 本論文之架構 .....	3
第二章 檢查身體處分之意義、種類及性質 .....	4
第一節 檢查身體處分之意義及種類 .....	4
第一項 檢查身體處分之意義 .....	4
第二項 檢查身體處分之種類 .....	5
第二節 檢查身體處分之性質 .....	9
第一項 與基本權之關係 .....	9
一、身體不受侵犯權 .....	9
二、人身自由權 .....	10
三、隱私權 .....	11
四、拒絕自我入罪特權 .....	13
第二項 與搜索、鑑定、勘驗之關係 .....	14
一、與搜索之關係 .....	14
(一) 比較法之觀察 .....	14
(二) 我國法制及實務 .....	16
二、與鑑定、勘驗之關係 .....	19
(一) 比較法之觀察 .....	19
(二) 我國法制及實務 .....	23
三、獨立之強制處分類型 .....	25
(一) 比較法之觀察 .....	25
(二) 我國法制及實務 .....	29
第三節 小結 .....	31
第三章 拒絕自我入罪特權之理論及其保障範圍 .....	34
第一節 拒絕自我入罪特權之理論及區辨 .....	35
第一項 拒絕自我入罪特權之理論基礎 .....	35
第二項 拒絕自我入罪特權之區辨 .....	36
一、拒絕自我入罪特權與無罪推定 .....	36
二、拒絕自我入罪特權與拒絕證言權 .....	37
三、拒絕自我入罪特權與緘默權 .....	38
四、緘默權與拒絕證言權 .....	39

第二節 各國立法例與保障範圍.....	41
第一項 英國 .....	41
第二項 美國 .....	44
一、適用主體.....	45
二、適用範圍.....	46
三、強迫之意義.....	46
四、證人.....	47
五、不利益.....	49
第三項 日本 .....	50
第四項 德國 .....	53
第三節 拒絕自我入罪特權於我國法上之定位.....	55
第一項 憲法上之定位.....	56
一、人性尊嚴.....	57
二、正當法律程序.....	58
三、言論自由.....	59
第二項 刑事訴訟法上之定位.....	61
第三項 我國之適用範圍.....	63
第四節 小結 .....	65
第四章 檢查身體處分與拒絕自我入罪特權二者之關聯 .....	68
第一節 血液抽取.....	68
第一項 採血之性質.....	68
第二項 法律依據.....	69
第三項 比較法之觀察.....	70
第二節 呼(吐)氣檢測.....	71
第一項 吐氣之性質.....	71
第二項 法律依據.....	73
第三節 DNA 採樣.....	74
第一項 DNA 採樣之性質.....	74
第二項 法律依據.....	76
第三項 與拒絕自我入罪特權之關聯.....	77
第四節 測謊 .....	77
第一項 測謊之性質.....	77
第二項 比較法之觀察.....	78
第五節 配合指認.....	80
第一項 指認之性質.....	80
第二項 較法之觀察.....	81
第六節 小結 .....	82

第五章 結論 .....	84
參考文獻 .....	90





# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機及目的

近年來國內外新聞不時可見許多人甘願冒著風險，利用各式器具夾帶毒品闖關以獲取暴利之報導，這種以小批、分散方式的運毒手段若未仔細注意或早已握有線報者，實難加以察覺，也因此各種無奇不有、令人難以想像的物品皆可透過運毒者的「巧思」改良後來藏運毒品。

惟近來更有發現運毒者已「進化」到將毒品以保險套分裝，塞入肛門或性器中「夾帶」闖關，之後再以瀉藥或他法將毒品排出；更有甚者將分裝之毒品直接吞食於胃中，事後利用催吐或灌腸方式取出毒品，此種讓毒品進入到人體內來運毒的特殊方式，往往一有不慎將可導致運毒者暴斃致命之結果。

實務上最高法院 94 年台上字第 431 號判決所指的事實關係係違反毒品危害防制條例之犯罪嫌疑人，於入境時將毒品以吞服方式夾帶闖關，海關人員未查獲毒品，惟經調查員長期監控得知應有運輸毒品入關之情事，經照 X 光片發現犯罪嫌疑人腹中均有結狀塊，經調查員告以欲施以灌腸方式使其排出毒品，如有吞服毒品在灌腸時破裂者，將有生命危險，犯罪嫌疑人始承認有吞食毒品等情。

然利用人體內來運毒的方式用肉眼實無法觀察得知，故對於犯罪偵查機關是很大的考驗，究需達到何種程度方能強制外觀上無異狀之人配合進行調查？此種調查方式是否會侵害基本權保障？這種調查手段與刑事訴訟法上既有的強制處分，例如搜索扣押、勘驗等處分有何不同？目前法定程序之規範密度是否充分，甚至有時為了運毒者的生命安全考量，需立即開刀取出藏於體內之毒品，而在此種情況下取得之物證（毒品）將來在法庭上之證據評價又是如何？此為本文研究動機之一。

另一方面，發源於英美法上的拒絕自我入罪特權（the privilege against self-incrimination），意指任何人不得被強迫作出對自己不利之陳述或謂任何人不得被強迫成為對自己不利之證人。此一特權如同無罪推定原則及罪疑唯輕原則，幾乎可以說是現代法治國家的自明之理，屬於刑事訴訟法的基本原則。拒絕自我入罪特權顯諸於我國刑事訴訟法中，顯

諸於被告則為刑事訴訟法第 95 條第 2 款緘默權之告知，若被告行使此一特權依第 156 條第 4 項不得因此推斷其罪行；顯諸於證人則為第 181 條拒絕證言權及第 186 條第 2 項拒絕證言權之告知。

然拒絕自我入罪特權與緘默權或拒絕證言權彼此間之關係究是如何？此一特權之保障範圍又為何？與前述之調查人體內是否藏有毒品有否關聯？亦即被告或犯罪嫌疑人在遭受國家行使「檢查身體」之強制力時，能否主張侵害其拒絕自我入罪特權而加以拒絕？此為本文研究動機之二。

本文嘗試將「檢查身體」此種行為在我國法中找出其定位，並分析其規範與現行法是否有扞格之處，此外透過對拒絕自我入罪特權之研究，探討此特權的保障範圍，並論述檢查身體處分是否含括於該特權範圍內。

## 第二節 研究方法及範圍

### 一、研究方法

本文對於檢查身體處分之研究方法主要係以比較法分析之觀點出發，觀察檢查身體處分在美國、日本及德國法制體系中之規定，作為我國法制之參考依據。另以我國現行刑事訴訟法條文體系及國內學說、裁判實證的分析，對檢查身體處分作進一步之闡釋及提出本文意見。

在拒絕自我入罪特權方面，本文研究方法主要係以美國聯邦憲法增修條款第 5 條為中心，並輔以美國案例法分析論述其意涵與保障範圍，另透過英國、日本、德國立法例闡釋拒絕自我入罪特權不同之面貌。此外針對我國最高法院裁判實證的分析，論述此特權在我國之適用範圍，最後綜整歸納出被告或犯罪嫌疑人在遭受國家行使「檢查身體」之強制力時，能否主張侵害其拒絕自我入罪特權而加以拒絕之結論。

### 二、研究範圍

藉由上述對檢查身體處分與拒絕自我入罪特權之分析，本文進一步將研究範圍限縮至較具爭議之五種處分行為：血液抽取、呼（吐）氣檢測、DNA 採樣、測謊、配合指認，透過國內外判決及法律規定分析，探討此處分行為是否為檢查身體處分之一種，如是，則此種行為有無侵犯拒絕自我入罪特權？是否在特權之保護範圍內。

### 第三節 本論文之架構

本文第二章首先就「檢查身體處分」加以敘述及定義，接續探討該處分可能涉及侵害哪些基本權利，另外透過對美國、日本及德國法制的介紹，探討檢查身體處分在不同國家中之定位，藉以作為我國現行刑事訴訟法相關規定之反思與參考。

第三章則在探討「拒絕自我入罪特權」，首先從法理基礎出發再概略論及相關名詞之區辨，並將英國、美國、日本及德國此一特權之歷史沿革一一闡述，希冀能進一步瞭解拒絕自我入罪特權之原貌和保障範圍及最新發展趨勢。其後從我國法制出發，將拒絕自我入罪特權由憲法觀點推論而出，並論及具體在刑事訴訟法上之依據，進而探討此一特權在我國法上之開展及適用範圍。

第四章為本文研究之重心，由前兩章研究之結論進一步探討檢查身體處分與拒絕自我入罪特權之關聯，亦即被告或犯罪嫌疑人被強制施行檢查身體處分時，此時是否得主張侵害其拒絕自我入罪特權，此項身體檢查取得的身體跡證及其衍生的鑑定報告得否作為證據？換言之，拒絕自我入罪特權之保障範圍是否包含檢查身體處分行為？本章中將從各論的角度，分析檢討目前在學說及實務上較受到討論的血液採取、吐氣檢測、DNA採樣、測謊及配合指認等處分的性質，以及其各別與拒絕自我入罪特權的關聯。

第五章為本文之結論，綜整前三章主要之爭議及內容，包括檢查身體處分之體系定位、相關要件及拒絕自我入罪特權之保障範圍等，提出本文的研究發現及建議，期能對檢查身體處分帶來一些新思維，以達成研究此一議題之目的。

## 第二章 檢查身體處分之意義、種類及性質

本章將探討所謂「檢查身體處分」究何所指，透過國內學說之闡述，因規範方向不同故產生不同之分類，而影響檢查身體處分規範寬嚴之最主要決定基準，乃在於基本權侵害之高低，故接續將檢查身體處分可能侵害之基本權作一論述。然循前述之分類可知，檢查身體之態樣並非單純地可以絕然劃分，概念上多會有所重疊，而檢查身體究屬搜索之性質或為鑑定、勘驗之性質，甚至為一獨立型態之強制處分？本文將透過對外國立法例之介紹一一加以探討。

### 第一節 檢查身體處分之意義及種類

#### 第一項 檢查身體處分之意義

我國法制設計上，被告在證據法上之地位可分為「人的證據方法」及「物的證據方法」，以被告之身體或其他特徵作為證據者，是為物的證據方法，如被告之身高、體重、容貌、指紋、足跡、傷痕、身體缺陷。檢查身體，乃調查物的證據方法，與使被告為陳述係人的證據方法不同<sup>1</sup>。人身證據關係到人性尊嚴之維護及生命身體安全之保障，因此特以「檢查身體」之方式行之。

關於檢查身體的基本定義，學說上有謂「藉以發現指紋、足型、身長、體重、容貌、體格、傷痕或其他身體上的特徵。且檢查身體，並不限於外部的檢查，內部的檢查，如血液之檢查，亦包括在內<sup>2</sup>。」另有謂「所謂檢查身體，並包含要求被告或證人提供毛髮、血液、胃液、精液、指甲垢、尿、指紋、掌紋、腳印等，出自身體或附著於身體之物<sup>3</sup>。」亦有謂檢查身體的概念極其廣泛，但基本上係指「以人的身體本身（含其組織、成分）之物理性質、狀態或特徵作為證據目的之處分，也就是透過對人的裸身進行觀察、採集或檢驗，以便判別、推論構成要件該當性、責任能力等相關

<sup>1</sup> 陳樸生，刑事訴訟法實務，作者自版，1998年9月，頁68~69。

<sup>2</sup> 陳樸生，同註1書，頁253~254。

<sup>3</sup> 黃東熊 吳景芳，刑事訴訟法論，三民書局，2001年10月，頁237。

事實的干預措施；但解釋上，已經進入體內的異物由於已經附著於身體內部，因此也是屬於檢查身體處分<sup>4</sup>（參照我國刑事訴訟法第 205 條之 1：其他出自或附著身體之物）。由上可知，在我國刑事訴訟法中，所謂之「檢查身體」並未有相關定義性之解釋規定，而是散見於鑑定及勘驗章節中作簡單之敘述規定，似將「檢查身體」作為證據調查之方法。

另參考國內碩士論文，其對檢查身體處分之意義約略可整理如下：「所謂檢查身體，即指透過五官作用認識受檢查人之身體外部或以專業的採集或檢驗方式得知受檢查人之身體內部狀態或性質的措施<sup>5</sup>。」「所謂之檢查身體，係指法院為確定刑事訴訟程序上重要事實，以物理力侵犯被檢查者之身體，有造成身體侵害之虞之強制處分措施。而檢查身體之措施，主要係指以物理力侵犯被檢查者之身體；此處所重者，為檢查身體之行為係由外部所加諸於受檢查者身體之限制，而其外力之侵犯包含對受檢查者身體外部及內部之侵犯，如抽血、導尿，甚至服藥後催吐，亦屬之<sup>6</sup>。」「人之身體本身特徵或物理性質，以之作為證據之處分行為，包括採取分泌物、排泄物、血液、指紋、聲調等，而採取其他出自或附著身體之物亦屬之<sup>7</sup>。」此些略可作為參考。

綜上，本文認為檢查身體處分學者從各種不同角度分析或可得出各種不同之定義，其態樣範圍亦隨之有所增減，故要以一明確之文字作敘述或訴諸於刑事訴訟法之條文化誠屬不易。

## 第二項 檢查身體處分之種類

一般國內文獻在探討檢查身體處分之種類時，大致可分為下列四類：

### 一、以受檢查對象區分

從受檢查之對象可區分為：對被告或犯罪嫌疑人之檢查身體與對被告以外之第三人為檢查身體。前者如我國刑事訴訟法第 205 條之 2，檢察事務官、司法警察官或司法警察對人民為檢查身體處分時，僅能對「經拘提

<sup>4</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法（上），作者自版，2006 年 9 月，頁 393。

<sup>5</sup> 陳貞卉，論侵入性檢查身體處分，國立台北大學法學系碩士班碩士論文，2004 年 6 月，頁 6。

<sup>6</sup> 蕭明東，論檢查身體之強制處分，國防大學國防管理學院法律學研究所碩士論文，2003 年 6 月，頁 11。

<sup>7</sup> 陳筱屏，對被告侵犯性之身體檢查，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 7~8。

或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告」為之，反面解釋可知對被告以外之第三人不得為該條之檢查身體處分。後者如第 215 條第 1 項，檢查身體如係對被告以外之人，以有相當理由可認為於調查犯罪情形有必要者為限，始得為之。

以此為區分標準之目的在於，基於比例原則，對後者發動此等干預處分應受特別之限制。被告在刑事訴訟上為審判之對象，為確保其到場或防止其逃亡或湮滅證據，在訴訟上必須忍受一定之處分乃屬當然。但第三人原非刑事訴訟程序之審判對象，亦不具主體地位，而係與審判無直接關係之人，不需忍受與被告同等之種種因訴訟所帶來之不利益。然為發現真實之必要，有時亦可能對第三人實施檢查身體之處分，但此時應受特別之限制。

## 二、以受侵害程度區分

從受侵害程度可區分為：侵入性檢查身體與非侵入性檢查身體，亦有學者稱單純的檢查處分與侵犯性的檢查處分<sup>8</sup>，或體表檢查與體內檢查<sup>9</sup>等。侵入性檢查身體與非侵入性檢查身體之區別在於：所有進入人身「體內」之檢查身體行為，皆屬於侵犯性檢查身體處分，因此，包括以物理力穿透身體皮膚表面之抽血行為、以插入胃鏡之方式觀看體內之胃物等，以及在一些雖不具以物理力穿透身體進入到人身體內，但以 X 光照射、超音波掃瞄等方式檢查體內之組織及內含物亦屬之。換言之，雖非以物理力之方式侵入人身體內，但同樣有侵害身體權中之身體健康權之情形，亦屬侵入性檢查身體處分行為<sup>10</sup>。故只要侵犯到身體完整權或身體健康權者，即屬侵入性檢查身體。

然如何界定「體內」這個概念？身體自然開口，例如口腔、耳穴、肛門等，對此些部位找尋證物之行為是否亦屬於侵入性檢查身體處分？此種檢查身體行為在美國法上被認為「體穴搜索 (body cavity searches)」。對身體搜索係指尋找藏匿於衣服內外或附著在身體表面的物品，所稱身體表面包含口腔、耳穴在內的身體自然開口，對於此類身體自然開合的孔穴搜索，即為體穴搜索。體穴搜索通常所欲搜索的物品為非屬身體本身或其組織成份的外來異物，並且也不需要藉助醫療輔助器材來取得<sup>11</sup>。因此，

---

<sup>8</sup> 林鈺雄，同註 4 書，頁 397；吳俊毅，刑事訴訟上身體檢查措施被告忍受義務之界線，刑事法雜誌，第 53 卷第 2 期，2009 年 4 月，頁 92~93。

<sup>9</sup> 林俊益，刑事訴訟法概論（上），新學林出版股份有限公司，2005 年 9 月，頁 345。

<sup>10</sup> 陳筱屏，同註 7 文，頁 1。

<sup>11</sup> 林鈺雄，對被告/犯罪嫌疑人的身體檢查處分，台灣本土法學，第 55 期，2004 年 2 月，頁 67。

若對於身體表面之開孔部分為檢查時，不需借助器材輔助而可取得特定物品時，是為體穴搜索。若需要醫療輔助器材或專業人員之協助，或已穿入體內進行採取時，應屬侵入性檢查身體行為。

### 三、以檢查者區分

從檢查者的角色可區分為：法官、檢察官所為的檢查身體與檢察事務官、司法警察官、司法警察所為之檢查身體。前者例如第 212 條、第 213 條法官或檢察官得因實施勘驗而親自為檢查身體處分，後者例如第 205 條之 2，承認檢察事務官、司法警察官及司法警察等身為偵查輔助地位人員，亦得對特定人為檢查身體處分。而就法官或檢察官因實施勘驗而為之檢查身體，條文並未就發動此等行為制訂任何標準，相較於檢察事務官、司法警察官或司法警察為檢查身體時，條文規定有調查犯罪情形及蒐集證據之必要或有相當理由時始得為之，二者有所不同，是故刑事訴訟法有意以檢查者作為區分檢查身體處分發動之標準<sup>12</sup>。

而鑑定人為檢查身體處分依第 204 條及第 205 條之 1 規定，應得法官或檢察官之同意，因此雖是鑑定人發動檢查身體行為，但仍與第 212 條、第 213 條法官或檢察官因勘驗而為之檢查身體同歸類為法官、檢察官所為之檢查身體<sup>13</sup>。

### 四、以檢查目的區分

以檢查目的可將現行刑事訴訟法所規範之檢查身體區分為：以搜索為目的之檢查身體、以勘驗為目的之檢查身體、以鑑定為目的之檢查身體：

以搜索為目的之檢查身體乃指在偵查階段，偵查機關可對被告、犯罪嫌疑人或第三人之身體進行搜索，此種檢查身體乃屬於對於應扣押物之搜索行為，並非為對於身體所為之點檢，僅因在此種情況下之搜索，其檢查之範圍將及於衣服之內側以及身體之外表，可能受到侵害者為與身體隱私權有關部分，屬於廣義的「身體檢查」(即第 122 條依搜索票實施身體搜索)。

以勘驗為目的之檢查身體規定在第 213 條，屬於為了解身體外表形狀所為之檢查，透過勘驗者五官的感官知覺進行，故不需有專業知識之人即得為之，尚且依第 219 條之規定准用第 132 條，在實施檢查時亦可進行直接強制之作為。

---

<sup>12</sup> 陳筱屏，同註 7 文，頁 9。

<sup>13</sup> 陳貞卉，同註 5 文，頁 7。

而以鑑定為目的之檢查身體規定在第 204 條以下及第 205 條之 2 的採樣行為，不僅及於身體外表形狀所為之檢查，在程度上亦得對於血液、尿液或體內物之採取，屬於對於身體內部所為之一種侵襲行為，故第 198 條規定鑑定人需由就鑑定事項有特別知識經驗者或經政府機關委任有鑑定職務者，始得擔任之<sup>14</sup>。

此外，在英國，為了確定同一性，犯罪偵查時常必須從犯罪嫌疑人、被害人身上取得樣本以與犯罪現場所遺留者相比對，此稱之為身體樣本，根據英國警察與刑事證據法中關於身份確定的規定，分類為<sup>15</sup>：

一、身體內部樣本：指的是需從身體內部採取的樣本，包括血液、精液、體液，尿液、陰毛、齒痕、以及除了口腔以外的身體內部黏膜或組織採樣。

二、非身體內部樣本：其包括，除了陰毛以外的體毛樣本、從被告的指甲下所取得的黏膜樣本、口腔黏膜以及身體外部的體組織採樣、唾液、足跡或其他身體部位所留下的痕跡。

三、指紋與照相：採指紋與照相乃最傳統的同—性確定方式，且兩者常相伴而生，採指紋與照相已經成為警察逮捕人犯後的例行公事，此部分原可歸屬於非身體內部樣本之分類，但由於其例行性與侵害基本權不高，所以另將之列為一類。

四、其他：筆跡、呼氣、聲調等是，這個部分需由被告配合，且也非身體組成部分，故需另為區分。

本文認為本論文探討之重點乃在無論何種分類之檢查身體處分，該處分之性質是否會侵害拒絕自我入罪特權，著重在個別檢查身體處分之探討，故被告或第三人之區分、以檢查主體之區分、確認同一性之區分對本文而言較無實質上之意義。以受侵害程度區分因涉及基本權侵害之高低且性質差異較大，較符合本文研究動機，故為本文所採。

---

<sup>14</sup> 黃朝義，勘驗與鑑定，月旦法學教室，第 12 期，2003 年 10 月，頁 78。

<sup>15</sup> 吳景欽，從刑事訴訟法的修正談司法警察的強制採取身體樣本權-以英國 PACE 法為參考例，軍法專刊，第 51 卷第 2 期，2005 年 2 月，頁 14。

## 第二節 檢查身體處分之性質

### 第一項 與基本權之關係

#### 一、身體不受侵犯權

有學者從憲法之觀點出發，認為身體不受侵犯權，旨在確保人身體之完整性，包括外在之形體與內在之器官、組織，且並不侷限物理、外在之形式表現而已，尚包含精神即內在的心理狀態之健康。從人的物質（肉體）層面而言，是指每個人有權主張其作為人生命的物理、生物基礎之肉體與健康應不受傷害；從人的精神層面而言，是指人在心理、精神、靈魂上對其身體完整性有不受外在操控之主體地位，此種身體自主性，屬人格權中自我型塑表現形式，應不受傷害<sup>16</sup>。另有稱身體不受侵犯權，應指以自然人內外部之肉體組織為標的而所享有之權利；具體而言，即保持人之軀體、四肢完全或潔淨，不受他人妨害、任意使用或侵犯為內容之權利<sup>17</sup>。

世界人權宣言第三條宣示：「人人有權享有生命、自由與人身安全。」承認人身安全為人人所享有之權利，此人身安全即應包含身體不受侵犯權利。德國基本法第二條：「人人有自由發展其人格之權利，但以不侵害他人之權利或不違犯憲政秩序或道德規範者為限。人人有生命與身體之不可侵犯權。個人之自由不可侵犯。此等權利唯根據法律始得干預之。」明文規範身體之不可侵犯。而其刑事訴訟法第 81 條 a 第 1 項規定：「為確定訴訟上重要事實之必要，得命被告接受身體之檢查。基於此項目的實施之驗血及其他由醫師依醫療規則在檢查目的所為之身體上侵犯，如對於被告之健康別無不利之虞者，毋庸獲得被告之同意。」在在都表明了身體不受侵犯權所受到之保護。

然我國憲法本文並無條文規範身體不受侵犯之權利，凡憲法未明定之權利，可分為兩種性質，其一是自然權性質，先於國家而存在之固有權，不待憲法規定，只要作為人即可擁有；其二是因人類社會、國家發展所生

<sup>16</sup> 李震山，人性尊嚴與人權保障，元照出版社，2000 年 2 月，頁 162~164。

<sup>17</sup> 林吉鶴，指紋證據與指紋權利之研究，國立政治大學法律研究所博士學位論文，1990 年 6 月，頁 249。

之新興權利，其性質非屬固有權利者，視其性質決定，由既有列舉權利規定內涵衍生，或以憲法第 22 條為依據保障之<sup>18</sup>。有學者認身體不受侵犯權，可從我國憲法增修條文第 10 條第 6 項「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」輔以憲法本文第 7 條之平等權推演出<sup>19</sup>。有認為大法官釋字第 372 號解釋文首句即明確指出：「維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。」因此謂身體不受侵犯權雖未明文規定，同於人性尊嚴之道理，本於固有權利之性質，不須從憲法第 22 條推衍此項權利，而為人民所自然享有<sup>20</sup>。亦有認為身體不受侵犯權係維持人格尊嚴與發展所不可或缺之一般人格權利，而屬於憲法第 22 條概括基本權之範圍<sup>21</sup>。

綜上所述，在理解身體不受侵犯權保護範圍時，實不僅止於健康之保護而已，其他侵害身體完整性之行為亦應在概念中。除了犯罪嫌疑人有免於刑求之權利，也應涵蓋對於身體物理性入侵的排除，包括個人對於自身呼吸、血液、尿液及 DNA 等體內物質的控制權<sup>22</sup>。另外例如髮式之變更，甚至對受拘禁而絕食者，將人工營養強加於身體之強制措施，亦屬之。又身體不受侵犯權無論是固有權利或源自憲法哪一條文衍生而出，皆不能否認係憲法保障之基本權利，而檢查身體行為（尤其是本文所著重之侵入性檢查身體行為）是對身體的直接干預，不論其傷害之程度大小，亦不論是否出於自願，必然會產生傷害身體健康之結果，故當然會侵害到身體不受侵犯權。

## 二、人身自由權

人身自由權，係指人民有身體活動自由的權利，不受他人特別是國家機關非法及不合理之干涉或侵奪<sup>23</sup>。在整個憲法之基本權利中，人身自由實為構成一切其他權利之基礎，大法官釋字第 392 號解釋理由書即提及：「茲人身自由為一切自由之本，倘人身自由未能獲得嚴謹之保護，則其他

<sup>18</sup> 朱富美，科學鑑定與刑事偵查，翰蘆圖書出版有限公司，2004 年 1 月，頁 76。

<sup>19</sup> 李震山，從憲法觀點論身體不受傷害權，收錄於李建良、簡資修主編，憲法解釋之理論與實務第二輯，中央研究院中山人文社會科學研究所專書，2000 年 4 月，頁 508。轉引自陳貞卉，同註 5 文，頁 16。

<sup>20</sup> 朱富美，科學鑑定與刑事偵查-以人身為主，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2003 年，頁 81。

<sup>21</sup> 簡旭成，體液之證據能力及證明力，國立中興大學法律學研究所碩士論文，1999 年 6 月，頁 17。

<sup>22</sup> 簡旭成，同註 21 文，頁 17。

<sup>23</sup> 陳新民，中華民國憲法釋論，作者自版，2001 年 10 月，頁 200。

自由何有實現之可能。」故就保障事項內容而言，人身自由所保障者，乃人民隨心所欲至任何之地點；消極而言，其所保障者，乃人民隨心所欲不至任何地點之權利，換言之，人民不欲停留在其所不欲停留之地，亦屬人身自由的保障領域所及<sup>24</sup>。

人身自由權於我國憲法第 8 條之規範極為詳盡，其中第 1 項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」所謂之逮捕、拘禁、審問、處罰對人民之自由及行動影響甚鉅，在認定上應包括一切限制人民身體活動之行為，不論是囚禁於一定之處所或是強迫其停留於街市之中，只要使人民不能任意離開者，均屬之<sup>25</sup>。

故所謂之人身自由權，應係指身體活動之自由而言，在檢查身體處分過程中，無論是侵入性或非侵入性之檢查，當中必會需要暫時或長時間的拘束受檢查人之身體自由，例如：對酒駕者攔阻實施吹氣檢測、對吸毒者強制帶往警局驗尿、對涉嫌攜帶毒品入境者要求通過 X 光機檢查等，都是屬於對其人身自由的拘束，於此，受檢查人將無法依照其自我意志來行動，必然會干預人身自由。

有學者指出，無論是暫時性或長時間的拘束，檢查身體所造成人身自由侵害與羈押、搜索、逮捕或拘禁等強制處分，僅有程度（量）上的不同，侵害人身自由權的本質並無差異，故檢查身體處分將會侵害人身自由權<sup>26</sup>。

### 三、隱私權

隱私權此一權利為較近代所發展之概念，且其內涵豐富、概念範圍多元，因而造成定義上之困難。隱私權在我國保障之範圍，應包含以下三種部分：（一）基於憲法秘密通訊自由及居住自由等保障，不受無理由搜索、扣押甚至監聽之權利。（二）本於安適生活之需要，要求不受干擾之權利。（三）基於現代自動化資訊處理之發達與普遍，為控制關於自己資料之資

<sup>24</sup> 李建良，論人身自由之憲法保障-兼談 SARS 防疫措施的合憲性，思與言，第 41 卷第 4 期，2003 年 12 月，頁 120。轉引自陳筱屏，同註 7 文，頁 15。

<sup>25</sup> 林吉鶴，同註 17 文，頁 249。

<sup>26</sup> 謝秉錡，論我國身體檢查之缺失，軍法專刊，第 47 卷第 12 期，2001 年 12 月，頁 33。

訊自決權<sup>27</sup>。

上述（一）所指之隱私權，其內容應是我國憲法第 12 條之秘密通訊自由及第 10 條之居住自由，前者係指人民對於通訊內容，甚至對通訊的雙方擁有保密，不必向國家機關告知之權利<sup>28</sup>，後者係指保障人民可以享有一個安寧的居住空間，亦即人民在其所居住之房舍內可以不受國家公權力違法之侵犯，人民住居自由權既然保障人民擁有一個自由的居住空間，故此權利同時衍生出人民的「隱私權」，人民居住的空間受到憲法的保障，外力即使未「物理性」接觸的侵犯，但卻以聲、光、氣體或望遠鏡窺視等方式而「實質」侵入此領域時，亦屬於侵害了憲法所保障之住居自由權所衍生出來的隱私權<sup>29</sup>。

前述（二）之不受干擾之權利，應指對於個人心理空間有不受精神騷擾之權利，亦即最原始意義之隱私權。屬於此類隱私之類型有：1、對於他人生活安寧之侵犯 2、使他人處於被公眾誤解之處境 3、揭發他人私生活中不願意為人所知悉之事實 4、基於自己之利益，冒用他人之姓名或肖像等四大類<sup>30</sup>。

前述（三）之隱私權中所謂的個人資訊，乃指個人特徵和歷史的紀錄，而與個人成為一個獨立存在之個體息息相關，係以自動化資訊處理為加害之方式，故就被害人之立場而言，當係將「隱私權」進一步擴展至「資訊自決權」，自己能控制屬於自己之資料，而防止他人之侵害<sup>31</sup>。

隱私權在我國憲法如同身體不受侵犯權一般，並無一明文之規範，但從司法院大法官歷年來之解釋中，已有解釋觸及人民隱私權之基本問題。最早提及隱私權之大法官解釋，當屬釋字第 293 號解釋，所涉及者乃人民之財務資料應否受保障之爭議，而釋字第 585 號解釋中，大法官則更進一步的首次承認隱私權為憲法第 22 條概括規定範圍內之基本權利，該號解釋理由書中指出：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障。」而在釋字第 603 號解釋中，不但重申隱私權的定義，

---

<sup>27</sup> 翁岳生主持，資訊立法之研究，行政院研究發展考核委員會研究專案，1994 年 7 月，頁 34~39。

<sup>28</sup> 陳新民，同註 23 書，頁 255。

<sup>29</sup> 陳新民，同註 23 書，頁 211~212。

<sup>30</sup> 李翔甫，從基本權保障觀點論警察實施酒測之職權，新學林出版股份有限公司，2006 年 3 月，頁 40。

<sup>31</sup> 詹文凱，隱私權之研究，國立台灣大學法律學研究所博士論文，1998 年 7 月，頁 65。

更進一步闡述資訊隱私權的內涵：「就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。」因而，隱私權成為我國憲法之基本權利之一應無疑問。

檢查身體處分可能要求受檢查人必須脫去衣物或將其身體內部、外部裸露、暴露於他人，甚至是使用特殊器具侵入受檢查人之身體私處或性器官等平常並不為外人所能碰觸之身體部位，例如為採集尿液將導管插入尿道，此種侵害個人身體私密性之行為將使人感受到羞恥、不快及屈辱感等精神打擊。另侵犯個人身體私密性行為後取得之資訊，如血液、尿液分析鑑定結果、DNA 上的基因資訊等，係將受檢查人身體之情報、資訊曝光，違反個人資訊不公開之內涵。

各種檢查身體處分所取得的資訊，原則上在未經其同意的情況下而強制的採取或測量並予以記錄，此對於受檢查者的隱私權而言都是一種干預，換言之，由於這些檢查身體處分都直接入侵個人最私密也是與個人最密切的身體內部與體內的資訊，只有被告才能決定是否揭露，此一領域之完整自主，在隱私權之一般認定上係屬高度個人性而敏感之部份，向來皆被認為屬於個人領域自我獨立完整控制之範圍，係一應予高度保護之客體，而有不受侵擾或窺伺之正當主張權限<sup>32</sup>。

#### 四、拒絕自我入罪特權

拒絕自我入罪特權原始的意義在於禁止國家機關強迫被告成為「證人」，否則將使被告陷於偽證、藐視法庭、自我控訴的三難困境：1. 若陳述不實，將受偽證之處罰 2. 若拒絕陳述，將受藐視法庭之處罰 3. 若據實陳述，等於自我控訴自我，將被定罪科刑<sup>33</sup>。因而「任何人不得被強迫作出對自己不利之陳述」即為拒絕自我入罪特權之概略意義。

當國家對被告或犯罪嫌疑人为檢查身體處分時，強制被告自其身體內部取出證據資料以供日後追訴、論罪之證據，此是否會侵害其拒絕自我入罪特權？此處會因英美法系與大陸法系而有所不同：在英美法系中是以該

<sup>32</sup> 林建中，隱私權概念之再思考-關於概念範圍、定義及權利形成方法，國立台灣大學法律學研究所博士論文，1999年1月，頁143。

<sup>33</sup> 王兆鵬，不自證己罪保護之客體，台灣本土法學，第95期，2007年6月，頁68。

檢查身體處分是「具意思傳達性或物理性證據」而有所不同，而大陸法系中如德國，是以「主動或被動」為判定基準加以區分。然在英美法系中，何謂具意思傳達性之證據或僅具物理性之證據？二者亦難加以區分，一般認為限於口頭供述或以書面代替陳述之供述為拒絕自我入罪特權保障之範圍，然在科學採證日興、運用新型之科學儀器做為偵查方法頻繁之情形下，拒絕自我入罪特權保障之範圍是否仍以口頭供述及代替口頭供述所提出之書面證據為限？實有探究之必要。

關於拒絕自我入罪特權之意義及其保障範圍和此特權在我國是否具有憲法位階之論述，本文將在第三章中做一說明；而有關檢查身體處分與拒絕自我入罪特權二者之關聯如何及檢查身體處分之各種態樣是否有違反拒絕自我入罪特權，本文將在第四章中做一深入探討。

## 第二項 與搜索、鑑定、勘驗之關係

### 一、與搜索之關係

#### (一) 比較法之觀察

在比較法上，思考檢查身體處分與搜索之關係，較值得留意的是美國法制的運作，這與其憲法的涵攝及判例法主義息息相關。

美國聯邦憲法增修條款第4條規定：「人民有保護其身體、住所、文件與財物之權利，不受不合理的搜索與扣押，並不得非法侵犯。除有相當理由，經宣誓或有宣誓書及詳載搜索之地點或扣押之人或物外，不得核發令狀。」其中有關「人」的部分，包括身體及穿在個人身上之衣物<sup>34</sup>，故有關檢查身體之規定係納入搜索之範疇中處理，且均以個案方式加以討論處理。

1966年之 *Schmerber v. California*<sup>35</sup> 一案，本案之案例事實為原告 *Schmerber* 飲酒後駕駛汽車，結果發生車禍，原告並未在現場被逮捕，而

<sup>34</sup> 陳筱屏，同註7文，頁58。

<sup>35</sup> *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757(1966).

是到醫院治療因車禍所受的傷害時被警察逮捕。並隨後在警察的命令下，由一位經過醫學訓練的醫院醫師為原告抽取血液，以便送化學分析檢驗，血液樣本的化學分析報告顯示其血液含有酒精成分，代表犯罪當時原告是處於酒醉狀態，這份報告在審判中允許成為證據，原告也因此被加州洛杉磯市立法院判決酒醉駕車罪成立。原告上訴加州最高法院，主張其與律師商量之後拒絕了血液的抽取，但仍被強行採集血液，在這樣的情況下，血液抽取和分析報告的證據能力違反其基於聯邦憲法增修條款第 14 條「正當法律程序權利」、第 5 條「拒絕自我入罪權利」、第 6 條「辯護權」以及第 4 條「不受不合理搜索及扣押權利」，原告的抗辯全數遭到加州最高法院上訴部門的駁回，因而上訴美國聯邦最高法院。

聯邦最高法院認為對人體為侵入抽取身體一部分之體液行為，構成聯邦憲法增修條款第 4 條所稱之搜索。不論欲獲得之物屬附著於身體內一部之物（如血液、唾液、精液）或吞下之異物，或是外力射入身體之異物，只要以獲取該物為目的對人體為侵入行為時，皆須以搜索要件審查<sup>36</sup>。由於聯邦最高法院對人身搜索範圍之擴張，在 1973 年 *Cupp v. Murphy*<sup>37</sup> 案件中，聯邦最高法院認為違反犯罪嫌疑人之意思並無令狀情況下，刮下指甲內之皮膚或血液的殘屑行為亦符合增修條款第 4 條之搜索。換言之，美國聯邦最高法院對於判定是否構成「搜索」之標準在於政府對於私人受憲法保護的財產客體是否有物理性侵犯的偵查行為。則侵犯性檢查身體處分之各種行為，包括抽取分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物等行為，既是對於「人」所為之處分，亦是屬物理性的侵犯人民身體的行為。因此，在美國實務上，亦將侵犯性檢查身體處分列為搜索之概念中<sup>38</sup>。

然在 1967 年 *Katz v. U.S.*<sup>39</sup> 判決，美國聯邦最高法院有以「合理隱私期待」作為判斷國家機關行為是否構成搜索之標準出現。亦即，美國聯邦最高法院將憲法增修條款第 4 條所保障之權利，從人民之財產權轉向為人民之隱私權。而何謂合理隱私期待？其認為需符合兩大要件，第一，必須人民有展現主觀或真實的合理隱私期待，第二，必須該隱私期待被社會所承認為合理的。自此，憲法增修條款第 4 條所規範之國家機關行為，只要涉及合理隱私期待之侵害，皆屬該條所言之搜索行為。由於有些檢查身體處分行為不涉及國家機關物理力之介入，例如使用 X 光機掃瞄人身之行為以找尋是否藏有毒品或其他犯罪之證據。此種檢查身體處分雖無物理性的

---

<sup>36</sup> 陳貞卉，同註 5 文，頁 98。

<sup>37</sup> *Cupp v. Murphy*, 412 U.S. 291(1973).

<sup>38</sup> 陳筱屏，同註 7 文，頁 59。

<sup>39</sup> *Katz v. U.S.* 389 U.S. 347(1967).

侵犯行為，但不論是毒品或其他藏於人體內之物，非一般人可藉由五官所知悉的外在資訊，而今國家機關透過高科技的觀察設備來取得此一資訊，自然屬於侵害人民合理隱私期待之行為，構成憲法增修條款第 4 條之搜索的概念<sup>40</sup>。

1985 年之 Lee v. Virginia<sup>41</sup>一案，聯邦最高法院亦承認手術構成憲法增修條款第 4 條所指稱之「搜索」，並認為該條保障個人之隱私，侵入身體行為可能侵害個人對其隱私之期待。惟因偵查犯罪之需要而對個人隱私有所侵害已為憲法增修條款第 4 條允許，但其明文必須具有「合理性」<sup>42</sup>。

觀諸上揭美國聯邦最高法院之見解，其聯邦憲法增修條款第 4 條所規範之搜索扣押範圍，將身體侵入性取證亦包括在內，均強調其強制取證行為之性質，而係以合理與否來加以管控。是故美國法院將檢查身體處分行為列為搜索行為之一種，不論欲獲得之物屬附著於身體內一部之物，如血液、唾液、精液，或吞下之異物、或是外力射入身體之異物，只要以獲取該物為目的對人體為侵入行為時，皆須以搜索要件加以審查。此乃因其憲法增修條款第 4 條搜索之客體本即包括人，概念上侵入身體的搜索與身體外部的搜索皆屬之。但同時美國聯邦最高法院亦意識到，檢查身體處分行為較一般搜索文件等行為，侵害人民權利更為嚴重，因此單以相當理由及令狀原則之要求仍嫌不足，故尤其著重於侵犯性檢查身體處分之「合理性」，此亦為憲法增修條款第 4 條所言之人民有不受不合理搜索之權利，美國實務即是這樣透過判決之累積，逐步建立起不同於一般搜索住宅或文件之檢查身體行為要件。

另外，日本最高法院昭和 55 年 10 月 23 日第一小法庭裁定採取不同於多數學說的見解，認為使用導尿管對犯罪嫌疑人強制採尿的行為應視為與搜索扣押具有相同性質，故偵查機關實施強制採尿應依法院核發之搜索扣押令狀始得為之，此項見解基本上與上述美國法的思維相似。此一部分將在下文中進一步說明。

## （二）我國法制及實務

搜索，意義係指以發現被告（含犯罪嫌疑人）或犯罪證據或其他可得沒收之物為目的，而搜查被告或第三人之身體、物件、電磁記錄、住宅或

<sup>40</sup> 陳筱屏，同註 7 文，頁 59。

<sup>41</sup> Lee v. Virginia, 470 U.S. 753(1985).

<sup>42</sup> 陳貞卉，同註 5 文，頁 97。

其他處所之強制處分。我國刑事訴訟法第 122 條規定：「對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時，得搜索之。對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁記錄存在時為限，得搜索之。」所以，從搜索之對象係「被告、第三人」，抑或「被告之物、第三人之物」，可將搜索分為對人之搜索與對物之搜索。以被告為對象之對人搜索，包括對其身體的搜索<sup>43</sup>，此時，往往可能與檢查身體處分產生混淆。

關於檢查身體處分如採集尿液、血液等之行為，我國實務上之施行方式為何？我國刑事訴訟法在民國 92 年修法前，實務上多採取擴張解釋搜索概念之作法，認為搜索存在於人身上的證物，亦屬搜索概念範圍中（最高法院 91 年台上字第 5249 號判決參照）。然就尿液而言，因為尿液一定會排出身體，通常應蒐集尿液的情形都是在毒品吸食案件，犯罪嫌疑人知道麻醉藥品管理條例的處罰不會很重，可能可以交保，而且絕大部分都會查到吸食工具，犯罪嫌疑人通常都不會拒絕驗尿。但是就採集精液或血液方面，若要求之對象拒絕採樣時，實務上之做法係將搜索擴張解釋，認為對存在於人身上的證物可以做搜索，廣義上包括血液、精液在內，且搜索可用強制力，故對特定人採集體液實務皆以搜索方式為之，一般交由警方人員執行<sup>44</sup>。總括來說，對於採取人體之胃液、血液、精液等穿刺性行為，我國偵查實務上係以搜索方式為之，並認為刑事訴訟法第 131 條第 2 項規定之緊急搜索，得逕行搜索之範圍包含穿刺人身體的行為<sup>45</sup>。學者間亦有認檢查身體處分包括對身體內部之檢查，如對於犯罪嫌疑人之口腔、腸胃或肛門抑或婦女陰道而為之檢查。對於腸胃必須使用儀器為之，利用 X 光為照相檢查亦屬於對身體內部檢查。檢查犯罪嫌疑人身體內部之目的，無非在於搜索有無違禁物藏在其身體內部深處，此不失為對於身體之搜索，並認無論對犯罪嫌疑人身體外部或內部之搜索，原則上應先取得搜索票<sup>46</sup>。

然在民國 92 年修法過後是否仍能維持上述之看法頗有疑問。對人之搜索，是指為找尋身體表面（含口腔、耳穴在內之身體自然開口）或隨身所藏匿（含著身衣物之裡裡外外）的證據或物件，而發動的搜查措施。例如找尋藏匿於被告著身長褲口袋內之手槍，或如找尋藏匿於被告嘴巴內或黏

---

<sup>43</sup> 林鈺雄，同註 4 書，頁 352~353。

<sup>44</sup> 陳志龍主持，國科會專題 檢察官之偵查與檢察制度，彰化地檢署座談場次，1998 年 3 月，頁 921~923。轉引自陳貞卉，同註 5 文，頁 77；陳筱屏，同註 7 文，頁 107。

<sup>45</sup> 陳瑞仁，新法下搜索扣押之理論與實務，台灣本土法學雜誌，第 26 期，2001 年 9 月，頁 63、67。

<sup>46</sup> 蔡墩銘，刑事證據法論，五南圖書出版有限公司，1997 年 12 月，頁 223。

貼於大腿內側的違禁藥品。通常，該證據或物件屬身體以外之「異物」，並不屬於身體自然狀態的一部分。反之，檢查身體處分，通常是指以身體本身之物理性質、狀態作為證據目的的採集、檢驗處分，例如檢測體內酒精濃度所為之抽血處分，或如探知強制性交被告於犯罪時被抓傷之痕跡。不過，一般而言，只要是體「內」之檢查，尤其是必須以醫療器材輔助始能為之的穿刺身體處分，如灌腸或以嘔吐劑取出證物或如抽血檢驗、插入內視鏡於體內器官、開刀取出子彈證物等者，皆屬檢查身體而非搜索身體處分<sup>47</sup>。因此所謂之身體搜索，乃指對身體之表面或在身體之自然狀態下的凹窩及開口處進行檢查，若是涉及對身體之特定程度下之侵害者，如抽血檢驗或插入其他器具於被告身體者，已經不是對人搜索的範圍，最多只能依照檢查身體之勘驗或鑑定處分為之。另有學者認為，此種採取自身體或附著於身體之物之行為，例如：採取毛髮、指甲垢、血液、精液、胃液、尿液、聲調、筆跡、掌紋、指紋等，或採取附著於衣服或皮膚之痕跡或物質等，對人之身體言之，其保護之法益並非私生活之安寧，而係身體之安全，因此，此不得為搜索，而應以檢查身體之方法為之（我國刑事訴訟法第 204 條第 1 項、第 213 條第 2 款<sup>48</sup>）。

細觀我國刑事訴訟法對搜索及檢查身體處分之條文，不難發現其實施之目的、要件、方式、得命令實施之主體及執行人之資格等規定並不相同，例如，搜索之實施主體，依第 128 條之 2 第 1 項規定：「搜索，除由法官或檢察官親自實施外，由檢察事務官、司法警察官或司法警察執行。」此搜索之人員並不具專業醫學知識，若得任由其覺得適當之方法而為檢查身體，將有造成侵害身體或健康後果之虞。再者，相較於搜索可能侵害的權利而言，檢查身體處分之發動要件，應是比侵權程度相對輕微的搜索實施條件更趨嚴格。換言之，檢查身體處分畢竟是對個人的身體、健康的干預，通常是比搜索嚴重的干預處分，所以檢查身體的要件應該比較嚴格，發動的門檻應該比較高<sup>49</sup>。最後，如認檢查口腔、肛門等體穴、採取唾液、剪毛髮等既屬檢查身體又具搜索身體性質之處分，應適用搜索之規定，將致勘驗及鑑定之相關規定形同具文<sup>50</sup>。

綜上所述，以往實務工作上採用擴張搜索範圍以解釋此類檢查身體處分之合法性，係因可依刑事訴訟法第 132 條在必要程度內可以對抗拒搜索者使用強制力，但僅因貪圖運作上之方便，而將本質大不相同之搜索及檢

<sup>47</sup> 林鈺雄，同註 4 書，頁 394。

<sup>48</sup> 黃東熊 吳景芳，同註 3 書，頁 218。

<sup>49</sup> 「搜索新法實務問題探討」學術研討會-刑事程序法第十一次研討會，台灣本土法學，第 26 期，2001 年 9 月，頁 86。

<sup>50</sup> 朱富美，同註 18 書，頁 95~96。

查身體兩種處分牽強附會地以相同方式執行，實是忽視相對人之權利保障，故在我國檢查身體處分實不妥如美國一般將其納入搜索之概念之中。

## 二、與鑑定、勘驗之關係

### (一) 比較法之觀察

在實定法的形式上，有關檢查身體處分的用語，以及併設勘驗及鑑定處分之規範；甚至有關檢查身體的容許範圍如何？其與勘驗處分等如何區別適用等問題所存在的爭議，與我國法相較具有一定的相似性，以下，即以日本刑事訴訟法上，檢查身體與鑑定、勘驗之關係的討論為中心，做一扼要說明。

日本刑事訴訟法中有規定「檢查身體」用語的條文，可分為下列四種<sup>51</sup>：

#### 1、法院勘驗之檢查身體

日本刑事訴訟法第一編總則第十章「勘驗」第128條：「法院為發現事實而有必要時，得實施勘驗。」第129條：「勘驗得為檢查身體、解剖屍體、發掘墳墓、毀壞物件或其他必要之處分。」

#### 2、鑑定之檢查身體

日本刑事訴訟法第一編總則第十二章「鑑定」第168條第1項：「鑑定人在鑑定上有必要時，經法院許可，得進入有人住居或有人看守之宅邸、建築物或船舶，檢查身體，解剖死屍，發掘墳墓或毀壞物件。」

#### 3、偵查機關之檢查身體

日本刑事訴訟法第二編第一審第一章「偵查」第218條第1項：「檢察官、檢察事務官或司法警察職員，在認為偵查犯罪有必要時，得依據法官簽發之命令文件，實施查封、搜索或勘驗。在此情況下，檢查身體時，應該依據檢查身體之命令文件。」

---

<sup>51</sup> 本文所引之德國刑事訴訟法條文及日本刑事訴訟法條文皆參照蔡墩銘，德日刑事訴訟法，五南圖書出版有限公司，1993年7月。

#### 4、囑託鑑定之檢查身體

日本刑事訴訟法第二編第一審第一章「偵查」第 223 條第 1 項：「檢察官、檢察事務官或司法警察職員在偵查犯罪過程中認為有必要時，得要求被疑人以外之人到場，對其進行調查或囑託他作鑑定、通譯或翻譯。」配合第 225 條第 1 項：「依據第 223 條第 1 項之規定而受鑑定委託之人，經法官之許可得為第 168 條第 1 項所規定之處分。」

所謂勘驗，是以五官作用認識物（包含場所及人之身體）的存在及狀態之處分。依此，勘驗之檢查身體是以五官作用來認識證據資料，包括指紋、足型、身長、體重、容貌、體格、傷痕或其他身體上之特徵等之行為，原則上限於對身體外部之觀察或檢查，或有認為係指可以從外表觀察或觸摸等程度之行為<sup>52</sup>。所謂鑑定，是特別知識經驗的法則及將該法則適用於具體事實後所得判斷之報告。因此，鑑定是證據資料，為獲得此證據資料的證據方法就是對鑑定人及鑑定報告之詰問<sup>53</sup>。鑑定人為檢查身體處分時，不僅是身體、體重、皮膚表面等外部檢查，X 光照射、胃鏡檢查、血液及精液採取等內部檢查亦可行之。法院勘驗時，對於檢查身體內部行為可得醫師等專門人員之輔助行之，雖然是屬於法院勘驗所為，但是一般認為在這種情形下，實質上檢查之主體仍是具醫學知識的專家，與鑑定並無不同，且此時法院通常不會想到以醫師為輔助者進行勘驗，因此有必要行內部檢查之時，一般仍依鑑定之方法為之<sup>54</sup>。故關於勘驗與鑑定在檢查身體處分內容上之差別，通說是以可否行內部檢查行為為區別標準。另勘驗章中第 139 條規定得使用強制力，而鑑定章中第 168 條第 6 項並未准用第 139 條，故不得使用強制力。

在偵查機關之檢查身體中，依第 218 條第 1 項規定，應依「檢查身體令狀」為之，第 2 項另有規定無須檢查身體令狀之情形。同時因其與鑑定的檢查身體性質又不相同，因此如採血、採尿等侵入性採樣行為並不包括在偵查機關的檢查身體處分中，但是為了偵查之必要，第 223 條第 1 項配合第 225 條第 1 項，檢察官、檢察事務官或司法警察職員，可囑託鑑定人，經法官之許可，為侵入性之檢查身體處分，而依第 225 條第 2 項及第 3 項，應用法官簽發之「鑑定處分許可狀」。綜上所述，偵查機關得依檢查身體令狀進行身體外部之檢查，而欲進行身體內部檢查時，偵查機關應向法院聲請鑑定處分許可狀後，囑託特定人為鑑定。綜上約略整理如下表：

<sup>52</sup> 松本時夫 土本武司編，條解刑事訴訟法，弘文堂，平成 4 年 11 月，頁 192。

<sup>53</sup> 松本時夫 土本武司編，同註 52 書，頁 239。

<sup>54</sup> 松本時夫 土本武司編，同註 52 書，頁 256。

	侵入性檢查身體處分	使用強制力
法院勘驗之檢查身體 第 129 條	X 勘驗之性質	0 第 139 條
鑑定之檢查身體 第 168 條 法院簽發許可書	0 鑑定之性質	X 第 168 條第 6 項未準用 第 139 條
偵查機關之檢查身體 第 218 條 檢查身體令狀	X 勘驗之性質	0 第 222 條第 1 項準用第 139 條
囑託鑑定之檢查身體 第 225 條 鑑定處分許可狀	0 鑑定之性質	X 第 225 條第 4 項準用第 168 條第 6 項，第 168 條第 6 項未準用第 139 條

有上述之概念後，即可理解在日本討論容許強制採取體液時，應依何種型式之法院令狀始可為之有下列三說<sup>55</sup>：1、檢查身體令狀說 2、鑑定處分許可狀說 3、併用說。第一說之理由乃著眼於勘驗之程序，依日本刑事訴訟法第 222 條準用第 139 條之規定時，具有直接強制之規定，惟本說之缺點在於，勘驗乃是依五官作用而為證據型態之認識，為了勘驗所為之檢查身體一般認為並不包含對於身體內部證物之採集，所以持勘驗程序之檢查身體令狀實無法做為強制採取體液之依據。第二說認為應依鑑定程序為之，主要係認為伴隨身體損傷的內部檢查，應由具有專門知識、技術之人為之，而此性質上屬於鑑定，但此說之缺點在於，日本刑事訴訟法第 225 條關於偵查中委託鑑定之規定並不準用同法第 139 條得直接強制之規定，亦無準用同法第 172 條審判中為鑑定時法官得進行直接強制之規定。第三說認為應依勘驗及鑑定程序二者併為之，意即依勘驗之檢查身體令狀為直接強制，而以鑑定處分許可狀說明檢查身體亦包括身體內部之範圍。惟併

<sup>55</sup> 渥美東洋，刑事訴訟法，有斐閣，1990 年，頁 87～89；松尾浩也 井上正仁，刑事訴訟法の争点，有斐閣，2002 年 4 月，頁 78～79。

用說也有其缺點，該說一方面以體液採集非屬勘驗之檢查身體而是鑑定處分性質使用鑑定處分許可狀，但是另一方面為達直接強制目的又再回頭去使用勘驗之檢查身體令狀，因此常遭理論矛盾不一貫之批評。

在日本實務上最高法院昭和 55 年 10 月 23 日之判決改變了上述之看法，本案是犯罪嫌疑人涉嫌販賣毒品而遭逮捕，警方懷疑其有吸用毒品，而要求提出尿液但遭拒絕。警察為強制採尿目的聲請檢查身體令狀及鑑定處分許可狀後，囑託醫師強制採尿，由數名警察壓住犯罪嫌疑人之身體，由醫生以導尿管插入犯罪嫌疑人之尿道採取約一百毫升尿液，經鑑定後果然呈現吸用毒品之反應。日本最高法院認為尿液之採集具有搜索扣押之性質，偵查機關實施強制採尿時應以「搜索扣押令狀」行之，強制採尿同時亦具有勘驗行為之檢查身體性質，第 218 條第 5 項法院對於檢查身體令狀要件得加附條件之規定亦應準用，因此搜索扣押令狀上應記載命醫師以醫學上正確方法實施之要件。

這項判決改變了以往以鑑定處分許可狀與檢查身體令狀併用實施強制採集體液的實務作法，而這種以記載醫師應以醫學上正確方法實施強制採集體液條件的搜索扣押令狀，實務上便以「強制採尿令狀」稱之。所以最高法院在本判決中否決前述三種令狀的使用，並認為強制採尿具有扣押性質，另外創設了可以依據附有「允許從醫師認為在醫學上恰當的方法進行」之意旨而進行搜索扣押<sup>56</sup>。

然對於上述日本最高法院之判決，有學者認：日本對於採尿處分，必須以兩種令狀（身體檢查及鑑定）為之，事實上是對強制處分（身體檢查）與證據方法（鑑定）概念混淆不清所致，而如此適用之結果，無庸贅言，最後仍需以鑑定處分許可狀為宗，身體檢查令狀變成從屬而已，畢竟最後還是只有醫生始能為如此導尿之鑑定處分，甚而可以認為此種採尿處分，依日本法規定，鑑定處分許可狀已經足以涵蓋身體檢查令狀，又何必兩種令狀皆須齊備。日本最高法院且認為此處是搜索扣押處分而非身體檢查，更是對身體檢查與搜索之區分有所誤解所致<sup>57</sup>。

---

<sup>56</sup> 土本武司著，董璠輿 宋英輝譯，日本刑事訴訟法要義，五南圖書出版有限公司，1997 年 5 月，頁 162。

<sup>57</sup> 何賴傑，鑑定許可書與檢查身體-兼評最高法院 95 年度台非字第 102 號判決，刑事證據法祝賀呂庭長潮澤榮退、紀庭長俊乾優遇，最高法院學術研究會叢書（16），最高法院學術研究會編印，2008 年 12 月，頁 231。

## （二）我國法制及實務

我國刑事訴訟法中有規定「檢查身體」用語的條文，分別規定在第一編總則第十二章「證據」第三節「鑑定及通譯」第 204 條第 1 項：「鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，檢查身體、解剖屍體、毀壞物體或進入有人住居或看守之住宅或其他處所。」及第四節「勘驗」第 213 條：「勘驗，得為左列處分：一、履勘犯罪場所或其他與案情有關係之處所。二、檢查身體。三、檢驗屍體。四、解剖屍體。五、檢查與案情有關係之物件。六、其他必要之處分。」而有關於被告以外之第三人之檢查身體處分，分別規定在第三節「鑑定及通譯」第 204 條之 3 第 1 項：「被告以外之人無正當理由拒絕第 204 條第 1 項之檢查身體處分者，得處以新臺幣三萬元以下之罰鍰，並準用第 178 條第 2 項及第 3 項之規定。」及第四節「勘驗」第 215 條第 1 項：「檢查身體，如係對於被告以外之人，以有相當理由可認為於調查犯罪情形有必要者為限，始得為之。」

鑑定，乃指於刑事程序中為取得證據資料而委請學者、專家或機關團體，對於刑事案件之特定事物，以其專業知識或經驗，加以分析、實驗、臨床診斷而做出判斷，以作為檢察官追訴以或法庭審理之參考<sup>58</sup>。而勘驗，係指法院或檢察官直接以五官之感官知覺作用，對犯罪有關之人、地、物而為之證據與犯罪情形之調查<sup>59</sup>，由此可知，鑑定及勘驗有其目的上之不同。又第 198 條規定鑑定人必須是就鑑定事項有特別知識經驗者或是經政府機關委任有鑑定職務者方能擔任之，而勘驗因僅以五官之感官知覺作用來對犯罪情形及證據調查，自不須有專門知識經驗者即可為之，故第 212 條規定法院或檢察官得實施勘驗，故鑑定及勘驗有其實行主體上之不同。

刑事訴訟法第 205 條之 1 第 1 項規定：「鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，採取分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物，並得採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或其他相類之行為。」本條立法理由謂：「依目前各種科學鑑定之實際需要，鑑定人實施鑑定時，往往有必要採取被鑑定人之分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物，或採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或為其他相類之行為，為應實務之需要，兼顧人權之保障，爰參考德國刑事訴訟法第 81 條 a 第 1 項之立法例，於本條第 1 項明定鑑定人得經審判長、

<sup>58</sup> 林山田，刑事程序法，五南圖書出版有限公司，2001 年 9 月，頁 422。

<sup>59</sup> 林山田，同註 58 書，頁 429。

受命法官或檢察官之許可而為之，以資適用。」而德國刑事訴訟法第 81 條 a 第 1 項規定：「為確定訴訟上重要事實之必要，得命被告接受身體之檢查。」此種檢查身體之概念下尚含對身體之特定程度之侵害，例如為確認血液中酒精含量、腰部穿刺術等所做的抽血<sup>60</sup>。另從文義上亦可得知，第 205 條之 1 規定之行為應包括侵入性與非侵入性檢查身體處分。

關於勘驗處分得否為侵入性檢查身體處分？有論者認為第 213 條規定勘驗所得為之必要處分中，第 1 款履勘犯罪現場及第 5 款檢查與案情有關之物件，均係就地、物外觀為之，而第 3 款檢驗屍體，更係指對屍體之外觀為檢驗（一般稱之為相驗），而第 4 款解剖者為「屍體」，雖有侵入性之行為，但屍體並非為「人」，並無一款規定勘驗處分可對人為侵入性之身體處分。再由第 219 條規定，勘驗是準用有關搜索之規定，而非準用有關鑑定之規定，也可得知有關勘驗之檢查身體處分，不能有對人身體為侵入性檢查<sup>61</sup>。另有反對說者認為：第 213 條第 6 款之「其他必要處分」，係指第 204 條第 1 項鑑定人之鑑定處分，故應包括侵入性檢查身體處分<sup>62</sup>，且在調查證據過程中，鑑定或勘驗程序之檢查身體，仍有重疊、複合之可能，因此勘驗程序中亦可能實施侵入性檢查身體處分<sup>63</sup>。另有認為對人體之勘驗係包括對被告或第三人身體之內外部，而人體內部之勘驗如驗血等，亦包含之<sup>64</sup>。

本文以為，勘驗處分基本上乃透過法官或檢察官五官作用以取得與犯罪有關之證據，作為勘驗方法之一的檢查身體，一般而言亦以身體外部之觀察或檢查為其限度，對於身體內部之侵入及取得行為，並非其本來的意義範圍。此外，將體液採樣列進第 213 條第 6 款之「其他必要處分」之範圍亦不妥當，主要係因體液採樣與勘驗之性質不完全相同外，刑訴法關於其他必要處分之勘驗的法定程序並未設任何規範，故如將體液採樣解釋為其他必要之處分，將造成規範不足的缺失<sup>65</sup>。而勘驗處分得否為侵入性檢查身體之行為，在民國 92 年 2 月修法前即有爭議，而在修法後立法者又未對勘驗章節有任何準用或其他說明，應屬立法有意忽視，因此勘驗之檢

<sup>60</sup> Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民書局，1998 年 11 月，頁 361。

<sup>61</sup> 劉邦繡，偵查中對被告及第三人為侵入性檢查身體之強制處分-刑事訴訟法第二百零四條與第二百三十三條、第二百五條有關檢查身體為 DNA 鑑定之問題，法學叢刊，第 185 期，2002 年 1 月，頁 32~33。

<sup>62</sup> 朱富美，同註 18 書，頁 79。

<sup>63</sup> 蕭明東，同註 6 文，頁 15。

<sup>64</sup> 刑事證據法則實用之研究，司法研究年報第十輯，司法院印行，頁 78。

<sup>65</sup> 三井誠，刑事手續法(1)補訂版，1995 年，頁 63 以下。轉引自陳運財，刑事程序 DNA 鑑定之研究，成大法學，第 5 期，2003 年 6 月，頁 102。

查身體處分並不包含體液採集行為，其應屬當然<sup>66</sup>。又侵入性檢查身體處分往往涉及身體完整權之侵害，甚有影響受檢查者之身體健康，因此需有賴專業知識經驗之人始得為之，而我國實行勘驗之主體為法官或檢察官，因此可認第 213 條之勘驗目的所進行之檢查身體並不包括侵犯性檢查身體。綜上所述，「檢查身體」之用詞在我國雖規定在「鑑定」及「勘驗」章節中，但所稱之檢查身體目的不同，其所及之範圍也有所不同，故在適用上應加以區分以避免混淆。

至於鑑定或勘驗之檢查身體行為得否使用強制力之疑問，在勘驗部分因民國 92 年 2 月修法後已明文修正第 219 條準用第 132 條，若有抗拒勘驗之情形時，得使用強制力勘驗之，但不得逾必要之程度。在鑑定部分適用上則較為繁複，92 年 2 月修法增訂第 204 之 3 第 2 項：無正當理由拒絕鑑定之檢查身體處分者，審判長、受命法官或檢察官得率同鑑定人實施之，並準用關於勘驗之規定。再由勘驗第 219 條準用第 132 條而認為得使用強制力為檢查身體。

### 三、獨立之強制處分類型

#### (一) 比較法之觀察

另一方面，在立法例及學理的論述上，值得吾人參考的是將檢查身體處分定位為不同於搜索扣押、鑑定及勘驗之獨立或新型的強制處分類型，在此即以德國法制有關檢查身體之規範為中心，梳理其與搜索扣押、鑑定及勘驗之差異，以提供反思我國處理此項定位問題的參考。

德國法認為搜索與檢查身體處分是兩種不同的強制處分，前者是指以發現被告、犯罪嫌疑人或犯罪證據或其他可得沒收之物為目的而搜查被告或第三人之身體、物件、電磁紀錄、住宅或其他處所之強制處分；後者則是指以人的身體本身(含其組織、成分)之物理性質、狀態或特徵作為證據目的之處分<sup>67</sup>。既然是兩種不同的強制處分，德國法對於搜索及檢查身體處分的發動要件及執行方式都有不同的授權規定。

然實際上搜索和檢查身體處分二者很難截然劃分，德國學說以「干預

<sup>66</sup> 陳貞卉，同註 5 文，頁 60。

<sup>67</sup> 林鈺雄，同註 4 書，頁 352、393。

目的」觀點、「干預手段」觀點、「目的與手段混和」觀點來加以闡釋<sup>68</sup>：

從「干預目的」觀點出發，認為對人搜索的目的在於找尋身體表面、隨身衣物以及身體的自然開口（如口腔、耳朵、肛門）的證物，而身體檢查處分則是以身體本身之物理性質、狀態作為證據目的之處分，也就是透過對人的裸身進行觀察、採集或檢驗，以便判別、推論構成要件該當性、責任能力等相關事實的干預措施。「干預手段」觀點，則著眼於兩種處分所容許的干預方式、範圍，認為對人的搜索僅限於對人身體表面的搜索，至於人身體的自然開口，如果不需使用任何醫療器材輔助即可完成的，也包含在這個概念裡，至於檢查身體則是指所有必須「進入人身體內」的手段，尤其是必須透過醫療器材輔助的穿刺性處分。「目的與手段混和」觀點，此一目前德國通說就是以干預目的觀點為區別原則，而輔以干預手段觀點的「體內例外」，亦即以目的觀點來看，只要是以身體本身的物理狀態或特徵作為目的而為的採集或檢測，都屬於檢查身體處分；以干預手段來看，只要必須用到醫療器材輔助才能進行的體內穿刺性處分，也都屬於檢查身體的範疇。

在德國有關檢查身體之規定，係規定於該國刑事訴訟法第一編總則第七章「鑑定與勘驗」中，並可區分為對被告及第三人之檢查，茲分述如後：

#### 1、對被告之檢查身體

德國刑事訴訟法中並未對檢查身體有定義性之法律解釋規定，由第 81 條 a 第 1 項：「為確定訴訟上重要事實之必要，得命被告接受身體之檢查。基於此項目的實施之驗血及其他由醫師依醫療規則在檢查目的所為之身體上侵犯，如對於被告之健康別無不利之虞者，毋庸獲得被告之同意。」及第 2 項：「前項命令由法官為之，在急迫之情形，檢察官及其輔佐人員亦得為之。」可得知對被告之檢查身體處分需有下列要件<sup>69</sup>：

(1) 符合強制鑑定處分之必要目的：這是指鑑定處分的目的主要在確認訴訟上之重要事實，這些事實包括：即使只能間接證明犯罪的參與嫌犯的罪責，或只可能影響犯罪法律效果的判斷，均得為之。由於所確認的事實對訴訟上有重要關係，故鑑定處分是被允許的。且確認之必要性也包括嫌犯的訴訟能力，但並不包括為了確認證言的可信性而做身體的鑑定處分。這些事實可能是嫌犯「身體的特徵」或「身體的成分」或「其他出自身體之物」或「附著身體之物」或「其他生理狀況」等等。

<sup>68</sup> 林鈺雄，干預處分與刑事證據，元照出版有限公司，2008 年 1 月，頁 20~22。

<sup>69</sup> 張麗卿，鑑定制度之改革，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月，頁 135。

(2) 沒有健康損害之危險：由於強制鑑定處分包括身體的干預與入侵，故必須無害於嫌犯的身體健康，如果是持續性或是對嫌犯的身體或精神狀態有傷害時，就不能實施。如果危害健康的情形，無法以幾近確定的可能性加以排除，那麼就應認為具有危險性。因此不能單純以干預的種類判斷，而應以嫌犯的健康狀況為基準。

德國之實務見解認為，第 81 條 a 之檢查身體所為檢查之目的在於取得刑事訴訟程序中應提出之物，包括身體構造部分、體內異物及血液、胃穿刺，或被告心理狀態鑑定。如須被告配合，偵查機關應負特別告知義務，使被告基於自主意願為之。若該檢查係屬重大，有危害被告身體健康之虞，則僅能於法官命令下為之，同時亦應取得被告之同意，被告應充分了解該檢查對其可能造成何種程度之傷害，未獲被告之同意進行之身體之侵犯，只有在對被告之健康並無不利之虞時，始得准許之。此外，檢查身體均僅能於醫生親自操作為之，而具有特別危險之檢查亦應由專門醫生為之，而醫生亦係基於法官之命令為之，同時醫生僅能基於必要之目的方能對被告檢查身體。檢查身體通常由法官依命令為之，偵查程序由偵查法官命令，檢察官與其輔佐人僅於緊急狀態時方能為之。通常嚴重之檢查身體完全由法官保留。由於檢查身體最少將造成被告人身自由受限制，故僅於法官命令無法行使或行使可能來不及時，始由檢察官及輔佐人為之<sup>70</sup>。另外尚須進一步考量，所進行之檢查身體均必須符合罪行及犯罪嫌疑之輕重比例（即合乎比例原則），因此即使是無危險的腦部檢查也只有在有重大犯罪嫌疑時，方被准許之；而單純的檢查身體亦可能違反比例原則，例如該項檢查有損及人性尊嚴時（性器官之檢查），基於比例原則，亦不得為之<sup>71</sup>。

德國刑事訴訟法第 81 條 a 規範了被告有義務被動地容忍此類檢查身體之措施，但無義務為主動的參與，換言之，本條的適用並不要求嫌犯主動積極的合作，只要求嫌犯必須容忍，故當被告於接受檢查身體時無庸回答任何問題，不用接受任何測驗特別是腦波功率檢查，酒精呼吸測試或飲酒及聽力測驗，而嫌犯雖可主張並無義務積極的針對酒精檢測吐氣，但相反的必須容忍抽血<sup>72</sup>。

## 2、對第三人之檢查身體

---

<sup>70</sup> 謝秉錡，同註 26 文，頁 35。

<sup>71</sup> Claus Roxin 著，吳麗琪譯，同註 60 書，頁 363。

<sup>72</sup> 謝秉錡，同註 26 文，頁 35；Claus Roxin 著，吳麗琪譯，同註 60 書，頁 361；張麗卿，同註 69 文，頁 136。

對被告以外第三人之檢查身體部分，德國刑事訴訟法第 81 條 c 第 1 項規定：「可作為被告而現為證人者，僅於真實發見之必要而必須確定其身體上之一定痕跡，或犯罪行為所生之結果時，無須獲得其同意而予以檢查。」第 2 項規定：「其他被告以外之人，於確定其家世及驗血，若對其健康並無不利，且對於真實之發見有其必要時，無須獲得其同意而予以檢查。檢查與採血僅限醫師始得為之。」第 3 項前段規定：「檢查或驗血得依與證言拒絕之同一理由而予以拒絕。」故對第三人之檢查身體處分需有下列要件<sup>73</sup>：

(1) 必要原則之遵守：必要原則之遵守，非指最後的手段性。換言之，檢查身體對第三人，必須衡量所有情況後，再決定是否對其實施處分。例如，既有的證據資料，雖不足以澄清事實或不足以排除犯罪事實，但因有相當理由並可認為對於犯罪情形有必要，亦得對第三人實施鑑定處分。

(2) 可預期為證人之原則：指對第三人進行檢查身體者，唯有該第三人可預期作為證人者，始得為之。所稱第三人必須是可預期作為證人之人，例如，能期待證人可為陳述，對於該證人又別無其他觀察的方法（如無意識的被害人）可實施鑑定處分。簡言之，該第三人必須可期待為證人，可期待其得成為被詢問之對象。證人原則主要的目的僅在於要求某種關連性，以免偵查機關為了澄清某個特定的犯罪事實而泛泛進行一連串的檢查身體處分，也就是為了避免檢查身體處分的牽連範圍過廣。

(3) 跡證原則之要求：指為了發現真實之必要，對於第三人之檢查身體，僅限於發現存留在該第三人身體之特定痕跡或犯罪結果。所稱的痕跡，是指經由犯罪行為在該第三人之身體所引起的改變或特徵，藉此得據以推論犯罪行為及其實施方式或推論行為人者而言，例如行為人遺留在被害人體內的精液，便是此處所稱的跡證，得據以推論、判別犯罪行為、實施方式以及行為人。所稱犯罪結果，是指直接或間接因犯罪行為而在該第三人身體所造成客觀上可辨識的改變，但不必具備得推論某個特定行為人的基礎，如被害人被傳染的 AIDS 疾病，或如受害人被打斷牙齒後的齒列缺口等。因此，對於第三人的檢查身體的適用範圍，只能限制在身體表面的鑑定處分，不同於第 81 條 a 對被告或嫌犯的檢查身體可以容忍某種程度的侵害。此種身體上痕跡的鑑定處分，包括自然的身體狀態的開啟，例如，張開嘴巴檢查牙齒，但不允許身體的入侵（如抽取胃液或利用 X 光照射獲探視內部的處分）。

另值得注意的是，第 81 條 c 第 3 項規定，若該第三人如享有拒絕證言

---

<sup>73</sup> 林鈺雄，同註 68 書，頁 106~109；張麗卿，同註 69 文，頁 134。

權時，則應享有拒絕接受鑑定處分之權限。因為該等被檢查之人將來都有可能被傳喚為證人，故得依與拒絕證言之同一法理，加以拒絕。故有拒絕證言權之人有權拒絕接受檢查，且必須告知其有此項拒絕的權利<sup>74</sup>。

而第 81 條 b 規定：「為刑事訴訟進行之目的或為辨認之目的所必要時，得違反被告之意思而予以照像或取得其指紋、測量身體或為類似之行為。」本條之立法目的在於執行辨識職務所為的強制處分，所謂「類似之行為」也應循此同一解釋，不是用以確認被告身分的措施例如量血壓或採集呼氣即非類似之行為，故對於比較嚴重的身體侵入的行為，如抽取血液或胃液等，不得為之<sup>75</sup>。

從上述條文之規定及說明可知，德國刑事訴訟法雖將檢查身體規定在鑑定與勘驗章節中，不過，其係將檢查身體當成獨立之強制處分類型而為規定，與拘提、逮捕、羈押、搜索、扣押等傳統型態的強制處分性質相同，屬於獨立型態的刑事訴訟上之基本權干預<sup>76</sup>，因此除須符合法定原則外，更須注重採取之方式應符合比例原則。

## （二）我國法制及實務

傳統一般在理解強制處分時，帶有物理力或強制力之行使才屬強制處分，因此，如逮捕、搜索、扣押等偵查行為帶有物理力之行使，即被認定為刑事訴訟法上之強制處分。然隨著科技之進步，照相錄影、監視監聽、測謊、使用熱顯像器取得房屋內資訊等犯罪偵查手段亦常常被使用，這些偵查手段雖然並無直接之物理力或實質強制力之介入，但是無形中仍是對人民之權利造成相當程度之侵害，若採用強制力之行使作為界定強制處分之見解，顯然無法合理地規範這些刑事訴訟法所未明定之偵查行為。因此，對於個人基本權利有所干預之行為，亦應屬強制處分。而檢查身體處分中，有些行為雖有強制力介入，如抽血、催吐等，因而明顯屬於強制處分之行為，但有些則並未存在一物理力之侵入，如 X 光機檢測，但是仍會構成人民隱私權及身體權之侵害，應認其亦為強制處分態樣之一。實務上 95 年度台非字第 102 號判決亦表示：刑事訴訟上檢查身體及其採樣等處分，係為便利執行鑑定，以判別、推論犯罪相關事實，而對人之身體進行觀察、採集或檢驗之取證行為，乃鑑定之前置準備，常為鑑定之必要處分，

<sup>74</sup> 張麗卿，同註 69 文，頁 134。

<sup>75</sup> 張麗卿，同註 69 文，頁 136。

<sup>76</sup> 林鈺雄，同註 68 書，頁 61；同此見解：何賴傑，同註 57 文，頁 228。

或對人之身體健康及不可侵犯性等基本權造成干預、侵害，而具有強制處分之性質。

然我國法向來的問題是，忽略檢查身體處分為獨立型態的基本權干預，以致於強制處分章節未設其授權規範，也無干預主體、干預對象及其他干預要件的詳細規定，因此，類似處分只能躲躲藏藏、勉勉強強求諸於證據章的鑑定、勘驗及特別法的破碎授權（如毒品危害防制條例第 25 條之採驗尿液授權）<sup>77</sup>。

證據取得及證據調查程序是不同的概念，通常具有先後關係，例如警方得否以及如何取得嫌疑人藏匿於身體的白色粉末，這是強制處分/刑事訴訟之基本權干預層次所要規範的事項；反之，取得該白色粉末之後，將其送請鑑定是否為安非他命，則屬後段之證據調查程序，基於嚴格證明法則之要求，在此應依證據章所定鑑定人之證據方法來處理。同樣的問題套在採樣處分，例如採集嫌犯殘留於被害人身體內之精液以及抽取嫌犯之血液，屬於前段的強制干預處分；將該兩體液樣本送請鑑定人檢測並比對 DAN 遺傳特徵是否屬於同一人，則是後段的證據調查問題，在此也是涉及鑑定人之證據方法。由於以上兩類型的訴訟行為，程序目的、種類及階段有別，因而，所應適用之支配原則的立法考量，也大不相同。在前段，即取得證據的強制處分層次，重心在於基本權干預及其正當化（合法化）要件，尤其是各該干預發動與執行的實體門檻（如要求何等犯罪嫌疑程度）與程序要件（如是否採行法官保留原則）問題。反之，在後段，即對已經取得之證據的調查程序，由於原則是審判期日的一環，因此重心在於如何達成嚴格證明法則的要求（此即我國刑事訴訟法第 155 條第 2 項所稱之「合法調查」），包括應使用何種法定證據方法（如勘驗或鑑定）、應如何踐行該證據方法之特別程序（如鑑定人之具結、拒卻）、應如何遵守審理的共同原則（如命鑑定人出庭以直接審理並受詰問）<sup>78</sup>。

民國 92 年修法將檢查身體處分列為鑑定一節中，顯然是忽略檢查身體處分可能侵害被告多項憲法上之基本權利，因而具備強制處分之性質；又將強制處分與證據調查二者體例誤置，致使無法掌握檢查身體處分之概念，導致忽略其本應在符合憲法之要求下，於刑事訴訟法中設定適當之規範要件；如此解釋不僅使學說討論僅注重檢查身體究竟為鑑定或勘驗之差別，實務運作上亦因程序規定不清，遂純以訴訟程序進行順利為執行之考量，徒生爭議。基於以上的認知，檢查身體處分是獨立於調查程序之外的

---

<sup>77</sup> 林鈺雄，鳥瞰二〇〇三年一月刑事訴訟之修法，台灣本土法學，第 45 期，2003 年 4 月，頁 238。

<sup>78</sup> 林鈺雄，同註 68 書，頁 9~10。

干預類型，因此原則上應在強制處分章節予以獨立規範，而非依附規定在鑑定或勘驗的證據調查章節，否則將會模糊問題的焦點，造成以不適當的鑑定之一般規定而規範檢查身體之特別干預的立法缺失<sup>79</sup>。

本文以為取證行為由於侵犯被告基本權，具有強制處分之性質，即應受到司法審查的節制與監督乃屬當然，檢查身體處分即是在取得相關跡證，再透過法庭上之調查程序來形成證據，故檢查身體處分具有強制處分之性質應無疑問。我國法制乃將檢查身體處分規定在鑑定與勘驗章節中，本文以為此似繼承舊法之體系，應可將其更細緻地獨立規範，故建議另行於強制處分體系中增定檢查身體處分一章。此外本文認為鑑定及勘驗本身可同時為證據蒐集與調查證據之性質，非單僅屬於證據調查之程序，故不會有將檢查身體處分規範在鑑定或勘驗章節中即否定檢查身體為強制處分之情形，惟立法體例上似可再細緻化，建議可於證據章節體系中增定檢查身體處分一節。

### 第三節 小結

刑事程序中所謂檢查身體處分係指：為確定刑事訴訟程序上之重要事實，透過五官作用觀察、認識受檢查人之身體外部狀態及特徵或以專業的採集、檢驗方式得知受檢查人身體內部跡證或性質之行為。而在此意義之下不難發現檢查身體處分著重在身體內部的侵犯性，此種處分行為侵害了受檢查者之各項基本權利，包括了身體不受侵犯權、人身自由權、隱私權等，因此，國家機關欲從人民身體取得證據，包括實施之條件、目的、取證範圍、方法、能否使用強制力、被實施檢查或侵犯對象可否拒絕等均有必要加以規範釐清。

在美國法上係將檢查身體處分行為列為搜索行為之一種，此乃因其憲法增修條款第4條認為檢查身體亦為身體搜索，搜索之客體本即包括人，概念上侵入身體的搜索與身體外部的搜索皆屬之。在日本，雖然最高法院裁判曾認定強制採尿之處分與搜索扣押具有相同之性質，然多數學說認為牽涉侵入身體內部之檢查時，仍舊是以鑑定之方法進行，因此關於勘驗與鑑定在檢查身體處分內容上之差別，是以可否行內部檢查行為為區別標準，亦即於偵查階段，偵查機關得依檢查身體令狀進行身體外部之檢查，而欲進行身體內部檢查時，偵查機關應向法院申請鑑定處分許可狀後，囑

---

<sup>79</sup> 林鈺雄，同註 68 書，頁 10。

託特定人為鑑定。在德國對於檢查身體處分，明文在刑事訴訟法中直接歸類成不同於搜索或鑑定或勘驗之另一種強制處分類型。

反觀我國法制，所謂強制處分在客觀上多半帶有物理性質強制力之行使，因此傳統學說認為逮捕、搜索、扣押物品等於刑事訴訟上對受處分人所施加之強制措施為強制處分之內涵。但隨著科技的進步，拍照攝影、監視監聽、測謊等科技儀器於犯罪偵查之經常利用，這些偵查手段雖然並無實質強制力之使用，但是無形中仍是對當事人之權利造成相當程度之侵害，因此有認為，對於個人基本權利有所干預之行為，亦屬強制處分，因而稱為刑事訴訟上之基本權干預。檢查身體處分不可避免地對於個人之基本權利有所干預，故多數學者及文獻皆肯認檢查身體處分具有強制處分之性質，然現行刑事訴訟法中檢查身體被規定在鑑定及勘驗章節中過於簡略，且形成先行用鑑定或勘驗之概念限制檢查身體之行為，其後解釋及適用上即受制於原先鑑定或勘驗相關規定，因而造成概念上之誤解，故本文建議檢查身體處分應屬於獨立之強制處分態樣，應與搜索、扣押、羈押等強制處分一樣分開規定，在第一篇總則中另新增「檢查身體」一章，或於證據章中另新增「檢查身體」一節，並對發動主體、發動條件、實施條件等獨立做詳盡規定。

惟不可否認者，檢查身體處分有時確有透過五官作用觀察、認識受檢查人之身體外部狀態及特徵，此時這種非侵入性檢查身體處分如何與一般概念之勘驗作區分實為一棘手問題；而以專業的採集、檢驗方式得知受檢查人身體內部跡證或性質之侵入性檢查身體處分如何與一般概念之鑑定作區分亦為一困難課題。本文以為檢查身體處分其目的係為取得鑑定或勘驗之資料，以供鑑定人鑑定化驗得出該資料之成分做成鑑定報告，或供法官、檢察官觀察以獲取心證，應屬資料取得之「手段」，該取得之物或樣品本身，並非直接作為法庭上之證據，應成為證據者是將該已取得物之分析結果，由鑑定人出庭經鑑定調查程序後所獲得之內容，或由法官、檢察官當庭經勘驗調查程序後所獲得之內容。

國內學說有謂鑑定與勘驗乃具有偵查行為屬性，應受偵查原理原則（包括強制處分法定原則、比例原則、偵查不公開原則）之規範<sup>80</sup>。本文對此見解深表贊同，蓋鑑定或勘驗樣本不可能憑空出現於鑑定人或勘驗實施者面前，而必須透過採樣、取證的動作，此一過程即係鑑定、勘驗之前階段作為，亦係二者具有偵查蒐證屬性的理由<sup>81</sup>。故鑑定或勘驗其在偵查中亦可為之，在審判中則是證據調查程序之一環，實兼具證據蒐集與證據

<sup>80</sup> 黃朝義，刑事訴訟法，一品文化事業有限公司，2006年，頁121。

<sup>81</sup> 黃朝義，同註80書，頁230。

調查之性質。然因現行法體例設計將鑑定與勘驗放在證據章節中，導致容易忽略鑑定與勘驗之強制處分性，易造成混淆。又檢查身體處分亦規定在鑑定及勘驗章節中，更容易誤解檢查身體處分是否包含於鑑定或勘驗程序中。

本文觀察國內文獻對目前刑事訴訟法立法體例之批評，儘管學說見解並未一致，惟以「基本權的干預」作為強制處分之判斷基準，區分證據之「取得」及「調查」階段以適用不同之程序規範，而不墨守於現行立法體例之章節架構，應是目前多數學者之共識。



### 第三章 拒絕自我入罪特權之理論及其保障範

#### 圍

本章從拒絕自我入罪特權之法理基礎論述為出發，並以美國聯邦憲法增修條款第 5 條為中心來加以開展，另為求概念之釐清，分就英國、日本及德國該一特權之歷史沿革簡略介紹，希冀能進一步瞭解該特權之意涵及保障範圍。

然對於國內文獻上之探討，有將美國聯邦憲法增修條款第 5 條認為係「緘默權」之規定<sup>82</sup>，亦有認為係「不自證己罪權利」之規定<sup>83</sup>，尚有認為係「拒絕自我負罪特權<sup>84</sup>」、「自己負罪拒否特權<sup>85</sup>」等，其用語分雜、內容各有所指。本文統一以「拒絕自我入罪特權」此一用語來描述說明美國聯邦憲法增修條款第 5 條所表彰之權利。最後回看我國法制，將拒絕自我入罪特權由憲法觀點推論而出，進而論及此一特權在我國法上之展現及適用範圍。

<sup>82</sup> 陳連順，刑事默秘權之比較研究，法學叢刊，第 123 期，1986 年 7 月，頁 115；田正恒，刑事被告之沈默權，法令月刊，第 39 卷第 2 期，1988 年 2 月，頁 7；朱朝亮，緘默權之研究，刑事證據法則之新發展-黃東熊教授七秩祝壽論文集，學林文化事業有限公司，2003 年 6 月，頁 296。

<sup>83</sup> 謝秉錡，同註 26 文，頁 33；吳巡龍，我國宜否擴大採用認罪協商制度以減輕司法負擔，台灣本土法學，第 50 期，2003 年 9 月，頁 96；林輝煌，論證據排除-美國法之理論與實務，元照出版有限公司，2003 年 9 月，頁 102；王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照出版有限公司，2004 年 9 月，頁 333。

<sup>84</sup> 王兆鵬，審判階段緘默權之理論研究（上），月旦法學雜誌，第 16 期，1996 年 6 月，頁 96；吳景芳，各國緘默權之發展趨勢，全國律師，1999 年 5 月，頁 48；溫祖德，美國緘默權之發展趨勢，憲政時代，第 27 卷第 1 期，2001 年 7 月，頁 58；黃朝義，無罪推定-刑事訴訟程序之運作，五南圖書出版公司，2001 年 8 月，頁 7。

<sup>85</sup> 陳運財，刑事訴訟與正當之法律程序，月旦出版社股份有限公司，1998 年 9 月，頁 321。

## 第一節 拒絕自我入罪特權之理論及區辨

### 第一項 拒絕自我入罪特權之理論基礎

關於拒絕自我入罪特權之理論基礎，觀諸國內外文獻呈現眾說紛紜之局，然可以確定的是此些理論基礎並非彼此互斥或處於擇一關係，而是可以立於同時存在之地位，茲將重要之理論基礎整理如下<sup>86</sup>：

從保障人權之觀點出發，拒絕自我入罪特權乃在保護無辜被告，美國聯邦最高法院在 *Murphy v. Waterfront Commission* 案中曾表示拒絕自我入罪特權「有時雖然是罪犯的庇護所，但也通常是對於無辜者的保護」，此權利係在保護無辜之被告，避免因其在證人席上的拙劣表現而被認定自己有罪之情事發生。

從維護被告權利之觀點出發，拒絕自我入罪特權乃在防止刑求，此特權乃係一種預防方法，其可以避免刑事司法系統於審判追訴時任由壓迫的、殘虐的權力恣意發動。申言之，若被告無此權利，政府將可以用各種強制方法，包括刑求逼供強迫被告自白。

從權利均衡之觀點出發，拒絕自我入罪特權乃在維持政府與人民的權利均衡，偵查機關與人民在審判階段，應維持權力的均衡關係，此時檢方必須負全部的舉證責任。而賦予被告拒絕自我入罪特權為達成此一均衡關係的不二法門，被告有此特權後，才有可能與檢察官於審判中公平競賽，才有可能與檢察官有同等的機會贏得訴訟。

從人道待遇之觀點出發，拒絕自我入罪特權乃在避免被告受殘酷不人道的待遇，此並非指刑求或是威脅利誘等待遇，而是指單就「讓被告入自己於罪」這件事即是對被告殘忍不人道的待遇。強迫自入於罪於被告的內心已是極為痛苦，在程序中更面臨了所謂三難困境：虛偽陳述將會遭受到

---

<sup>86</sup> 王兆鵬，同註 83 書，頁 312~317；王兆鵬，同註 84 文，頁 96~99；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，1997 年 6 月，頁 27~41；溫祖德，刑事訴訟法上緘默權理論之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1998 年 6 月，頁 43~51；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，2003 年 6 月，頁 22~31；蔡鎮宇，行政法上強制揭露義務與不自證己罪權利之關係-以美國法為核心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2007 年 6 月，頁 15~25；邱千育，公務人員的服從義務與不自證己罪，中央警察大學法律學研究所碩士論文，2008 年 6 月，頁 49~58。

偽證罪的處罰、拒絕陳述則將受到藐視法庭的處罰、據實陳述則等於自己控訴自己，將被定罪科刑。

## 第二項 拒絕自我入罪特權之區辨

拒絕自我入罪特權原始的意義在於禁止國家機關強迫被告成為「證人」，否則將使被告陷於偽證、藐視法庭、自我控訴的三難困境：1. 若陳述不實，將受偽證之處罰 2. 若拒絕陳述，將受藐視法庭之處罰 3. 若據實陳述，等於自我控訴自我，將被定罪科刑<sup>87</sup>。因而「任何人不得被強迫作出對自己不利之陳述」即為拒絕自我入罪特權之概略意義，此特權在我國顯諸於被告則為緘默權，如刑事訴訟法第 95 條第 2 款，被告無須違背自己之意思而為陳述；顯諸於證人則為拒絕證言權，證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，如刑事訴訟法第 181 條所訂<sup>88</sup>。本文在此即嘗試將拒絕自我入罪特權與無罪推定原則、拒絕證言權、緘默權三者之關係作一釐清，尤其拒絕自我入罪特權與緘默權二者在概念上是否相同之問題，特別值得吾人去注意研究。

### 一、拒絕自我入罪特權與無罪推定

無罪推定原則之意涵乃被告在法律上被證明有罪之前，應被推定為無罪。亦即，被告之罪責必須於合乎訴訟規則之程序，被證明至令法院產生確信之心證程度後，法院始能對其為有罪判決。依刑事訴訟法第 154 條第 1 項規定：被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。同法第 301 條第 1 項規定：不能證明被告犯罪應諭知無罪判決。此之證明必須達到「有罪判決之確信」之程度，對於被告犯罪已無任何「合理之懷疑」，倘若法院對於被告有罪一事，存有合理之懷疑，則對於被告犯罪嫌疑並未達到有罪判決之確信程度，應該依照無罪推定原則而判決被告無罪。

無罪推定反面論述即是課予刑事追溯機關之舉證責任，被告無庸證明自己為無罪，應由檢察官舉證證明被告為有罪，而此舉證責任包括提出證據責任，及說服裁判者被告為有罪的責任。故拒絕自我入罪特權與無罪推定原則各有其發展脈絡及核心宗旨，前者乃是抵抗中古以來的職權宣誓制

<sup>87</sup> 同本文註 33。

<sup>88</sup> 王兆鵬，論新修刑訴之證人不自證己罪，台大法學論叢，第 34 卷第 1 期，2005 年 1 月，頁 48。

度（詳本章第二節第一項），因違反人性而發，後者則是阻斷國家追訴機關的有罪預斷心態。另拒絕自我入罪特權只要「人民」有陷於自證己罪的人性衝突便有其適用，而無罪推定原則的適用對象，僅在於刑事審判程序中的「被告」而已<sup>89</sup>。

## 二、拒絕自我入罪特權與拒絕證言權

美國證據法權威 Wigmore，其認為應將美國聯邦憲法上之「任何人」不得被強迫在任何刑事案件中對自己為不利益供述，區別為「被告之緘默權」與「證人（指非被告之證人）之拒絕證言權」二種權利，並個別探求其存在理由<sup>90</sup>。復認為一般拒絕證言權之基本原則有四：第一、其所拒絕陳述之內容，必須基於互相信賴所得知之消息，而不願其洩露者。第二、此項信賴，必須為維持雙方關係之重要因素。第三、此項關係，基於一般公眾意見，有審慎維持之必要。第四、因洩漏之結果所加於雙方關係之損害，須大於因其拒絕所加於司法方面之損失<sup>91</sup>。

證人經合法傳喚後，其即負有到場、具結（宣誓）與證言（供述）之義務，而證言義務係指證人就其觀察所得之事實負有陳述之義務，本係國家為維持其正常作用基本的義務，僅國家始享有強制其履行義務之權力。但若證人因具有特定關係或就特定事項為保護其利益或確保供述之真實性，則需肯認證人有拒絕證言之特權，此為英美法制與大陸法制所共認<sup>92</sup>。易言之，法律規定係以人民有證言義務為原則，惟從立法政策考量，在必要情形下另為例外之規定。

拒絕自我入罪特權與拒絕證言權之區辨有下列幾項：

第一、拒絕自我入罪特權就美國法制而論，其行使主體包含被告與證人；就日本與我國法制而論，證人行使之拒絕自我入罪特權稱為拒絕證言權。

第二、日本與我國，對證人之證言可能使其近親受到刑事追訴或處罰

---

<sup>89</sup> 王士帆，不自證己罪原則，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004年7月，頁93。

<sup>90</sup> 朱朝亮，同註82文，頁316。

<sup>91</sup> 李學燈，證據法比較研究，五南圖書出版有限公司，1992年4月，頁588~589。

<sup>92</sup> 陳樸生，刑事證據法，作者自版，1997年5月，頁277。

時，亦涵蓋在其拒絕證言權得行使之範圍<sup>93</sup>，而在英美法制僅被告或證人「本身」有入罪可能時方可主張拒絕自我入罪特權，其立法考量乃在避免三難困境之產生。

第三、英美法制中尚有豁免制度之設計，證人若得到豁免，則不得再行使拒絕自我入罪特權，即需履行其供述義務，但日本與我國並無相關規定。

第四、日本與我國證人之拒絕證言權主張前需先釋明原因<sup>94</sup>；英美法制則無相同規定，惟其證人於主張時需經法官決定是否有入罪可能，故在效果上似可認為趨向一致。

### 三、拒絕自我入罪特權與緘默權

本文認為拒絕自我入罪特權乃承襲美國聯邦憲法增修條款第 5 條而來，意指「任何人不得被強迫為不利於己之證人」(詳本章第二節第二項)，而緘默權乃指「刑事程序中之被告，自程序進行之始至程序終了時，得始終保持緘默、不為陳述之權利」(詳本章第三節第三項)。故其二者之區辨有下列幾項：

第一、拒絕自我入罪特權所稱之「任何人」，其行使主體包含被告與證人；而緘默權則僅指被告而不包含證人。

第二、拒絕自我入罪特權適用範圍並不限於刑事程序，如民事程序、行政聽證程序等亦有適用；而緘默權僅在刑事程序中方有適用。

第三、緘默權乃著重於被告有不為陳述之權利，拒絕自我入罪特權則不僅是能拒絕陳述，凡是會表達人之所思、所信、所知的內容，或可傳達人之思想、心理、認知之證據，而在未來有可能為刑事追訴的證據者，均

---

<sup>93</sup> 日本刑事訴訟法第 147 條：任何人對於下列之人有可能受到刑事追訴或受到有罪判決之證言，得拒絕：(1) 自己之配偶、三親等內之血親或二親等內之姻親，或曾與自己有此等親屬關係之人。我國刑事訴訟法第 181 條：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。

<sup>94</sup> 若未釋明依據日本刑事訴訟規則第 121 條第 2 項之規定，法院即可以告以證人將受科料或其他制裁之旨，而命其證言。我國刑事訴訟法第 183 條第一項：證人拒絕證言者，應將拒絕之原因釋明之。但於第 181 條情形，得命具結以代釋明。

為拒絕自我入罪特權保護之客體<sup>95</sup>。

換言之，拒絕自我入罪特權其意義較緘默權為廣，拒絕自我入罪特權是緘默權的上位概念，而緘默權是拒絕自我入罪特權的核心內涵。凡是其陳述將可能使自己本身在未來遭受到刑事追訴者，皆屬拒絕自我入罪特權的保護範疇內，而不僅侷限於緘默權的賦予。雖說如此，但二者之概念內涵仍十分相似，尤其在美國其皆係指聯邦憲法增修條款第5條之內容，是故，仍有許多學者均直稱拒絕自我入罪特權為緘默權<sup>96</sup>。

#### 四、緘默權與拒絕證言權

拒絕自我入罪特權落實在證人之權利其理論思想實與落實在被告之權利相似，惟因證人與被告在刑事訴訟法上之角色及地位不同，所享有之權利及負有之義務亦不同，故雖均為拒絕自我入罪特權之權利，但具體落實在刑事訴訟法中證人與被告之權利內容亦稍有歧異。緘默權與拒絕證言權除行使主體一為被告一為證人之不同外，尚有其他差異如下<sup>97</sup>：

第一、證人在經合法傳喚後，即負有到場、具結（宣誓）與據實陳述之義務，證人雖以證言義務為原則，但遇有個別之情形，得對該個別之訊問拒絕供述；被告雖負到庭及在場之義務，但並不負有具結及據實供述之義務，因而英美法制下之被告，縱具證人適格，亦可拒絕站上證言台作證，大陸法制下被告不具證人適格，亦可對所有詢問始終保持沈默不為答覆，此係全面的、包括的權利，與證人係免除義務之特權有異。

第二、就得拒絕陳述之事項而言，證人之拒絕證言權僅以有受刑事追訴或處罰之虞的事項，亦即以不利益之事項為限始得拒絕陳述，證人得否行使拒絕證言權，應視其陳述之內容而定，並非自始即許其全面的拒絕陳述；被告得保持緘默的事項，則不論有利或不利，均得拒絕陳述。

第三、證人拒絕證言權之適用範圍，僅以具意見傳達之作用者為限，並不及於檢查身體、指紋或足跡等之採取程序；相對的，多數見解則認為，測謊等具有訊問與供述之性質者，均有緘默權之適用。

<sup>95</sup> 王兆鵬，同註 33 文，頁 69。

<sup>96</sup> 王兆鵬，同註 83 書，頁 334。

<sup>97</sup> 陳運財，同註 85 書，頁 332~334；吳景芳，同註 84 文，14~15 頁；王兆鵬，同註 88 文，頁 73；李小羿，論刑事被告之緘默權，中正大學法律研究所碩士論文，2000 年 7 月，頁 49~50。

第四、證人於個別特定之詢問欲行使拒絕證言權時，應將拒絕之事由加以釋明，以供法院決定該事由是否有導致刑事追訴與刑責之可能；但就被告之緘默權而言，其於行使時不需釋明理由。

第五、我國刑事訴訟法第 193 條規定，證人無正當理由拒絕證言者，得科以罰鍰，且具結後就案情重要部分為虛偽之陳述者，須負偽證之罪責；至於被告行使緘默權，不論其有無理由，均不得為不利益之處分，更不得科以罰鍰，且被告若自行主動陳述，即便其為虛偽之供述亦不負偽證罪。

第六、緘默權得隨時任意行使，即使放棄緘默權而為供述後，嗣後對於同一事項，仍得保持緘默，至於其他事項，當然亦得行使緘默權；拒絕證言權一旦放棄，即歸於消滅，嗣後對於同一事項，則無得再行使拒絕證言權。

另外，我國刑事訴訟法在民國 92 年修法後，使合併審判中之共同被告具證人之適格。現行刑事訴訟法第 287 條之 2 規定：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。」立法理由中指出：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告對於被告本人之案件具證人之適格，自應準用有關人證之規定。」因此，共同被告除具被告身分外，也可能具證人身分。故在合併審判分離前，共同被告仍為被告身分，所行使者為緘默權，在分離審判後，其身分即轉換為證人，其所行使者為拒絕證言權<sup>98</sup>。

綜上，本文認為拒絕自我入罪特權之理論依據乃眾說紛紜各有千秋，然建立在對人性尊嚴及自由之尊重的基礎上，美國聯邦最高法院在 Miranda 一案中認為「拒絕自我入罪特權已經合法地被確認為是個人基本人權的一部分，該權利促使個人得以將私人生活引導至純屬於私人擁有的領域中，是美國的民主表徵。美國聯邦憲法之基礎乃是建立在政府、州或聯邦必須對人民的人格尊嚴與完整予以尊重之要求上。」之宣示，或可作為最佳註解<sup>99</sup>。拒絕自我入罪特權在美國或可直稱為緘默權，然本文認為二者仍有些許之差異，前者適用對象及範圍均較後者略廣，但緘默權正是拒絕自我入罪特權之核心內涵。而拒絕證言權之理論思想實與緘默權之權利相似，皆為落實拒絕自我入罪特權之手段，僅因適用之主體略有不同。以下本文將介紹此一特權在外國之歷史發展及立法例，希冀能將此一概念更為釐清。

---

<sup>98</sup> 王兆鵬，同註 33 文，頁 64~65。

<sup>99</sup> 許哲嘉，同註 86 文，頁 41。

## 第二節 各國立法例與保障範圍

追溯各國法制之相關背景，在不同國家中，同樣之「the privilege against self-incrimination」權利，其意義也會隨著各國不同之歷史沿革與規範而有不同之內涵與稱謂，今將幾個主要國家之發展分述如下：

### 第一項 英國

在英國，拒絕自我入罪特權思想之淵源，可追溯自 13 世紀初，英國人對當時教會的高壓權力所進行的反抗。在 13 世紀前，英國宗教法院（ecclesiastical court）與普通法法院（common law court）分別掌管宗教事務與非宗教事務之審理，但隨著宗教勢力擴大，宗教法院也藉此不斷擴張其職權，因此對當時一般人民生活影響甚鉅，也引起一連串的對峙與反抗<sup>100</sup>。當時英國宗教法院採取審訊模式（inquisito）之訴訟程序，在程序開始時，即要求被告宣誓誠實回答一切問題，迫使被告認罪以其自白作為定罪之證據。而法院要求被告宣誓的同時，並未對被告告知其被控訴之罪名、提出控訴之人，亦未提示相關證據。尤有甚者，法院在未正式起訴之情形下，便要求被告宣誓，若不從之，則視同已自白犯罪，或以藐視法庭之罪名判處監禁，此種在宗教法院審訊模式下之宣誓，又稱職權宣誓（ex officio）。

當宗教權力逐漸擴大，職權宣誓之方式亦隨之擴張而引起反彈，16 世紀中葉，宗教改革運動橫掃全英國之際，反對宗教法院訴訟程序之戰場由宗教層面轉移到政治層面。原為羅馬教會勢力籠罩下之英國，在亨利八世建立英國國教後，王權取代了教會之權力，不僅將宗教勢力置於王權之下，同時並獲得國會立法支持，從此，宗教事務變成了國家事務。然王權為統一政治與宗教權力，採取與宗教法院相同之審訊程序，其下之高等宗務官法院（Court of High Commission）與星室法院（Court of Star Chamber），同樣採取職權宣誓迫使被告供述，並以被告供述為定罪之證據。原先由宗教法院利用藉以迫害異教徒之宣誓，轉而被高等宗務官法院與星室法院拿來迫害清教徒，以遂其正統與宗教之統治地位。因此原先對

---

<sup>100</sup> Gregory W. O'Reilly, England limits the right to silence and move toward an inquisitorial system of justice, 85 *Criminal and Criminology*, 402, 408(1994).轉引自謝冠正，行政調查中當事人協力義務之界線-以「不自證己罪」原則為中心，國立台北大學法學系碩士班碩士論文，2006 年 7 月，頁 57~58。

宗教法院審訊程序及宣誓制度之反抗，便轉移到對王權統領下之高等宗務官法院與星室法院上<sup>101</sup>。惟之後因為對職權宣誓制度的反動，引發人民前仆後繼地據理力爭，連帶使拒絕自我入罪特權越發受到重視，而英國終於在 1641 年廢除高等宗務官法院與星室法院，此後，「在審理時，被告就有使其入罪可能之事項可拒絕回答」之主張在訴訟中被提出，獲得普通法法院之確立。於是在 18 世紀，「任何人無糾彈自己之義務」(nemo tenetur accusare seipsum) 的原則，已適用於普通法法院刑事審判程序之中，且同時適用於被告及證人<sup>102</sup>。

其後於 1848 年制訂之正式起訴犯罪法(the Indictable Offences Act) 第 18 條規定，治安法官於預備審問時，應預先警告被告不負供述義務，此項規定不僅是為實現司法公正之手段而受到重視，同時藉由緘默權之告知，在促使治安法官能注意遵守自白之任意性原則上，亦具有重要之意義<sup>103</sup>。又 1898 年之刑事證據法(Criminal Evidence) 明文規定，審判中被告雖具證人之適格，惟考慮與緘默權之關係，不僅追訴官不能強制地以被告作為證人而予以傳訊，被告基於防禦自己之意思而拒絕立於證言台上陳述時，追訴官於最終辯論時亦不得就其拒絕證言之事予以評論，此乃英國實定法上承認緘默權之根據<sup>104</sup>。

要言之，發源於英國之「緘默權」的保障，其最根本的原型，主要是免除被告之供述義務，不得僅因被告拒絕宣誓供述，即科以處罰；再者，關於被告以外之人，如證人於審判中固負有一般供述真實之義務，惟恐因自己之陳述而受刑事追訴之虞者，則容許其免除供述之義務，而因英美法上承認被告具證人之適格，故此時亦得主張是項權利，稱為「拒絕自我入罪特權」。之後，由於判例之發展，此項特權之所謂「不負供述義務」，衍生出具有禁止為有罪推論之效果以及告知義務之規定，之後，其射程更擴及於偵查中，對於偵查機關之偵訊，犯罪嫌疑人亦得主張是項權利<sup>105</sup>。

由上可得知，在英國緘默權與拒絕自我入罪特權是有所區別的，所謂拒絕自我入罪特權，乃指證人（不包含被告在內）沒有義務去回答法官所提出之問題，如果回答這個問題則有使證人披露自己之犯罪事實而導致喪

---

<sup>101</sup> 李小羿，同註 97 文，頁 34~35。

<sup>102</sup> 謝冠正，同註 100 文，頁 59~60；許哲嘉，同註 86 文，頁 11。

<sup>103</sup> D. Freestone et al., *The Making of English Criminal Law (7) Sir John Jervis and his Acts*, (1980) *Crim. L. Rev.* p.11. 轉引自陳運財，同註 85 書，頁 318。

<sup>104</sup> 井上正仁，イギリスの黙秘権制限法案(1)，*ジュリスト*，第 1053 號，1994 年 10 月，頁 40。轉引自陳運財，同註 85 書，頁 318。

<sup>105</sup> 陳運財，同註 85 書，頁 322~323。

失權利或被科處刑責之危險<sup>106</sup>。而緘默權乃指犯罪嫌疑人沒有義務針對警方或其他犯罪偵查官員之詢問作回答，此權利在審判上所呈顯之功能乃在於，法院或陪審團均不得以被告拒絕回答之事實，作出不利於被告之推論。更具體來說，即不得強迫被告在法庭之前提出自己之防禦方法，且無論在何種情狀下均不得強迫被告提出證據。於此，檢方不得針對被告未提出證據一事作評論，而法官亦僅能在有限條件下對此事實予以評論<sup>107</sup>。故英國乃是以主張權利之主體為被告或證人而將之區分為緘默權及拒絕自我入罪特權。

然值得注意者，長久以來緘默權在英國其實一直受到相當大之反省與批評，英國學者邊沁（Bentham）即為緘默權否定論主張者之一，這些否定論者提出許多理由來反駁緘默權之理論依據<sup>108</sup>。針對反對論者之批判，英國朝野不斷針對是否應給予被告緘默權做過多次的研究及檢討，而出現許多不同之結論。以下即將英國近來之修正作一簡單之介紹<sup>109</sup>：

英國政府於 1928 年設置了「皇家警察權限及程序委員會」（Royal Commission on Police Powers and Procedure），對於警察偵訊時緘默權警告規定之廢除予以檢討，最後基於確保偵訊結果所取得之供述的可信賴性之必要，認為緘默權警告制度仍然應該存立。

1959 年所成立之「刑事法修正委員會」（Criminal Law Revision Committee）在 1972 年所提出之第 11 號報告書中，卻係以削減被告及犯罪人之緘默權保障為其核心主張。

1978 年英國政府再設立「皇家刑事程序委員會」（Royal Commission on Criminal Procedure），並於 1981 年的報告書中之第四章「偵訊及犯罪嫌疑人之權利」，檢討偵訊與犯罪嫌疑人緘默權之間的調和情形，以及緘默權與其他犯罪嫌疑人之權利的實質擔保等問題，最後主張維持緘默權。1984 年國會通過「警察及刑事證據法」（Police and Criminal Evidence Act）（PACE），更進一步強化緘默權之內涵。

---

<sup>106</sup> Richard May, *Criminal Evidence*, ch.10. at 245 (2d ed. 1990). 轉引自許哲嘉，同註 86 文，頁 19。

<sup>107</sup> *ibid.* at 274~275. 轉引自許哲嘉，同註 86 文，頁 19。

<sup>108</sup> 參見朱朝亮，同註 82 文，頁 22；許哲嘉，同註 86 文，頁 133~134。

<sup>109</sup> 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 88；青山彩子，イギリスにおける黙秘権の廢止について，警察學論集，第 48 卷第 12 號，平成 7 年 12 月，頁 119~130；吳景芳，同註 84 文，頁 48~49；許哲嘉，同註 86 文，頁 134~143；溫祖德，同註 86 文，頁 103~109；王士帆，同註 89 文，頁 30。

只是，隨著治安惡化以及緘默權被惡用之情事陸續發生，英國政府再於1991年設立「皇家刑事司法委員會」(Royal Commission on Criminal Justice)，該委員會於1993年所公布之報告書中，詳細檢討一些限制緘默權行使之提案。英國執政之保守黨，為強化其治安政策，於是擷取「皇家刑事司法委員會」報告書中廢止緘默權之少數主張，向國會提出「刑事司法及公共秩序法」(Criminal Justice and Public Order Act)，該法於1994年完成立法程序，並於1995年4月10日開始施行，其中有關緘默權之部分係規定在第34條至第39條，內容雖未直接將緘默權予以廢止，惟對於犯罪嫌疑人在偵訊期間之拒絕作答與被告於審判期間拒絕作證之事實，法官和陪審團得就此認定被告有罪之證據的意旨觀之，此種推論通常會朝向被告為有罪方向之認定，故實質上等於係對被告保持緘默科以不利益，緘默權實已形同被廢止。

其後1998年8月15日，愛爾蘭發生一件汽車炸彈事件，英國和愛爾蘭政府所採取之法律對策即允許法院自被告之沉默推斷其罪行，例如被告拒絕回答其於恐怖團體之身分，法院亦可利用被告之緘默證實一位資深警官關於嫌犯屬於恐怖組織之控訴。人權以及犯罪被告之支持者皆譴責此一策略，認為侵害犯罪嫌疑人受無罪推定以及獲得公平審判之權利。惟此一措施於英國及愛爾蘭獲得強烈之支持，英國國會以及愛爾蘭下議院進一步於1998年9月4日分別通過刑事(恐怖主義以及陰謀犯)審判法以及反抗國家之犯罪法，對恐怖份子明文排除拒絕自我入罪特權之適用。

## 第二項 美國

至於美國，許多州在1650年以前即已將「拒絕自我入罪特權」納入權利宣言之中。1776年6月12日維吉尼亞州制定了「權利宣言」(A Declaration of Rights)，其中規定：「不得強迫任何人提出對自己不利益之證據」。美國此舉並非受到法國革命之影響，而是美國殖民地獨自發展出來之觀念，究其原因，最主要乃是出於清教徒精神之反映，以及當時美國殖民地對於英國法院之反抗心理<sup>110</sup>。

往後其他各州相繼採納維吉尼亞州之權利宣言，紛紛規定於州憲法之中，並明言其係基本權利。而美國於立國之初，並未將各州有關基本權利保障之規定納入憲法之中，遂引發廣泛修法之討論，最終於1791年通過聯邦憲法增修條款第1條至第10條，即一般所稱之「人權法案」(Bill of

<sup>110</sup> 平野龍一，搜查と人權，1981年12月，頁87。

Rights)。其中第 5 條經過修正後即為現今美國聯邦憲法增修條款第 5 條之內容：「No person... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself」，其意為「任何人於任何刑事案件中，不被強迫為不利於己之證人」，即本文所稱之「拒絕自我入罪特權」。以下本文即將此一條文內容要件作一分析，並利用美國聯邦最高法院之判決加以論述。

## 一、適用主體 (no person)

美國聯邦憲法增修條款第 5 條受保護的刑事案件中之「人」，是否包括一個尚未受審判的被告以外之人，即本案之證人，包括：其他共同被告、共犯、狹義證人？目前的解釋是「肯定」的<sup>111</sup>。在美國其並未另設有拒絕證言權之制度，因為拒絕證言權之內涵已被拒絕自我入罪特權概念所吸納。於 1924 年 *McCarthy v. Arndstein*<sup>112</sup> 一案中，即明白於判決內表示，此特權保護一位證人如同保護一位當事人般，從禁止強迫被告自證其罪條款適用的情形來看，一有罪之證人，在任何訴訟中如果認為其證言可能在未來的刑事案件中，被用作不利於其本人的證據，或因而暴露不利其本人的進一步證據，為了自衛，有權拒絕答覆任何問題。因此，證人之拒絕證言權，現在已是普遍接受之法則，在美國已同受聯邦憲法增修條款第 5 條之保護<sup>113</sup>。由此亦可知悉，所謂拒絕自我入罪特權，乃指被告或證人不得被強制在證言台供述可能使自己被認定有罪或受刑事訴追之事實。

在與前述之英國立法例比較後，美國並未有如英國一般以特權享有者為被告或證人而將之區分為緘默權或拒絕自我入罪特權來作區隔，而是統一以「拒絕自我入罪特權」來詮釋聯邦憲法增修條款第 5 條規定之權利，其乃被告及證人均可主張之權利，且此係自然人之權利，法人或其他非法人之團體皆非此權利之主體。因此，所謂拒絕自我入罪特權與緘默權，在美國皆係指其聯邦憲法增修條款第 5 條，是故有許多學者均直稱拒絕自我入罪特權為緘默權<sup>114</sup>。

---

<sup>111</sup> 朱朝亮，同註 82 文，頁 327。

<sup>112</sup> *McCarthy v. Arndstein*, 266 U.S.34、40(1924).

<sup>113</sup> 溫祖德，同註 86 文，頁 55。

<sup>114</sup> 同本文註 96。

## 二、適用範圍 (in any criminal case)

同樣地以條文字面意義來看，美國聯邦憲法增修條款第 5 條所指的是僅適用在刑事案件中，惟美國聯邦最高法院長久以來始終對此採取相當廣義之解釋，亦即此特權並不限於刑事程序，在任何受他行政官署、行政機關訊問下，及民事案件皆有適用。換言之，凡於正式、非正式程序中之強迫作證之證詞，於未來有可能於他種刑事程序入陷其於罪者，皆屬之<sup>115</sup>。因此，美國法院幾乎沒有異議的認為：人民在非刑事程序中所被強迫提出的資訊若「未來」會被用於刑事案件中，即屬於拒絕自我入罪權利的適用範圍。此特權不只賦予人民在刑事程序中以被告身份保持緘默的權利，還賦予人民在任何程序中拒絕回答政府所問的可能「未來」入罪於己的問題，故拒絕自我入罪權利並不僅限於刑事程序中的人民始可主張<sup>116</sup>。

但對於所提供的證據有何標準來判斷是否會使自己在未來受到追訴，而變成一種入罪資訊，使自己得主張拒絕自我入罪？對此美國聯邦最高法院認為只要人民的資訊有助於成為刑事證據鏈 (furnish a link in the chain of evidence) 之一環，即屬於有入罪危險。所謂證據鍊之一環，係指人民提供的資訊將「有可能」成為檢方據之一，或是「可能」導致檢方起訴。是否有入罪危險的判斷標準在於，人民是否有合理的理由透過該資料的提出將使自己有入罪的危險。至於是否合理的判斷，則視問題的本質、問問題的場合判斷，回答該問題或是解釋為何不回答該問題是否顯然會揭露某些不利人民的資訊<sup>117</sup>。

## 三、強迫之意義 (compelled)

美國聯邦憲法增修條款第 5 條之條文文義，並沒有禁止被告認罪或提供證據，僅禁止「強迫」供述自己之犯罪<sup>118</sup>。「強迫」可分為法庭內之強迫及法庭外之強迫<sup>119</sup>。前者指若認為檢察官向陪審團指出被告緘默乃其有罪之實體證據，此等同處罰被告憲法權利之行使，被告有絕對的權利不坐上證人席，亦不可因為被告行使此一權利而作出不利或相反於被告之推論或認定，否則相當於給予人民變相之處罰，此處罰構成對於被告的「強迫」，

<sup>115</sup> 溫祖德，同註 86 文，頁 63~64。

<sup>116</sup> 蔡鎮宇，同註 86 文，頁 29。

<sup>117</sup> 邱千育，同註 86 文，頁 63~64。

<sup>118</sup> Escobedo v. Illinois. 378.U.S.478(1964). 轉引自朱朝亮，同註 82 文，頁 328。

<sup>119</sup> 溫祖德，同註 86 文，頁 56~63；謝冠正，同註 100 文，頁 67。

應不允許之，若有任何之推論或認定即是對於法庭內緘默之處罰，這是違反拒絕自我入罪特權的中心概念；後者一為以消滅政府僱傭關係為要脅，而迫使被告為入罪之陳述，故禁止以撤職為要脅取得不利益於該被告之供述，二為凡拘禁中之詢問，係屬強迫下之環境，故其已侵害此項權利，因此對於警察拘禁中之個人，須先進行特定之告知義務，然後該個人所為之陳述始能成為證據。

另有學者指出，拒絕自我入罪在保護人民不被「強迫」作出對自己不利之陳述，所謂「強迫」包括法律（de jure）及事實（de facto）上之強迫。所謂禁止「法律」上之強迫，指禁止以「大多數人」通過的法律方式，強迫人民做出對自己不利的陳述。所謂禁止「事實」上之強迫，指禁止以「大多數人認可」、「文明」的方式強迫人民做出陳述。只要是強迫人民對自己做出不利之陳述，不論是法律上或是事實上之強迫、不論是否為「文明」的方式、是否為「大多數人認可」的方式，皆為拒絕自我入罪所禁止的強迫。以法律強迫人民陳述，應認為該法律規定違憲，被告被迫作出之陳述，無證據能力；以事實強迫人民陳述，亦應認為執法人員之行為違反拒絕自我入罪原則，被告被迫作出之陳述，亦無證據能力。只要是強迫人民對自己作出不利之陳述，不論是法律上或事實上之強迫，在理論上皆極可能造成冤獄、妨礙發現真實、破壞政府與人民的權力均衡、侵奪人民隱私及自治之權<sup>120</sup>。

另外國家雖未對其為心理或生理直接的強迫，但在人民保持緘默後，再以該緘默作為對其不利之實體證據、量刑依據、羈押理由，等於處罰人民行使權利，間接強迫人民陳述，仍然違反拒絕自我入罪原則。對此提出「不受容許的負擔」理論，及「處罰權力行使」的理論，來禁止緘默為實體證據。所謂「不受容許的負擔」理論是指若緘默得為實證據，雖然不等於強迫被告陳述，但被告在決定是否要保持緘默時，會審慎考慮其後果，甚至形成壓力而不敢行使，而此壓力為憲法所不容許。而「處罰權利行使」的理論，是指若以緘默為實體證據，等於在人民行使憲法權利後，對其施以變相之處罰。在人民行使權利時，施以不受容許的負荷、處罰其權利行使，此負荷及處罰皆非合法，應予去除，而去除之方式即緘默不得為證據<sup>121</sup>。

#### 四、證人 (witness)

---

<sup>120</sup> 王兆鵬，刑事訴訟中被遺忘的權利-緘默權，月旦法學雜誌，第 145 期，2007 年 6 月，頁 173~175。

<sup>121</sup> 王兆鵬，同註 120 文，頁 177~178。

所謂證人，本為法官或檢察官所傳喚陳述自己所觀察之過去事實之人。在英美法上，被告具有證人適格，故被告放棄緘默權時，亦可為自己刑事案件之證人，故此要件原始的意義裡除非被告是被迫成為追訴自己的證人，不然不會有自我入罪之問題。

美國聯邦最高法院在 1966 年的 *Schmerber v. California*<sup>122</sup> 判決中認為：美國聯邦憲法增修條款第 5 條僅保護任何人免於被強迫成為不利於己之證人，或提供具有傳達及意思表示性質之證據 (protect an accused only from being compelled to testify against himself, or otherwise provide the state with evidence of a testimonial or communicative nature)。換言之，其採限縮適用解釋，認為美國聯邦憲法增修條款第 5 條僅在保障被告不被強制提供不利己之陳述性或談話性證據資料，並未禁止員警強制取得被告可辨識之身體特徵<sup>123</sup>，非供述證據之提出則不在其保障之範圍內。

其後 1967 年 *Warden v. Hayden*<sup>124</sup> 判決認為，只有「強制」提出的書面供述證據才會違反聯邦憲法增修條款第 5 條，單純的扣押書面供述證據則否。1976 年的 *Fisher v. U.S.*<sup>125</sup> 判決亦支持此見解並補充指出：聯邦憲法增修條款第 5 條應限制使用在對被告身體或心理上形成強迫的情狀，故一般書面證據的提出，不具「意思本質傳達」性質，與增修條款第 5 條保障之權利無涉。

1983 年 *South Dakota v. Neville*<sup>126</sup> 判決中，聯邦最高法院明確表示聯邦憲法增修條款第 5 條限於對於個人施以身體上或精神上之脅迫方有適用，該條款之文字是不可強迫任何人證明自己之犯罪，其保護之客體，不及於「非供述」之證據。換言之「供述證據」的內容將影響著拒絕自我入罪特權的保護範圍。

1988 年 *Doe v. U.S.*<sup>127</sup> 判決中，聯邦最高法院闡釋供述活動的意義：供述活動是指其行為或證據和該事實的主張或資訊的揭露，有明示或默示的關連。換言之，即禁止政府使用強制力強迫被告透露其內心對客觀事物之主觀感情、信仰、想法，相反的，若無關乎如何獲得被告心中想法，則政府所使用的強制力，即不在聯邦憲法增修條款第 5 條所保護的「不得強

---

<sup>122</sup> 同註 35。

<sup>123</sup> 林輝煌，同註 83 書，頁 102~103。

<sup>124</sup> *Warden v. Hayden*, 387.U.S.294(1967).

<sup>125</sup> *Fisher v. U.S.*, 425.U.S.391(1976)

<sup>126</sup> *South Dakota v. Neville*, 459.U.S.553(1983).

<sup>127</sup> *Doe v. U.S.*, 487.U.S.201(1988).

迫任何人成為不利於己之證人」之範圍內。

聯邦最高法院認為之所以將拒絕自我入罪特權的適用範圍限制在供述證據，是因為歷史上拒絕自我入罪權利本在禁止政府迫使人民宣誓證言來證明自己有罪，而且透過免除人民向政府透露其所知所信的義務，即已達成拒絕自我入罪權利背後的許多政策目的。從這樣的推論來看，即使人民行為可能成為拒絕自我入罪權利的適用範圍，但重點仍是在於政府強迫人民所做之行為是不是會使人民「傳達」出其所知所信，而不是有沒有拒絕「協助」政府的自由<sup>128</sup>。

綜上所述，證據的提出將不會顯示人民所知、所信時，則不在拒絕自我入罪特權的保護範圍內，而不得拒絕提出。惟有疑問者，此際可否以被告之身體特徵為證據？亦即檢查身體或採集身體樣本之行為是否是強迫受檢查人為一定之「供述」？若以強迫方式取得是否違反拒絕自我入罪特權？此問題本文將在第四章作一深入探討。

## 五、不利益 (against himself)

所謂不利益之事實，係指負擔刑事責任或加重刑事責任之事實，若非屬刑事責任之事實，諸如負擔民事或行政責任之事實或僅構成名譽之損害，皆不在不利益事實概念中<sup>129</sup>。又關於追訴權時效完成、大赦、依據有罪或無罪的判決發生一事不再理之事實，皆不屬於不利益於自己之事實。而豁免制度（參閱本章第一節第二項）於受免責時，在特權之範圍內發生供述義務，特別是在共犯事件，仍可確保一方之處罰而為之司法戰略應用，則依該制度，應為之供述不可主張為不利益於己之事實<sup>130</sup>。

美國聯邦最高法院認為所謂不利益之事實並非僅限於犯罪事實，舉凡有導致有罪之虞之事實均屬之，亦即憲法增修條款第5條之意義並不是在於不使一個人在自己被追訴的案件中被強制去擔任不利於己之證人，其目的乃是在於確保一個人在任何調查程序中擔任證人時，不被強制去對可能導致自己犯罪之事實作證言。而之後如前述「適用範圍」要件一般，發展出所謂的 link-in-the-chain 法則，不僅及於針對詢問所作之回答將被作為宣告自己有罪之用的情形…同樣地，其效力範圍亦及於那些將成為控告所需之一連串證據之一環的供述情形。換言之，凡足以構成追訴犯罪所需

<sup>128</sup> 蔡鎮宇，同註 86 文，頁 33。

<sup>129</sup> Jon R. Waltz, *Criminal evidence*, at 136-137(1975).

<sup>130</sup> 溫祖德，同註 86 文，頁 74。

證據之一環之任何供述，均屬憲法增修條款第 5 條之「不利益」<sup>131</sup>。

### 第三項 日本

日本於明治時期之刑事訴訟法，雖然一方面禁止以恐嚇或詐欺之方法取得自白，但是一方面又針對「訊問被告」詳加規定，因此，供述義務之存否問題頗有爭議。1929 年施行之刑事訴訟法，仍維持舊制，於總則中設立專章，針對「訊問被告」詳加規定，並於第 135 條規定：「應和藹親切地給予被告陳述對其有利事實之機會。」因此有少部份學者認為被告之供述義務已不存在，不過通說仍肯定被告供述義務之存在，只是對於不陳述者並不加以制裁，故而不陳述並不等於虛偽陳述<sup>132</sup>。

在二次世界大戰結束後，日本新憲法在聯軍統帥麥克阿瑟將軍起草下誕生，因而新憲法深受美國之影響。美國聯邦憲法增修條款第 5 條針對「拒絕自我入罪特權」加以規定，此一規定成為日後許多國家仿效之對象，1947 年施行之日本憲法第 38 條第 1 項規定「不得強迫任何人為不利於己之供述」即為一例，學界多將此項權利稱之為「拒絕自己負罪特權」，其內容分為兩部分，其一為證人之拒絕證言權，其二則為被告（以及犯罪嫌疑人）之緘默權<sup>133</sup>。

1949 年施行之刑事訴訟法，不但將戰前舊法中之「訊問被告」的有關規定予以刪除，並且強調自白之任意性，此外，對於偵查中之緘默權以及審判中之緘默權，且有進一步之詳細規定。偵查中之緘默權在 1953 年修正刑事訴訟法第 198 條第 2 項為：「在進行前項調查時，應預先告知被疑人無必要違反自己意思進行供述之意旨。」審判中之緘默權規定在第 291 條第 2 項：「審判長，在起訴書朗讀完畢後，告知被告得始終沈默，得對各項訊問拒絕陳述之意旨以及其他在法院規則中所規定旨在保護被告權利之必要事項，然後給與被告及辯護人、關於被告案件之陳述機會。」及第 311 條第 1 項：「被告得始終沈默或對於每個質問拒絕供述<sup>134</sup>。」

日本刑事訴訟法第 146 條為證人之拒絕證言權，其規定「任何人對於

---

<sup>131</sup> 溫祖德，同註 86 文，頁 75；許哲嘉，同註 86 文，頁 68～69；李小羿，同註 97 文，頁 66。

<sup>132</sup> 平野龍一，同註 110 文，頁 85～86。轉引自吳景芳，刑事被告緘默權之研究，中興法學，第 43 期，1997 年 12 月，頁 7。

<sup>133</sup> 吳景芳，同註 84 文，頁 54。

<sup>134</sup> 吳景芳，同註 132 文，頁 8～9。

自己有可能受到刑事追訴或受到有罪判決之證言，可以拒絕。」依該條文義，必須是「有使自己受刑事追訴或判決之虞時」，始得拒絕陳述。日本學者指出，相對於日本憲法第 38 條第 1 項「不得強迫任何人為不利於己之陳述」之規定，刑事訴訟法第 146 條的適用範圍失之過狹<sup>135</sup>。第 198 條第 2 項規定，在偵查中進行調查時，應預先告知被疑人無必要違反自己意思進行供述之意旨，而憲法第 38 條第 1 項條文則是「不利於己之陳述」，故有學者認刑事訴訟法規定的緘默告知義務所保障範圍顯較憲法之規定為廣<sup>136</sup>。又被告依刑事訴訟法第 311 條第 1 項規定，被告得始終沈默或對於每個質問拒絕供述，此包括了利益或不利益之事項，與憲法第 38 條第 1 項「不利於己之陳述」相較，有學者認刑事訴訟法之規定亦擴張了憲法之規定<sup>137</sup>。

觀察美日二國學者對拒絕自我入罪特權（緘默權）最大不同在於權利行使之主體。美國可行使拒絕自我入罪特權之主體為被告與證人，而日本學者大多主張緘默權行使之主體限於被告，並不及於證人。對於證人之證言有入罪可能時，則另在其刑事訴訟法中，以「拒絕證言權」規範之。此「拒絕證言權」亦即為英國法制中，免除證人對法官所提出之問題作回答義務之「拒絕自我入罪特權」。

關於拒絕自我入罪特權適用範圍之問題，另一個長久以來備受爭議的論點，即在於此項權利之保障是否以「供述」為限？關於此一問題之看法依舊相當分歧，約略可整理成下列三說：其一，採狹義說者認為，就發展沿革觀之，口頭之供述以及以書面等代替口頭所提出之供述證據為限，始有拒絕自我入罪特權之適用，至於指紋、足跡之採取、身體之測量、照相攝影、筆跡調查、犯罪現場之重建以及指認程序等場合，則與拒絕自我入罪特權之問題無涉。其二，採折衷之見解者認為，除了狹義之供述外，視蒐證活動中犯罪嫌疑人係被要求消極的服從抑或被強要積極的協助，作為檢驗之標準，例如指紋或體液之採取可以容許，但筆跡調查或犯罪現場之重建則受拒絕自我入罪特權之規範。其三，廣義說則主張，不以口頭為限，舉凡一切強制性的採證，均有違拒絕自我入罪特權之保障而不被容許。上述三種見解以狹義說占多數<sup>138</sup>。

<sup>135</sup> 有倉遼吉、時岡弘，條解日本國憲法，1996 年 10 月，頁 333。轉引自王士帆，同註 89 文，頁 45。

<sup>136</sup> 福井厚，刑事訴訟法，2002 年 6 月，頁 159。

<sup>137</sup> 高田卓爾 小野慶二，刑事訴訟法の基礎，1975 年 7 月，頁 32；團藤重光，新刑事訴訟法綱要，創文社，1984 年，頁 109。

<sup>138</sup> 田宮裕，刑事訴訟法講座（1），1963 年，頁 79 以下。轉引自陳運財，同註 85 書，頁 345~346；田正恒，同註 82 文，頁 8。

另有論者從訴訟構造之角度論述此一問題，因訴訟構造採當事人進行主義或職權調查主義之不同，拒絕自我入罪特權保障之範圍即有狹義與廣義之別。狹義說認為採法院職權調查法制者，沿習傳統之概念，認此特權僅屬「被告供述義務」之禁止，並從發現真實之偵查必要及現行法規之解釋，認對嫌疑人、被告採行強制偵查，乃必要之惡為前提，來看拒絕自我入罪特權之保障範圍，其認為：受拘提、逮捕、羈押嫌疑人、被告之「調查忍受義務（強制到場義務及不得退去義務）」與「供述義務」不同。所謂「使被告負供述義務」者，不是指不能對被告為供述要求或嚴厲的追問，而是指不能於追問或要求被告為供述時，作出使其誤認：如其不據實供述，就必然有某種制裁或不利益事態發生之追問行為。因此拘提、逮捕、羈押中被告之「調查忍受義務」，既僅止於不能拒絕不到場或不得到場後任意退出而已，至於到場後之任何偵訊，因被告仍不負任何供述義務，故不能說其已侵害拒絕自我入罪特權。因此，一般偵查原則禁止強制處分之法理，不能由拒絕自我入罪特權取得法理之根據。廣義說認為採當事人進行主義法制者，被告既為訴訟當事人一方，卻被當事人一方之檢察官，作為偵查客體，成為證據方法而利用，理論上有問題。故將保持緘默之權利作為保障被告供述拒絕制度之訴訟防禦基本權。其認為現行法之被告「調查忍受義務」諸規定，實質上無異已課予被告「供述義務」，又按調查證據以獲得被告之供述為目的，證據調查不過是取得供述之手段，既連作為其目的之供述，被告並無供述之義務，則作為其手段之證據調查，何以認被告有忍受調查義務？如豈不矛盾。故試圖擴大拒絕自我入罪特權之保障範圍<sup>139</sup>。

從上述可知，拒絕自我入罪特權保障之範圍，依狹義說，即使被告成為偵查客體，只要不課予供述義務，即不算強制其供述。依廣義說，則不僅禁止被告有供述義務，亦排除一切以直接、間接強制取得之供述，故被告不再是偵查客體，除非有法院之強制令狀，否則於偵查中不但無到場受調查義務，即使車禍後亦無留置現場受調查之義務。如日本平野教授則認為，基於彈劾的偵查觀，偵查官與嫌疑人皆為當事人，自不得對嫌疑人課予供述義務，從而即無忍受偵查官調查之義務。惟田宮教授則認為：保持緘默從排除國家強制本身來說有意義，自白法則從偵查機關偵訊方式違反文明國家之水準，因而排除之點，本質上二者並無差異，故二者效力應朝一致方向，因認縱排除辯護人在場，偵查機關仍得依法定程序對被告為強制處分<sup>140</sup>。

<sup>139</sup> 朱朝亮，同註 82 文，頁 322～325。

<sup>140</sup> 朱朝亮，同註 82 文，頁 325～326。

#### 第四項 德國

德國在 1848 年以後，隨同改革的刑事訴訟法之輸入，認為被告為當事人，而無法律上之供述義務。1877 年之德國刑事訴訟法第 136 條，亦在此基礎下，規定就起訴事實訊問被告，給予被告洗清罪嫌、主張對自己有利事實之機會。只是，往後之實務界，依然無法杜絕作為訊問技術的「精神上的拷問」。究其原因，最主要乃是德國人認為：被告在法律上雖然沒有真實陳述之義務，但是在道德上或非強制性之法律上（有如自然債務般），仍然有此義務。在德國法中，保持緘默乃是道德上之罪惡，其對量刑而言，自屬不利。因此，形式上雖然廢止不服從罰或謊言罰，但是因為從重量刑之故，這種不服從罰或謊言罰，其實在實質上並未全然廢止<sup>141</sup>。

其後德國為確保被告身心及人格之神聖不可侵犯性，亦明文承認被告有緘默權，禁止以刑求方式詢問被告。德國現行刑事訴訟法第 136 條即規定：「初次訊問開始時，應告以其所涉之犯罪行為及有關刑罰規定，並應告知被告，依法其涉嫌之案件，得為陳述或不陳述，以及其隨時且得於訊問前，求教於其所選任之辯護人<sup>142</sup>」。

在德國所謂拒絕自我入罪特權，是指被告沒有義務在自己的犯罪認定上主動/積極協助或主動/積極貢獻，即被告無主動/積極協助義務，僅有消極協助和消極忍受義務，主動、被動區分模式，乃是德國學界與法院一致看法，亦即「被告並不負擔所謂的協力義務，也就是說，他沒有義務以積極的作為來協助不利於己的刑事訴追，國家也不能強制任何人必須參與對自己所涉及犯罪事實之調查甚至認罪<sup>143</sup>」。

根據拒絕自我入罪特權的主動基準，被告享有的權利，不僅僅是陳述與否的緘默權而已，還包括得拒絕任何在證明自己犯罪方面的主動積極協助，因為不可強迫被告陳述自證己罪，乃是基於自然法思想——「強迫一個人自證己罪違反人性，不具期待可能性」，期待被告主動積極協助國家追訴以證明自己犯罪，也是無端貢獻自己不利證據，陳述和非陳述的協助舉動，本質並無不同。主動基準，其實正好緊握一個核心宗旨，即刑事訴訟的禁止自我控訴入罪，因其涉及人性尊嚴，而人性尊嚴關注的是，被告必須能自由決定是否願意將自己作為自己犯罪的證明工具，既由被告自由決定主動配合與否，取決於被告意願，不像被動忍受義務，即便被告不願配

<sup>141</sup> 吳景芳，同註 132 文，頁 6~7。

<sup>142</sup> 朱朝亮，同註 82 文，頁 313。

<sup>143</sup> 王士帆，同註 89 文，頁 107~108。

合，國家仍可動用強制力命被告忍受取證。由此看來，不只是被告陳述，被告其他非口語的積極舉動，與緘默權本於同一法理，也應該受到拒絕自我入罪特權的保障才是<sup>144</sup>。

歐洲人權公約乃歐洲區域內關於人權及基本自由保障的國際性盟約，屬於歐洲理事會（Council of Europe）系統所簽訂的第一個相關公約，且被譽為可能是最為世人所熟知及影響最大之人權公約，同時亦為國際人權法上之一重大發展<sup>145</sup>。雖然在歐洲人權公約各條款中並無拒絕自我入罪的明文規定，但經由歐洲人權法院（簡稱EGMR）的裁判慣例，在該公約第6條第1項「公平審判程序」條款豎立了拒絕自我入罪特權原則，其第1項前段規定如下：「決定有關個人的公民權利與義務或刑事追訴時，任何人均有在法律所建立的獨立公正的法院面前，於合理時間內受公平審判程序與公開聽審的權利」。儘管並沒有清楚表明拒絕自我入罪特權原則，但歐洲人權法院自從1993年 *Funke v. France* 案與1996年 *John Murray v. the United Kingdom* 案後，已數度表示緘默權和拒絕自我入罪特權乃是國際普世原則，也是歐洲人權公約第6條第1項「公平審判程序」的核心。據此，文獻上也認同拒絕自我入罪原則可以在歐洲人權公約找到落腳<sup>146</sup>。

就拒絕自我入罪在歐洲法的發展而言，歐洲人權法院在1993年作成 *Funke v. Franc* 之標竿裁判，首度將拒絕自我入罪特權明確列入公約第6條的公平審判之保障範圍。在 *Funke* 案中，法國海關官員因為 *Funke* 拒絕提出其羅列銀行交往明細的帳簿文件，因此對其處以罰鍰，然這種帳簿本身當然不是供述證據，而是典型的「非供述之證物」，如果容許對被告課予這種強制性的積極配合義務，其實也等於容許國家強制被告在對己進行的刑事追訴，作出主動積極的自我入罪貢獻，而這正是法治國之拒絕自我入罪特權所欲防止的事情。歐洲人權法院顯然不能容許這個結果，因此實質發展成為所謂的「主動基準」，也就是禁止國家機關課予刑事被告主動積極配合對其追訴之義務。

其後在1996年 *John Murray v. the United Kingdom* 案則涉及刑事被告於警訊時之緘默權及判決對緘默之評價問題，亦即法院得否從刑事被告保持緘默一事據此推論其犯行。課予被告主動配合交出證物之義務，縱使不違反緘默權，還是有可能侵犯拒絕自我入罪特權，歐洲人權法院在此

---

<sup>144</sup> 王士帆，同註89文，頁109。

<sup>145</sup> 林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲法整合趨勢及我國法發展之評析，台大法學論叢，第35卷第2期，2006年3月，頁11~12。

<sup>146</sup> 王士帆，同註89文，頁49。

將「保持緘默」與「不交出證據」並列，且在法院得否評價的脈絡，亦選擇比「被告緘默」更為廣義的「申訴人的行為」，也就是被告不配合追訴機關的整體舉止，而非僅止於保持緘默而已。

另一 1996 年底裁判的 Saunders v. United Kingdom 案，歐洲人權法院本於 Funke 案所確立的見解，進一步認為：針對非刑事法領域的拒絕自我入罪特權問題，及至 Saunders 案才首度針對後來「實際」產生刑事關連（指行政程序後發動了刑事追訴）的案例類型及其證據使用問題表態，抽象地說，Saunders 案與 funke 案同樣都是處理非刑事法之積極配合義務，而該項義務的履行可能導致某種刑事追訴的效果。

由上述歐洲人權法院裁判脈絡可知，歐洲人權法院明白將拒絕自我入罪特權的保障內涵，擴張到非供述證據及前置於刑事程序的非刑事法領域，並且進而連結到證據禁止使用的效果，也為歐洲高規格的拒絕自我入罪特權定調，成為歐盟刑事法典（Corpus Juris）的規範內容<sup>147</sup>。

綜上，本文以為各國學者在對拒絕自我入罪特權之描述實未盡相同，同樣之拒絕自我入罪特權一詞在英國其權利之行使主體乃是非訴訟當事人之證人，此頗類似日本及我國證人之拒絕證言權。而美國拒絕自我入罪特權其權利之行使主體，不僅限於非本案當事人之證人，即便是本案之被告亦適用。亦即，美國之拒絕自我入罪特權實已包含英國、日本及我國學界所稱之緘默權及英國法制之拒絕自我入罪特權（日本及我國法制之拒絕證言權）兩概念於其中。此外，在探討拒絕自我入罪特權之保障範圍時，就本文之觀察，其最主要可分為兩大體系：在美國著重點在於不得強迫做出對自己不利之「陳述」，即所謂之供述基準，而在德國著重點在於禁止國家機關強制被告以「主動積極」方式來配合對已的刑事追訴，無論是強制被告以供述證據或非供述證據來自我入罪，皆在禁止的範圍，即所謂之主動基準。

### 第三節 拒絕自我入罪特權於我國法上之定位

綜整前節本文所介紹之各國立法例及保障範圍，茲將彼此之異同與比較歸納如下，以提供本節探討我國法上拒絕自我入罪特權定位之參考：

在英國此一特權之概念散諸於各法律之中，惟因該國政治及治安等因

---

<sup>147</sup>林鈺雄，同註 145 文，頁 17~35。

素，不同時期之立法對拒絕自我入罪特權也有著支持與反對之見解，諸如1984年「警察及刑事證據法」強化了特權的內涵，1988年「犯罪證據法」可將緘默作不利之推論，並可做為補強證據，1995年「刑事司法及公共秩序法」對於偵訊期間之拒絕作答與審判期間拒絕作證之事實，法官和陪審團得就此認定被告有罪之證據。此外英國是以主張權利之主體來作區分，亦即被告之權利稱之緘默權，證人之權利稱之拒絕自我入罪特權，同時適用於被告及證人二者，且更擴及至偵查程序中亦得主張是項權利。

美國則是在1791年將此特權規範於憲法位階，通過聯邦憲法增修條款第5條，明文將拒絕自我入罪特權入憲，其後透過聯邦最高法院的判決不斷演繹而出特權之保障範圍。除適用主體如英國般包括被告及證人外，在偵查及審判程序中亦皆有適用，不同者乃一律稱之為拒絕自我入罪特權。美國法上明確採取「供述基準」來判斷特權之保障範圍，即供述受到特權的保障，非供述則不在其保障之列。

日本繼受美國之影響，在1947年施行之憲法中，第38條第1項亦有拒絕自我入罪特權之規範，適用主體亦及於被告及證人，然不同於英美兩國之名稱，其內容一為證人之拒絕證言權，一為被告以及犯罪嫌疑人之緘默權，此與我國刑事訴訟法之名稱較為相近。在特權保障範圍上，該國有狹義說、廣義說、折衷說等差異，狹義說較近美國之供述基準，折衷說則較近德國之主動基準，目前以狹義說占多數見解。

在德國歐洲人權公約雖未直接規範拒絕自我入罪特權，但歐洲人權法院以拒絕自我入罪特權乃「普遍被承認的國際標準」為論據，藉由判例法將其納入公約第6條公平審判條款的核心內涵，此外德國刑事訴訟法第136條有所謂的告知義務，於此肯認了拒絕自我入罪特權在該國之適用。而在德國此一特權之意涵是採取所謂之「主動基準」，指禁止國家機關強制被告以主動積極方式來配合對自己的刑事追訴，即被告無主動積極協助義務，僅有消極協助和消極忍受義務，任何人皆無義務以積極作為來協助對己的刑事追訴。供述基準與主動基準二者乍看之下其意涵頗為相似，然因美國對拒絕自我入罪特權之內涵著重點在於不得強迫做出對自己不利之「陳述」，而德國對拒絕自我入罪特權之內涵著重點在於無義務以「積極行為」來協助對己的刑事追訴，因而造成彼此對拒絕自我入罪特權具體落實在刑事訴訟實務上有著極大的不同。

## 第一項 憲法上之定位

觀察我國憲法，拒絕自我入罪特權顯然沒有明文納入其中，而是在刑

事訴訟法中區分主體為規定，因此能否從憲法層次推論出拒絕自我入罪特權即為一值得討論之問題。

我國憲法條文雖無拒絕自我入罪特權之規定，然不代表其非人民憲法上之基本權利。蓋人民之基本權利不以憲法條文明文規定者為限，如大法官釋字第 384 號解釋：舉凡憲法施行以來已存在之保障人身自由之各種建制及現代法治國家對於人身自由所普遍賦予之權利與保護，均包括在內。大法官釋字第 392 號解釋：從歷史上探知憲法規範性的意義固有其必要；但憲法規定本身之作用及其所負之使命，則不能不從整體法秩序中為價值之判斷，並藉此為一符合此項價值秩序之決定。人權保障乃我國現在文化體系中之最高準則，並亦當今先進文明社會共同之準繩。皆可得知。是以，「拒絕自我入罪特權」為現代法治國家普遍賦予人民之基本權利，我國憲法雖無明文規定，應仍可推論此為憲法所保障之基本權利無疑<sup>148</sup>。

在確認拒絕自我入罪特權為憲法所保障之基本權利後，以下即進一步探討此特權具體的憲法依據為何：

## 一、人性尊嚴

人性尊嚴一詞，最完整的憲法保障規定首見於德國基本法第 1 條第 1 項：「人性尊嚴不容侵犯，所有的國家權力均負有尊重並保護人性尊嚴的義務。」並將此列為永恆條款所保障的項目之一，不受修憲權所及。而德國哲學大儒康德認為人乃理性、自決的主體，不得加以物化與客體化；換句話說，每個人對自己均擁有自主性與自決地位，不受任何外來力量的強制、侵害或貶損。基此，德國學者提出了所謂的「客體公式」，並經德國聯邦憲法法院多次援用，可作為具體化人性尊嚴意涵的標準：「凡是具體的個人被貶抑為客體、純粹的手段、或是可任意替代的人物，便是人性尊嚴受到侵犯<sup>149</sup>」。

然人性尊嚴此一原則在我國憲法上的定位及意義為何？我國雖未如德國基本法般，對保障人性尊嚴原則在憲法中明文加以規定，但學者認為，解釋上應將之作為我國憲法的當然前提與內涵，由憲法的整體規範中導出，並且作為基本人權內在之核心概念。對此我國的釋憲機關似亦採同一

<sup>148</sup> 王兆鵬，同註 33 文，頁 68~69。

<sup>149</sup> 蔡宗珍，人性尊嚴之保障作為憲法基本原則，月旦法學雜誌，第 45 期，1999 年 2 月，頁 99~100。

看法，例如大法官釋字第 372 號解釋、第 400 號解釋、第 490 號解釋等，均勻勾勒出我國憲法內一套以人性尊嚴為中心的價值體系，故人性尊嚴在我國受到憲法的保障，在學說及實務上應均無疑義<sup>150</sup>。

綜上所述，由憲法的人性圖像所彰顯的獨立、自主、不受政治力不當干預影響的人，其所應享有的涵蓋身體、精神與行為等方面的自主、自決的價值，便是人性尊嚴主張的根源，這種承認每個人均為獨立、自決的獨立個體的見解，即是人性尊嚴的意涵<sup>151</sup>。易言之，人性尊嚴的核心乃在於擺脫毫無限制、放縱過度的國家權力，以人性尊嚴作為國家行使權力的限制，亦即政府必須尊重個人的獨立、自主、個體與尊嚴，不得任意加以限制或侵犯。此外，以「人」為核心的思想亦對法治國原則下種種保障程序正義的要求產生影響。在刑事訴訟中，「被告」雖為發現真實之一重要證據方法，但並不因此淪為訴訟中的客體，被告有權利參與審判程序，能對不利於己的控訴進行辯駁，禁止以刑訊方式取得供述，不能強迫其提出對自己不利益之證據等，此些刑事訴訟程序的基本指導原則可說是導源於人性尊嚴的法理<sup>152</sup>。

## 二、正當法律程序

憲法第 8 條為針對人身自由限制之正當程序保護，而大法官釋字第 384 號解釋理由書中，尚進一步認為從憲法第 8 條第 1 項可導出「實質正當法律程序」原則，兼指實體法及程序法規定之內容。在釋字第 384 號解釋出現後，其後之釋字第 391 號、第 395 號、第 396 號、第 418 號、第 436 號及第 491 號解釋文中亦均一再引述「正當法律程序」一詞，故正當法律程序原則做為憲法之一般原則應無問題。

自從大法官釋字第 384 號解釋裡明認「被告自白須出於自由意志」係屬於我國憲法所保障之「實質正當之法律程序」中的一部份後，由於確保「被告自白須出於自由意志」在解釋上當然意謂著國家不能強制被告認罪，或為其他不利於己之指控，僅許可被告在維持自由意志的情況下，決定要否為不利於己的陳述，故此一保障事實上符合了拒絕自我入罪特權的重要內容，由此推論出此一特權在我國具有憲法位階已甚為明確<sup>153</sup>。並有

<sup>150</sup> 楊雲驊，證據禁止使用在個案上的判斷過程-以電話分機聆聽案為例，東吳法律學報，第 13 卷第 2 期，2002 年 2 月，頁 30~31。

<sup>151</sup> 蔡宗珍，同註 149 文，頁 99~100。

<sup>152</sup> 蔡宗珍，同註 149 文，頁 101。

<sup>153</sup> 楊雲驊，同註 150 文，頁 81~82。

學者認為，緘默權是使犯罪嫌疑人及被告防禦權利受侵害之可能性減至最低限度之必要的保障，屬於憲法第 8 條正當法律程序之內容<sup>154</sup>。

本文以為，我國憲法雖沒有明文提到正當法律程序，然經過釋憲實務的闡釋和引進，將正當法律程序與憲法第 8 條接軌，成為我國正當法律程序的實定法依據，並且若國家在追訴犯罪、審判時，有限制或侵害人民權利之情形，則應符合正當法律程序之要求，在訴訟程序中必須使雙方當事人武器平等，符合雙方公平的要求，則解釋上，若強迫被告成為對自己不利之證人，無異是違反上述要求，有違正當法律程序。因此，拒絕自我入罪特權可透過憲法第 8 條所延伸之正當法律程序來加以確認其在憲法上之依據。

### 三、言論自由

憲法第 11 條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」憲法保障言論自由之原因可從大法官釋字第 509 號解釋理由書中窺知一二：人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。而大法官釋字第 577 號解釋文表示：憲法第 11 條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由。所謂消極不表意之自由是否意謂拒絕自我入罪特權涵蓋於其中？亦即，言論自由可否作為拒絕自我入罪特權之憲法依據？

國內文獻對此有不同見解，贊成者認為「表現自由的內涵甚廣，包括就任何事項加以思考及持某種信念或意見的權利，兼及透過任何媒體及身體動作以溝通思想、意見的權利，在某程度內，甚至包含保持緘默的權利<sup>155</sup>」、「所謂緘默權，係指刑事程序中之被告，自程序進行之始，至程序終了之時，得始終保持沈默，不為陳述之權利，且應受憲法第 11 條意思表現自由中言論自由之保障，而具有憲法層次之位階<sup>156</sup>」、「對個人就其內在思想、信仰等精神活動之結果或其精神生活之方式，個人可決定透過外在之言語、行動表示出來，讓他人知曉，藉此與他人互動，但個人亦可依其自由意志決定不對外表達，而保持緘默。故本文以為緘默權之實質內容即

<sup>154</sup> 陳運財，同註 85 書，頁 57。

<sup>155</sup> 陳銘祥，外在表現自由，月旦法學雜誌，第 47 期，1999 年 4 月，頁 119。

<sup>156</sup> 蕭明東，同註 6 文，頁 43。

是在對被告意思表現自由之保障<sup>157</sup>」、「被告本有陳述自由與不陳述自由，而緘默權，從形式觀之，乃是人民具有供述與否之自由，故換言之，所謂緘默權其實質上乃係屬於一種消極的言論自由，受憲法第 11 條言論自由之保障，而具有憲法層次之位階<sup>158</sup>」、「所謂的消極不表意的自由，從大法官會議的解釋文看來，乃指人民有不陳述客觀事實權利。故刑事訴訟法 95 條第 2 款規定被告或犯罪嫌疑人在刑事訴訟程式中享有緘默權，僅是憲法本身所保障的言論自由，透過法律具體制訂而已，不可倒果為因認為因刑事訴訟法 95 條之訂定，而使得緘默權僅具有法律層次的位階，非屬人民基本權保障之範疇中<sup>159</sup>」、「廣義之拒絕自我入罪特權，應包括審判中被告、證人之拒絕證言權及偵查中犯罪嫌疑人之拒絕供述權，目前多數使用之緘默權一詞，本質上似可解釋為供述自由權<sup>160</sup>」

反對者認為「如果國家不可以強迫要求人民承認犯罪認為是言論自由之一的話，則此一原則早有憲法明定之基本權保護，何必需要累贅的另外在訴訟程序上提出所謂具有憲法位階的拒絕自我入罪特權？基本人權在符合憲法的要求下，是可以受到限制的。但拒絕自我入罪特權可以受到限制嗎？現行法上有沒有條文允許國家例如在「發現真實的必要」或「維護重要法益」時，可以強制被告承認自己犯罪，甚至刑求被告以逼使其招供？簡言之，如果只是把此一特權認為屬言論自由之一的話，將無法凸顯人民在面臨國家最殘酷的刑事訴追時，憲法所給予的特殊保障<sup>161</sup>」、「以被告有陳述自由與不陳述自由作為緘默權憲法依據似有其道理，但並無法說明同為拒絕自我入罪特權內涵的拒絕證言權何以限於「恐有使自己受刑事訴追之虞」才可行使之要件，因此本文並不採此說<sup>162</sup>」、「拒絕自我入罪特權強調的是被告無義務主動協助國家追訴自己的犯罪，除了無義務主動陳述之外，也無義務以身體舉動主動配合，換言之，拒絕自我入罪特權不只保障被告消極的陳述權利，就此而言，我國憲法第 11 條實無從作為拒絕自我入罪特權的憲法依據<sup>163</sup>」

本文以為反對者之論述尚有疑問。首先，反對者認為如果國家不可以強迫要求人民承認犯罪認為是言論自由之一的話，則此一原則早有憲法明

---

<sup>157</sup> 李小羿，同註 97 文，頁 62。

<sup>158</sup> 簡旭成，同註 21 文，頁 23。

<sup>159</sup> 陳筱屏，同註 7 文，頁 29。

<sup>160</sup> 陳運財，同註 85 書，頁 323。

<sup>161</sup> 楊雲驊，不自證己罪的幾個基本問題，法學講座，第 15 期，2003 年 3 月，頁 51～52。

<sup>162</sup> 陳貞卉，同註 5 文，頁 47～48。

<sup>163</sup> 王士帆，同註 89 文，頁 54。

定之基本權保護，何必需要累贅的另外在訴訟程序上提出所謂具有憲法位階的拒絕自我入罪特權？本文以為刑事訴訟法上的緘默權或拒絕證言權，僅是憲法保障的言論自由透過法律再具體制訂而已，因此項特權與人權保障關係甚巨，具體落實在訴訟法中較易為人所理解與操作，能更加完善的保障人權。反對者復認基本人權在符合憲法的要求下，是可以受到限制的，但拒絕自我入罪特權可以受到限制嗎？本文以為拒絕自我入罪特權其中一個內涵——證人之拒絕證言權，在英美法制中有豁免制度，亦即證人雖有拒絕證言權，惟必要時法院仍得在賦予其刑事免責權後，強制該證人為證言，且就算此特權不是言論自由保障之範圍，如前所述應仍可推論此特權為憲法所保障之基本權利無疑，因此仍會有反對說所稱在「發現真實的必要」或「維護重要法益」時，拒絕自我入罪特權將會受到限制之情形。另反對說者認為同為拒絕自我入罪特權內涵的拒絕證言權何以限於「恐有使自己受刑事訴追之虞」才可行使之要件？本文以為雖拒絕證言權為拒絕自我入罪特權之內涵，但仍有其自身之基礎理論與基本原則、要件<sup>164</sup>，不能忽略。而反對說者最後一個論點乃所謂「主動基準」與「供述基準」之差異，本文在此採取與美、日兩國及國內多數實務、學說之「供述基準」說，認為非供述證據之取得應是屬於蒐集物證之方法，從法定程序去規範即可，無須納入拒絕自我入罪特權之保障範圍，如同美國證據法專家 Wigmore 教授謂：「回顧拒絕自我入罪特權之歷史發展，將其適用對象限於口頭供述及書面供述之提出，毋寧是最妥當之見解<sup>165</sup>。」綜上所述，本文以為憲法第 11 條言論自由可以作為拒絕自我入罪特權之憲法依據。

## 第二項 刑事訴訟法上之定位

民國 56 年刑事訴訟法修法時增訂第 156 條第 3 項：「被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行。」此一規定為當時唯一一個關於被告得保持緘默之相關規定，為其立法理由謂：按刑事被告應有拒絕陳述或保持緘默之自由，在美國聯邦憲法增修條款第 5 條及日本憲法第 38 條第 1 項均以明文規定，不得強制刑事被告為不利於己之陳述，我國憲法就此雖無明文，但依本法（民國 17 年之舊法）第 98 條及本條第 1 項之規定，固亦涵有此意，惟我國傳統觀念每遇被告之拒絕陳

<sup>164</sup> 基礎理論與原則、要件請參閱：吳巡龍，新刑事訴訟制度與證據法則，新學林出版股份有限公司，2003 年 9 月，頁 245~248；蔡宗聖，證人拒絕證言權制度之研究-以新聞記者業務關係拒絕證言權之立法可行性為中心，國立台北大學法學系碩士班碩士論文，2006 年 8 月，頁 7~9。

<sup>165</sup> J.Wigmore, *supra* note 10, §2263。轉引自許哲嘉，同註 86 文，頁 78。

述或保持緘默者，不復注意調查其他證據，即認為理屈詞窮是於被告至為不利，故本條酌採英美證據法則增列第3項，明定不得僅因被告拒絕陳述或保持緘默而推斷其罪行，藉以維護被告之利益。

依其立法意旨之說明，現行法下有偏重犯罪嫌疑人自白之傾向，特別是偵查機關往往以不當之方法取得犯罪嫌疑人之自白而導致冤獄，參酌先進國家於法律上承認犯罪嫌疑人及被告有保持緘默之自由，為防止不當或違法之偵訊，故有賦予其緘默權之必要<sup>166</sup>。可見，立法者增訂第156條第3項之意旨，係為引進緘默權之保障，只是在用語上未直接規定「被告得保持緘默」，而僅就其效果，保持緘默不受有罪之推斷予以規定而已。然此項規定是否即為我國法制明文承認緘默權之肇始，引發學界肯定與否定二對立之爭議。

民國86年12月修法增訂第95條第2款，明文規定：訊問被告應先告知左列事項：...二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述...。立法理由謂：一、近代各國法律，多設有緘默（或拒絕陳述）權之規定。其於刑事訴訟法中規定者，如德國、日本、義大利、新加坡等是，於憲法判例中承認之，如美國、日本是。二、本法第156條第3項所謂「不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行」，是否旨在賦予被告拒絕陳述或保持緘默之權利，似嫌不甚明確。為保障被告自由陳述之權利，爰參考德國刑事訴訟法第136條第1項、第163條a第4項、日本刑事訴訟法第198條第2項、第291條第2項、第311條第1項、新加坡刑事訴訟法第140條第2項等立法例，將本條第1項之「訊問被告，應告以犯罪嫌疑及所犯罪名」，修正為：訊問被告，應告以犯罪之嫌疑、所犯罪名及無須違背自己之意思而為陳述<sup>167</sup>。自此，偵查機關及法院於訊問前負有告知之義務，在解釋上，犯罪嫌疑人或被告若無緘默權之保障，何來第95條第2款「告知義務」之規定，告知義務之規定是以緘默權之存在為其前提，應屬當然之論理解釋。因此，對於上述之爭議問題，透過此次增訂第95條第2款有關緘默權之告知規定，應會使其劃下休止符<sup>168</sup>。

但值得注意者，我國立法技術乃是採用正面課予國家機關「告知義務」的間接立法方式，反面宣示被告有保持緘默的權利，來保障被告陳述自由及證人的拒絕證言權，以避免其因不知法律而誤為自我入罪的陳述決定<sup>169</sup>。有學者即謂「無須違背自己之意思而為陳述」，雖然亦可從寬解釋為「得

<sup>166</sup> 立法院公報，第37會期第9期，頁108~109。

<sup>167</sup> 立法院公報，86卷52期（上），頁82~83。

<sup>168</sup> 陳運財，同註85書，頁316。

<sup>169</sup> 林鈺雄，同註145文，頁222。

拒絕陳述」，但是亦有可能被解釋為「有陳述義務，但無須違反自己之意思而為陳述」，因此應明白規定為「得拒絕陳述」，以免緘默權之保障落空<sup>170</sup>。亦有學者指出，雖為此種立法，但絕不應將此規範方式誤解為「被告緘默權不受（直接）保障」<sup>171</sup>。

綜上，現行法制下，我國拒絕自我入罪特權顯諸於被告則為緘默權，被告無須違背自己之意思而為陳述，如刑事訴訟法第 95 條第 2 款；顯諸於證人則為拒絕證言權，證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，如刑事訴訟法第 181 條。證人與被告同有拒絕自我入罪之特權，但因為二者在刑事訴訟中之身份與角色不同，所表彰之權利內容也因此有所歧異<sup>172</sup>。

### 第三項 我國之適用範圍

關於我國拒絕自我入罪特權之適用範圍，本文亦採用前述美國聯邦憲法增修條款第 5 條之個個要件來加以論述：

一、「適用主體」要件：如同本章第三節第二項所述，在我國刑事訴訟法之條文規定中，拒絕自我入罪特權適用於偵查階段之犯罪嫌疑人、審判階段之被告及證人，顯諸於犯罪嫌疑人或被告者為緘默權，其無須違背自己之意思而為陳述；顯諸於證人則為拒絕證言權，其恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。於我國審判實務中，最高法院曾用「自己入罪」之用語來加以闡述此一概念，如 100 年台上字第 1925 號判決、96 年台上字第 7239 號判決表示：「、、、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，將使證人陷於如前述之抉擇困境，無異剝奪證人此項拒絕證言權，強迫其作出讓自己入罪之陳述、、、」、98 年台上字第 3474 號判決表示：「、、、是如未踐行此項告知義務，而告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結，則將使證人陷於抉擇困境，無異剝奪證人此項拒絕證言權，強迫其作出讓自己入罪之陳述、、、」。

二、「適用範圍」要件：拒絕自我入罪特權在我國具有憲法上之地位已如本章第三節第一項所述，若欲限制人民權利的行使則應遵守憲法第 23

<sup>170</sup> 吳景芳，同註 84 文，頁 30。

<sup>171</sup> 林鈺雄，歐式米蘭達-歐洲人權法院 Allan 裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學，第 72 期，2005 年 7 月，頁 130。

<sup>172</sup> 王兆鵬，同註 33 文，頁 48。

條之要求而以法律定之，但我國並無法律規定此特權不得於其他法領域行使之，換言之此特權於刑事法領域以外亦有適用。如行政訴訟法第 145 條：「證人恐因陳述致自己或下列之人受刑事訴追或蒙恥辱者，得拒絕證言：一、證人之配偶、前配偶或四親等內之血親、三親等內之姻親或曾有此親屬關係或與證人訂有婚約者。二、證人之監護人或受監護人。」、民事訴訟法第 307 條：「證人有下列各款情形之一者，得拒絕證言：一、證人所為證言，足致證人或與證人有第一款關係或有監護關係之人受刑事訴追或蒙恥辱者。」又我國審判實務中，最高法院 100 年台上字第 556 號判決、99 年台上字第 3067 號判決、98 年台上字第 3474 號判決、96 年台上字第 7239 號判決等皆認為民事訴訟法第 307 條第 2 項告知義務之違反係剝奪證人之拒絕證言權，有違「不自證己罪」原則。此外我國並未如美國一般提出所謂證據鍊關係，參考學說對於為免遭受刑事追訴或處罰的解釋所建立的標準，其為（1）應指將來有受起訴或有罪判決之虞的事項以及加重刑罰事由之事項，以涉及刑事責任為限，不及於單純被追究民事責任之事實或僅止於影響名譽之事實（2）所謂之有受起訴或有罪判決之虞的事項，並不以該當之犯罪事實為限，得據以推測犯罪事實存在之密接關連事實、以及可能導致發現犯罪事實之線索的事實，均應屬之<sup>173</sup>。

三、「強迫」要件：一般對於強迫的定義除了物理上的使身體不自由外更包含心理上的不自由，故對於被告不論是物理上或心理上的強迫使其不能自由決定陳述與否，皆屬對於拒絕自我入罪特權保障的違反。刑事訴訟法第 95 條規定告知義務，在未告知的情況，人民對於法律不夠熟稔不瞭解自己所享有的權利，而會誤以為面對國家機關的訊（詢）問無拒絕的權利。換言之，當未徹底踐行告知義務時，受問者的內心同受迫般不是完全自由的。同法第 156 條第 4 項規定禁止對於拒絕陳述或是保持緘默的被告推斷其罪行。不得在人民保持緘默後，再以其緘默作為對其不利之實體證據、量刑依據、羈押理由，等於處罰人民行使權利，間接強迫人民陳述，仍然違反拒絕自我入罪特權。然而國家機關雖未實施威脅或強迫等訊問方式，但因為國家機關所造成的特殊環境，有時應推定為構成強迫人民陳述。此種情形包括拘捕被告後的警訊、檢察官接受警察拘捕移送之被告而為訊問，在此環境下的訊問，應推定構成「事實」上「強迫」人民陳述<sup>174</sup>。

四、「證人」要件：如同本章第二節各國立法例之探討，在美國著重點在於不得強迫做出對自己不利之「陳述」，而在德國著重點在於無義務以「積極行為」來協助對自己的刑事追訴，此及學說文獻上所稱之「供述基準」與「主動基準」之差異。在我國審判實務上，最高法院 94 年台上字第 7169 號判決所涉及之事實及判決內容謂：「、、、又被告否認犯罪

<sup>173</sup> 陳運財，同註 85 書，頁 333。

<sup>174</sup> 王兆鵬，同註 120 文，頁 189。

事實所持辯解縱使不能成立，除非有確實證據足以證明對於被告犯罪已無合理之懷疑外，不能遽為有罪之認定；刑事訴訟法規定被告有緘默權，被告基於「不自證己罪原則」，既無供述之義務，亦無真實陳述之義務，同時亦不負自證清白之責任，不能因被告未能提出證據資料證明其無罪，即認定其有罪」；101年台上字第1071號判決所涉及之事實及判決內容謂：「、、、檢察官告知時未將刑事訴訟法第181條所定應告知文義告知證人，使其明瞭得拒絕證言、、、未待證人回應或明瞭證人已知其所告知意義，形同未踐行法律所定告知之義務。此項程序之違反所取得之供述證據，自有違不自證己罪及法定正當程序」。由此二判決可看出係採取供述基準。然有論者認為最高法院92年台上字第1456號判決及94年台上字第3293號判決論及：「、、、刑事訴訟法規定被告有緘默權，被告基於「不自證己罪原則」，既無供述之義務，亦無真實陳述之義務，同時亦不負自證清白之責任，不能因被告未能提出證據資料證明其無罪，即認定其有罪」乃是採取主動基準之表徵<sup>175</sup>。

#### 第四節 小結

本文認為拒絕自我入罪特權其最主要目的，在防止國家機關強迫被告揭露其所知、所思、所信，再藉該所知、所思、所信而定被告於罪。絕大多數的言語陳述，表達人之所知、所思、所信，當然受拒絕自我入罪特權之保護；雖非言語陳述，但可傳達人之思想、心裡、認知之證據，亦為拒絕自我入罪特權保護之客體。而這些性質之證據乃屬「供述」之證據，即係以人的思想內容為證據，以人內心之意思自由表現於外的證據。故判斷某證據是否為拒絕自我入罪特權所保護，其標準應以該證據之性質是否具「供述或溝通」之本質，若本質上具有提供傳達或意思表示性質的證據，應認為受拒絕自我入罪特權之保護，國家機關不得強迫取得；反之，若本質上不具有提供傳達或意思表示性質的證據即不受保護，得強迫取得<sup>176</sup>。惟此種情形，該強制取證行為應受正當法律程序之規範，自不待言。

然反對者一再認為供述基準違背拒絕自我入罪特權的規範保護目的，因為如果一方面禁止國家機關強制取得被告的供述證據，但卻容許國家課予被告主動提出非供述證據之積極義務，例如命提出證物以自證清白或命

---

<sup>175</sup> 林鈺雄，不自證己罪原則之射程距離-最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學，第93期，2007年4月，頁224~225。

<sup>176</sup> 王兆鵬，同註33文，頁69~70。

為其他主動配合追訴的措施，同樣是強制被告自我入罪<sup>177</sup>。另大法官釋字第 627 號解釋，針對總統於國家機密所享有的拒絕證言權中提及：「總統依其國家機密特權，就國家機密事項於刑事訴訟程序應享有拒絕證言權，並於拒絕證言權範圍內，有拒絕提交相關證物之權。」此是否表示我國已採取主動基準之判斷標準？

本文認為反對者上開之論述，其所舉例者如命提出證物以自證清白，被告若堅不提出，則國家機關如何強制其「主動」提出？此際僅能透過國家機關發動強制力而取得該證物，被告實是處於消極協助或忍受義務，反而落在主動基準承認不違反拒絕自我入罪特權之範圍內。而大法官釋字第 627 號解釋，此乃針對總統此一憲法上之地位及特權作論述，且該國家機密特權係就有關國家安全、國防及外交之資訊，認為其公開可能影響國家安全與國家利益而應屬國家機密者，有決定不予公開之權力，與本文所討論刑事程序上之拒絕自我入罪特權尚屬有間，可否直接認為我國實務已採取主動基準之判斷標準，仍不無疑問。

拒絕自我入罪特權為現代法治國家普遍賦予人民之基本權利，除從我國大法官釋字第 384 號解釋、第 392 號解釋推論係憲法第 22 條所謂之概括基本權之一種外，本文認為從人性尊嚴的角度出發，政府必須尊重個人的獨立、自主、個體與尊嚴，不得任意加以限制或侵犯，刑事訴訟法乃憲法之測震儀，其中之基本指導原則可謂導源於人性尊嚴之法理。此外，正當法律程序更是賦予刑事程序當事人受公平審判對待之重要一環，其已成為我國憲法之一般原理原則當屬無疑，因此若強迫被告成為對自己不利之證人，無異是違反公平審判之要求，有違正當法律程序。另因本文採取供述基準之見解，故拒絕自我入罪特權本質上似可解釋為供述自由權，與我國憲法第 11 條所保障之言論自由相當。從上述人性尊嚴、正當法律程序、言論自由角度出發，應可認拒絕自我入罪特權在我國仍具有憲法上之位階，為憲法所保障之基本權利。

其次，我國刑事訴訟法與德國立法例相似，係以反面課予國家機關告知刑事被告有權保持緘默的告知義務立法，以及賦予證人因自證己罪之虞的拒絕證言權，來保障刑事被告及證人的拒絕自我入罪特權。最高法院 100 年台上字第 4208 號判決亦表示：被告之緘默權與免於自陷入罪之拒絕證言權，同屬不自證己罪（拒絕自我入罪特權）之範疇，兩者得以兼容併存，並無齟齬。

最後一提的是，本文以為我國在民國 86 年底方增訂刑事訴訟法第 95

---

<sup>177</sup> 林鈺雄，同註 175，頁 227。

條相關規定，至今僅短短十多年，當無法如英美等國有較完整之論述基礎，因此拒絕自我入罪特權在我國之適用及保障範圍尚無一致之見解乃屬正常。惟在英美兩國此特權其後之發展，縱有部分限縮權利保障內容的論述，但此等論述乃基於確立拒絕自我入罪特權後，過度擴張特權保護範圍才有其後之限縮趨勢產生，此一演進過程在未來我國探究特權之保障範圍上應加以留意。



## 第四章 檢查身體處分與拒絕自我入罪特權二者之關聯

第四章為本文研究之重心，由前兩章研究之結論進一步探討各種檢查身體處分與拒絕自我入罪特權之關聯，亦即被告或犯罪嫌疑人被強制施行檢查身體處分時，有否違反其拒絕自我入罪特權？換言之，拒絕自我入罪特權之保障範圍是否包含檢查身體處分行為？

民國 86 年 12 月 19 日修正公布之刑事訴訟法第 95 條第 2 款明訂被告得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述，此及一般所謂之緘默權保障，而緘默權之行使，依上開條文文意係指得基於自由意志選擇為陳述或不為陳述，然而實務上為了取得證據，往往強制檢查身體或要求配合一定動作（如要求吐氣）、或維持一定的姿勢（如配合指認），甚至侵入身體抽取體液等均所常見。此等檢查身體或採樣行為往往是為了求取實驗的樣本供鑑定，或為分析之用，或為對照之用，依此鑑定實驗出一定之結果，然後根據分析結果判斷或推定特定的事物及過程，此是否即是強迫受檢查人為一定之「供述」，而違反拒絕自我入罪特權？

以下即針對較具指標性及爭議性之各種行為態樣，層層論述是否屬於「檢查身體」處分？侵害人民何種權利？進而探討此行為態樣是否為「拒絕自我入罪特權」之保障範圍？

### 第一節 血液抽取

#### 第一項 採血之性質

由本文第二章可知，檢查身體處分之意義乃透過五官作用觀察、認識受檢查人之身體外部狀態及特徵或以專業的採集、檢驗方式得知受檢查人身體內部跡證或性質之行為，而檢查身體處分較重要之分類亦為以受侵害程度而為侵入身體或非侵入身體之區分。而人體內血液之抽取，乃物理性侵入身體採樣之強制處分，從前開檢查身體之定義及其範圍可知，血液抽取係屬於檢查身體的概念範圍，應無疑義。

在確立血液抽取係屬於檢查身體處分之一環後，將探討血液抽取侵犯人民何種基本權利？如同本文第二章所述，檢查身體行為（尤其是侵入性檢查身體行為）是對身體的直接干預，不論其傷害之程度大小，亦不論是否出於自願，必然會產生傷害身體健康之結果，故當然會侵害到身體不受侵犯權。此外，筆者在搜尋相關實務判決及研讀此類文獻時發現，實務上大部分的酒醉駕車案件中，基於酒精含量會因人體代謝作用而逐漸流失的特性，往往都是由警察機關逕行將被告送往醫療機構抽血檢驗，當中必會需要暫時或長時間的拘束受檢查人之身體自由。再者，血液抽取後送交檢驗所取得之資訊，係將受檢查人身體之情報、資訊曝光，違反個人資訊不公開之內涵，侵犯人民之隱私權。

## 第二項 法律依據

道路交通管理處罰條例第 35 條第 1 項規定：汽車駕駛人，駕駛汽車經測試檢定有下列情形之一者，處新臺幣一萬五千元以上六萬元以下罰鍰，並當場移置保管該汽車及吊扣其駕駛執照一年；因而肇事致人受傷者，並吊扣其駕駛執照二年；致人重傷或死亡者，吊銷其駕駛執照，並不得再考領：一、酒精濃度超過規定標準。二、吸食毒品、迷幻藥、麻醉藥品及其相類似之管制藥品。同條第 5 項規定：汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第一項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。

在刑事訴訟法方面，第 205 條之 1 第 1 項規定：鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，採取分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物，並得採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或其他相類之行為。於此血液之採取係屬審判長、受命法官或檢察官之處分，然對照上述道路交通管理處罰條例，該條例卻可由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員為處分，此實有規範不足、寬嚴不一之疑慮。

又刑法第 185 條之 3 第 1 項規定：服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。當警察機關認為被告或犯罪嫌疑人犯有刑法第 185 條之 3 不能安全駕駛罪等罪，絕不容許警察機關以道路交通管理處罰條例作為刑事訴訟偵查程序採樣之授權規定，而遽以認定當被告或犯罪嫌疑人肇事拒絕接受或肇事無法實施第一項測試之檢定時，得將其強制移由受委託醫療或檢驗機關對其實施血液或其他檢體之採樣及測試

檢定。此有將較嚴格之刑事訴訟規定遁入較寬鬆之行政規定中，導致本質上仍是以一侵犯性身體檢查處分之行為，為刑事偵查之蒐集、保全證據之程序，卻適用較寬鬆之道路交通安全處罰條例，迴避刑事訴訟法對於侵犯性身體檢查處分所要求之相當理由、令狀原則、取得證據之必要性、侵入程度及方式需合理性等之要求，將致過份侵害人權<sup>178</sup>。

### 第三項 比較法之觀察

本文欲進一步探討者，此種採取血液來化驗酒精濃度以便作為駕駛人是否有酒後駕車之行為，是否有違反拒絕自我入罪特權？以下以美國法上幾個重要判決來作分析<sup>179</sup>：

#### 一、Schmerber v. California 案<sup>180</sup>

該案件中被告 Schmerber 被懷疑因酒罪駕車而釀成車禍，於醫院治療時，警察為證明被告曾經飲酒，遂指示醫生抽取其血液樣本，經分析結果證明被告在肇事當時，含有相當比重之酒精濃度，檢方乃將此分析報告提出法院做為被告有罪證據之用，州法院因而判定被告有罪。被告主張警方強制取血之行為係在違反本人意願下進行，侵害其憲法增修條款第 5 條等之權利。

聯邦最高法院針對被告之主張指出，關於憲法增修條款第 5 條係為保障被告免於被強迫做證對抗自己，或免除其被強迫提供證言、提出書面供述或具意思傳達本質之證據予政府。在本案無論是「抽血」或「血液分析報告」證據的使用，都不生對被告之溝通傳達有一絲強制之現象。因為血液檢驗證據雖然是為了證明犯罪而強制取得之物，但既非證言，亦非與意思傳達有關或是由被告製作之文書，故而皆未違反憲法增修條款第 5 條之規定。

#### 二、South Dakota v. Neville 案<sup>181</sup>

按南達科塔州訂有默示同意法，規定任何人在該州開車等於已默示同

<sup>178</sup> 陳筱屏，同註 7 文，頁 139~140。

<sup>179</sup> 朱富美，強制酒後駕車涉嫌人呼氣或抽血檢驗酒精濃度是否侵害其緘默權（一），司法週刊，第 1007 期，2000 年 11 月，第二版；李翔甫，同註 30 書，頁 159~160；簡旭成，同註 21 文，頁 25~28；蕭明東，同註 6 文，頁 47~48；李小羿，同註 97 文，頁 69~70。

<sup>180</sup> 同註 35。

<sup>181</sup> 同註 126。

意因疑似酒醉駕車被捕時，願意接受檢驗其血液中酒精含量。且依該州法律，酒醉駕車之人得拒絕警察檢測其酒精濃度之要求，但對於拒測之人，州政府可吊銷其駕照，並將其拒絕檢測一事在公判庭做為不利於他之證據。

本案被告 Neville 拒絕接受血液檢測，認為侵害其憲法增修條款第 5 條拒絕自我入罪特權，聯邦最高法院認為拒絕抽血檢查和從拘禁中脫逃、隱匿證據等狀況證據一樣屬於物的證據，況且憲法增修條款第 5 條所要禁止的是物理或心理的強制，該條款之客體並未及於「非供述證據」。而「拒絕強制抽血」，乃屬身體之動作，係事實上之行為，並非思想上之意見傳達，故不能主張其「拒絕自我入罪」之權利已遭受侵害。再者，本案之州政府，並未強迫被告行使拒絕之權利，被告有權選擇做血液檢驗或拒絕，並未陷入選擇之困境中，因此被告拒絕接受抽血之行為，在審判過程中可作為不利之證據。

本文以為在上二判決之後，美國聯邦最高法院認為從血液酒測所得之有罪證據，性質上屬身體性證據，不是「供述性」或「情報傳達性」證據，亦即以證據是否具供述或溝通性質來判斷證據是否受拒絕自我入罪特權之保護，並認某些州法律規定承認嫌疑人有拒絕酒測之權利，但其拒絕測酒測之事實，得作為被告不利證據之實務做法為合憲<sup>182</sup>。而若以主動基準之觀點，酒醉駕車案件追訴機關可以依刑事訴訟法中關於身體檢查之相關規定抽取被告血液以測量血液中酒精濃度，因此際被告乃被動、消極忍受國家機關之行為，無以積極的作為來協助不利於己的刑事訴追，故亦無違反拒絕自我入罪特權。

## 第二節 呼（吐）氣檢測

### 第一項 吐氣之性質

呼（吐）氣是指受測者對著測試器的吹嘴吹氣，而測試器會藉由吹氣者口中所吐出的氣味來判斷吹氣者口中的氣體濃度，目前實務上所稱的呼（吐）氣，主要是用於酒精濃度測試，藉此判斷駕駛人的精神狀態是否適

---

<sup>182</sup> 朱朝亮，同註 82 文，頁 332。

合行車<sup>183</sup>。

刑事訴訟法第 205 條之 2 乃檢查身體處分之相關規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之。」其中吐氣已明文規範在內；而在日本，呼氣之採取是屬於該國刑事訴訟法第 220 條第 1 項「於逮捕現場之勘驗」，而此項勘驗可以解為同法第 222 條、第 129 條身體檢查之一種<sup>184</sup>。

而呼（吐）氣在實施的過程中，若被告不願配合，理論上國家訴追機關能夠違反被告意思強制吐氣，此過程會影響被告決定是否提供樣本的意思決定自由，且同樣的會干預被告的人身自由，例如在路邊臨檢的案例中，警察要求駕駛人下車接受酒精濃度測試，駕駛人不僅必須被短暫的留置在路邊，其「往何處去」的意思決定自由亦短暫的被限制。另外，被告口中的氣味亦屬於被告的個人資訊之一，因此被告的資訊自決權原則上亦應受到保障<sup>185</sup>。

在我國警察人員為防止道路之危害，確保道路之安全與順暢，依警察職權行使法第 8 條第 1 項第 3 款及道路交通管理處罰條例第 35 條實施酒測職權時，運用呼氣酒精測試器及分析儀所採取之吐氣檢測是否亦應納入拒絕自我入罪特權之保障範圍？如同本文第三章第二節第三項，關於拒絕自我入罪特權之適用範圍有狹義說、廣義說、折衷說，有論者基於折衷說之立場謂：強制要求受測者積極的配合吐氣，顯然已進入拒絕自我入罪特權之射程範圍，為求人格尊嚴之保障，「拒絕吐氣測試」之事實，不得於審判中作為對受測者不利之證據<sup>186</sup>。惟反對者認為，無論是道路交通管理處罰條例第 35 條將酒精濃度值列為構成要件要素，或刑法第 185 條之 3 將酒精濃度值列為證據要素，均不失其證明有酒後駕車之證據資料；且吐氣檢測係基於公益性、必要性及急迫性之需要而採取之措施，應為瞭解身上所含酒精濃度之必要手段，復對受測者之人權侵犯甚為輕微，基於憲法第 23 條之規定，當有限制受測者自由權利之必要，故非

---

<sup>183</sup> 張鈺洋，身體權干預之強制處分之體系定位—法與醫學的科技整合思考，國立高雄第一科技大學科技法律研究所碩士論文，2009 年 11 月，頁 12~13。

<sup>184</sup> 王清暉，呼氣酒精測試證據之研究，國立台北大學法學系碩士班碩士論文，2003 年 1 月，頁 40。

<sup>185</sup> 張鈺洋，同註 183 文，頁 29。

<sup>186</sup> 王清暉，同註 184 文，頁 67。

拒絕自我入罪特權之保護範圍，應以狹義說為當<sup>187</sup>。本文對此贊同狹義說之見解，對於駕駛人是否為酒醉駕車，最迅速且侵害最小之手段即是吐氣檢測，若將拒絕自我入罪特權無限上綱，將保護範圍擴及至身體採樣，除非本人同意接受檢測，否則證據調查將形同具文，一切停滯，將有違偵查之目的及審判之精神。

## 第二項 法律依據

如同前述，在我國目前可實施酒精濃度測試之法律依據不外乎係道路交通管理處罰條例第 35 條及警察職權行使法第 8 條，而刑法第 185 條之 3 亦規定服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛之情狀，此三種法律依據其測試酒精濃度之方式皆可由駕駛人透過呼（吐）氣來判定。

司法院大法官釋字第 699 號解釋認為：道路交通管理處罰條例第 35 條第 4 項前段規定，汽車駕駛人拒絕接受同條第 1 項第 1 款酒精濃度測試之檢定者，吊銷其駕駛執照。同條例第 67 條第 2 項前段復規定，汽車駕駛人曾依第 35 條第 4 項前段規定吊銷駕駛執照者，三年內不得考領駕駛執照。又同條例第 68 條另規定，汽車駕駛人因第 35 條第 4 項前段規定而受吊銷駕駛執照處分者，吊銷其持有各級車類之駕駛執照。上開規定與憲法第 23 條比例原則尚無牴觸，而與憲法保障人民行動自由及工作權之意旨無違。細究該號解釋，道路交通管理處罰條例所採吊銷駕駛執照等手段其目的洵屬正當且必要，更有助於遏止酒後駕車之不當行為，防範發生交通事故目的之達成，又其所限制與所保護之法益間，尚非顯失均衡，因而認定該條例合憲。

在道路交通管理處罰條例相關規定認為合憲之前提下，釋字第 699 號解釋復提及：依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利，乃警察之任務（警察法第 2 條規定參照）。警察對於已發生危害或依客觀合理判斷易生危害之交通工具，得予以攔停，要求駕駛人接受酒精濃度測試之檢定（以下簡稱酒測；警察職權行使法第 8 條第 1 項第 3 款、刑法第 185 條之 3、道路交通管理處罰條例第 35 條及道路交通安全規則第 114 條第 2 款規定參照），是駕駛人有依法配合酒測之義務。受檢人如拒絕接受酒測，警察應先行勸導並告知拒絕之法律效果，如受檢人仍拒絕接受酒測，始得加以處罰。

---

<sup>187</sup> 李翔甫，同註 30 書，頁 33～34。

於此，本文認為倘呼（吐）氣檢測在拒絕自我入罪特權之保障範圍內，則受檢人當可主張此特權而拒絕檢測，且不得因拒絕檢測而受到不利益之處罰。然依照釋字第 699 號解釋推知，似可認受檢人此際並無法主張拒絕自我入罪特權而拒不吐氣檢測，如拒絕酒測，則得加以處罰。另依本文所採供述基準之角度觀之，人民之呼（吐）氣或酒精濃度並不具供述或溝通之性質，因此不受拒絕自我入罪特權之保護，國家機關非不得立法授權執法人員在人民拒絕酒測時施以強制力，當人民拒絕酒測時亦得加以處罰之，甚至得自人民拒絕接受酒測而對其作不利之推斷。然若以主動基準之觀點，被告倘不主動配合，則實無法取得被告呼（吐）氣之資訊，因此若非被告主動配合，此動作顯得毫無意義，故強迫被告違反意願呼（吐）氣實已侵害其拒絕自我入罪特權。

在比較法上，日本最高法院 1997 年 1 月 30 日第 1 小法庭之判決，認為該國憲法第 38 條第 1 項所要保障之規定，係禁止強迫問及有刑事責任之虞之相關事項，而上述之吐氣檢查，乃以防止帶有酒氣駕駛車輛為目的，而對駕駛人身上採取吐氣所作之酒精濃度調查，非以獲取駕駛人之「供述」為其目的，故對抗拒檢查者，依該國道路交通法第 119 條之 2 抗拒吐氣檢查罪，科以日幣 30 萬元以下罰金處罰，並未違反憲法第 38 條第 1 項。以繼受美國憲法之日本，既將該憲法第 38 條第 1 項之「供述拒絕權」限定為刑事上之不利益事項，則其「供述」之內涵應以「意思傳達」為其主要要素，故非以「意思傳達」所為之提供吐氣或採取吐氣等行為，則顯非該憲法第 38 條第 1 項所要保障之範圍，受檢者若予以抗拒，處以刑事罰，要無違憲之虞<sup>188</sup>。

### 第三節 DNA 採樣

#### 第一項 DNA 採樣之性質

DNA 鑑定是從人的血液、毛髮、精液、唾液等分泌物中採取出 DNA (deoxyribo-nucleic acid ;稱為「去氧核糖核酸」)，係含有基因情報的細胞內的染色體，透過此樣品分析鑑定，以進行個人識別，確同一性的一種方法<sup>189</sup>。生物體細胞中帶有遺傳性狀的生化物質者為染色體，染色體

<sup>188</sup> 李翔甫，同註 30 書，頁 124~125；同此見解陳貞卉，同註 5 文，頁 49。

<sup>189</sup> 三井誠，DNA 鑑定，法學教室，第 210 期，1998 年 3 月，頁 55。轉引自陳運財，同

主要是由 DNA（去氧核糖核酸）及 RNA（核糖核酸）所組成的。前者係決定及傳遞遺傳之物質，除非同卵雙胞胎，否則每個人的 DNA 組成都會不一樣，這一點使其成為個人識別之主要依據。也正因為與他人相同之可能性極低，故在刑案現場所採取到的體液跡痕、骨骼、毛髮等生物組織檢體中都可以從中萃取出 DNA，而以之判明受害人與加害人之身分<sup>190</sup>。

在我國 DNA 採樣最主要乃依據去氧核糖核酸採樣條例，該條例施行細則第 5 條規定執行該條例時，應優先採取血液樣本，其次為唾液樣本，再其次為毛髮樣本。依此規定可知，DNA 採樣顯屬身體檢查處分之行為。而 DNA 鑑定主要分為採集和分析兩個階段，此二階段對於基本權所造成的干預和侵害並不同，在採集的過程中干預的除了人身自由外就是身體不受傷害權，至於後階段分析的過程，則可能干預人民的隱私權或資訊自決權，這兩個步驟必須搭配才能組成一個完整的刑事調查程序<sup>191</sup>。

在我國刑事訴訟法第 205 條之 2 未增定前，我國刑事程序中，關於血液、尿液等體液之採取，其法律依據何在，得否以強制手段採取，學理上向來存有爭議。主要可分為「勘驗處分說」及「新型處分說」，前者又有「檢查身體說」及「其他必要處分說」之別。如今，在增訂第 205 條之 2 之規定後，關於體液的採取，司法警察人員的部分固然得直接依此項規定，違反拘提逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告的意思，採取其毛髮或體液。惟檢察官或法官所為之體液採樣，其性質究應如何定位，上述各說之爭議依舊存在。有學者認關於我國刑事訴訟法上體液採樣之定位，應以勘驗處分中之檢查身體說較為可採，並有精闢之分析：首先，體液採樣，乃對人體內部所貯存的個體組織的部分所為之採取，毛髮或皮膚表皮的採取，縱使是身體的外表為之，與體液採取相同，均屬對身體完整的介入或侵害，不同者，僅屬侵害程度有別而已。此種體液或身體樣本之採集行為，自與發現有體物或電磁紀錄而取得其占有之搜索扣押有別。其次，刑事訴訟法第 212 條及第 213 條所定之勘驗處分，基本上乃透過法官或檢察官五官作用以取得與犯罪有關之證據，作為勘驗方法之一的身體檢查，一般而言亦以身體外部之觀察或檢查為其限度，對於身體內部之侵入及取得行為，並非其本來的意義範圍。再者，亦不宜將體液採樣列進第 213 條其他必要之勘驗處分的範圍，主要是因為體液採樣與勘驗之性質不完全相同外，刑訴法關於其他必要處分之勘驗的法定程序並未設任何規範，故如將體液採樣解釋為其他必要之處分，將造成規範不足的缺失。不論就偵查階段之蒐集

---

註 65 文，頁 92。

<sup>190</sup> 徐昫，DNA 鑑定的科學、哲學與法律問題-美國的經驗與啓示，刑事法雜誌，第 40 卷第 5 期，頁 118。轉引自簡旭成，同註 21 文，頁 153。

<sup>191</sup> 張鈴洋，同註 183 文，頁 30。

證據或審判階段之調查證據言，為比對分析樣品資料是否與本案犯罪情形有關，偵查機關或法院自有實施採集鑑定資料之必要，以交付選任或囑託之醫師或有專業知識經驗者為鑑定；而所謂身體檢查，在文義上並不須過度拘泥於僅透過五官作用的觀察的勘驗概念，實質上為實施鑑定所為之身體樣品的採取，與檢查身體之性質仍具有相當的共通性。職是，綜合判斷體液採樣的行為及目的，此項處分係因鑑定必要所為之身體檢查，亦即，體液採樣乃為取得鑑定資料之身體檢查的處分<sup>192</sup>。

## 第二項 法律依據

如同前述，我國 DNA 採樣最主要乃依據去氧核糖核酸採樣條例，然而為實施 DNA 鑑定之目的，所為體液或身體樣本的採樣，是否得適用刑事訴訟法第 205 之 1 條或第 205 之 2 條之規定行之？抑或僅能根據去氧核糖核酸採樣條例進行採樣？

有論者認為依我國現行法規觀之，目前仍應適用去氧核糖核酸採樣條例之特別規範，才能對刑事被告或犯罪嫌疑人進行 DNA 採樣與鑑定、比對、分析甚至建檔才是。因 DNA 採樣於刑事偵查程序雖多為人別鑑定用，但因 DNA 證據有其特殊性，與一般體液之採樣鑑定有不同之處，故若刑事偵查程序，有採樣 DNA 樣本進行檢測鑑定，甚至建立刑事 DNA 資料庫之必要，仍應透過相關法律之更進一步修正才能妥善完備實施之，而不致產生危害基本人權之疑慮<sup>193</sup>。

是故，因實施 DNA 鑑定之必要，所為之體液或身體樣本的採樣，仍應嚴格受到去氧核糖核酸採樣條例的特別規範，而不應援用刑事訴訟法第 205 條之 1 及第 205 條之 2 的規定。職是，非屬於去氧核糖核酸採樣條例所容許之案件及對象，在現行法制下不得對其實施 DNA 強制採樣，無再行援用刑事訴訟法之餘地，基於法律保留原則，如果真有強制 DNA 採樣之必要，仍應透過法律之修正賦予明文依據後始得行之<sup>194</sup>。

---

<sup>192</sup> 陳運財，同註 65 文，頁 101～103。

<sup>193</sup> 王勁力，淺論刑事 DNA 資料庫之擴建與人權保障-以我國去氧核糖核酸採樣條例修正方向探究，月旦法學雜誌，第 167 期，2009 年 4 月，頁 72。

<sup>194</sup> 陳運財，同註 65 文，頁 105～106。

### 第三項 與拒絕自我入罪特權之關聯

依本文第三章研究之見解，拒絕自我入罪特權保護之客體在美國法上之發展，對於非供述證據，早期多數法院認以被告之「身體」做為證據，即為強迫被告提供不利於己之證據，故應排除該被告身體證據之證據能力。後逐漸改變見解認為未經被告同意強取其身體之證據如血液樣本等並未違反聯邦憲法增修條款第 5 條，自此，包括採取分泌物、排泄物、毛髮、血液、DNA 樣本等，皆不在拒絕自我入罪特權保障範圍內。而我國去氧核醣核酸採樣條例施行細則第 5 條規定執行該條例時，應優先採取血液樣本，其次為唾液樣本，再其次為毛髮樣本。此揭採取之樣本與上述拒絕自我入罪特權保障之客體樣本性質相同，故應認 DNA 採樣不在特權保障範圍內。

於此附帶論述，由於 DNA 鑑定具高度之隱私介入性、可解讀資訊的敏感性及多樣性的特徵，為合於比例原則之要求，得行 DNA 強制採樣之案件及對象，除了應受去氧核醣核酸採樣條例相關規定之限制外<sup>195</sup>，採樣鑑定之實施，應合於下述諸項正當程序的要求，始謂適法：一、強制採樣應由獨立於偵查機關或採樣鑑定人以外之法官審查許可，並依令狀行之。二、事先之說明義務，實施採樣前，應告知被採樣人案由以及實施 DNA 鑑定之用途等事項。三、採樣程序應注意被採樣人之身體安全及其人格權之維護。四、鑑定所得資訊及樣品的妥當保存及處理<sup>196</sup>。

## 第四節 測謊

### 第一項 測謊之性質

所謂測謊 (Lie Detector test)，係指檢測人對受測人以測謊儀器實施檢測，由檢測人向受測人就預定問題發問，受測人回答問題時經由儀器記錄受測人心理及生理反應，再由檢測人就記錄判別解讀，製作成報告載明受測人種種反應是否顯示其說謊或未說謊。故測謊並非針對「謊言」本身加以偵測，而係針對受測人於檢測過程中，回答預定問題時，經測謊儀器記錄其循環系統、呼吸系統及膚電反應等各項資料之記錄探求受測人反

<sup>195</sup> 該條例部分修正條文於中華民國 101 年 7 月 4 日施行。

<sup>196</sup> 黃朝義，論科學偵查中之鑑定及證據問題，法學叢刊，第 170 期，1998 年 4 月，頁 23。

應正常或異常，而判別受測人是否說謊<sup>197</sup>。簡言之，測謊之原理，即是利用人類無法任意控制之自主神經系統之情緒反應與生理變化，加以記錄解讀，以辨明受測人語言活動之真假。當受測者說謊時，會在身體外部引起生理變化，故檢測人可透過測謊儀器之操作，間接探索受測者內心意思之虛實<sup>198</sup>。

依照本文第二章對檢查身體處分之見解乃謂：為確定刑事訴訟程序上之重要事實，透過五官作用觀察、認識受檢查人之身體外部狀態及特徵或以專業的採集、檢驗方式得知受檢查人身體內部跡證或性質之行為。而測謊乃係利用謊儀器記錄心理及生理反應，再透過判別解讀來辨明語言活動之真假，實與本文上述見解有間。另在日本有學者主張，測謊並非是一種身體檢查，而是一種心理檢查，故於現行法上若未取得被測試者之同意，仍不得實施<sup>199</sup>，故本文認為測謊非屬檢查身體處分之一種。

另關於測謊所得之結果有認為係屬供述證據亦有認為係屬非供述證據。前者認為實施測謊並非單以受測者之生理變化本身作為獨立之證據，乃係透過受測者之生理變化，將其質問與回答之間的對照關係展現出來作為證據，生理上所產生之變化與質問間的對應關係上有其重要意義，著重於測謊整體流程所顯現之供述性，故仍具有供述證據之性質<sup>200</sup>。而後者認為檢測人對受測者所提出的種種質問，將受測者之回答配合測謊器所顯示之指標，用以判斷其供詞虛實所為之書面報告，其性質應認是一種受囑託鑑定者所為之鑑定報告，而非以受測者回答內容之真實性為證據而當成供述證據使用，僅係以其回答時之生理變化作為非供述證據使用<sup>201</sup>。

## 第二項 比較法之觀察

在美國 *Schmerber v. California*<sup>202</sup> 一案，聯邦最高法院認為測謊之重點不在取得受測者之陳述，而在取得受測者的心跳、血壓等生理反應，再透過這些生理反應，分析受測者受訊問時的內心狀態，以認定該受測者之所知、所思、所信（例如明知某人或某事實卻說謊），以作為決定其有罪無罪的證據。也因此，測謊得吐露人民之所知、所思、所信，若強迫嫌疑

<sup>197</sup> 陳鴻斌，測謊證據能力之研究，司法院研究年報第 19 輯第 11 篇，1999 年，頁 9~12。

<sup>198</sup> 刑事法委員會，「測謊之證明能力」研討會紀實，律師雜誌，第 208 期，1997 年 1 月，頁 55。

<sup>199</sup> 平野龍一，刑事訴訟法，有斐閣，1978 年，頁 107。

<sup>200</sup> 王兆鵬，重新思維測謊之證據能力，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月，頁 143。

<sup>201</sup> 黃朝義，同註 80 書，頁 522。

<sup>202</sup> 同註 35。

犯接受測謊，為拒絕自我入罪特權所禁<sup>203</sup>。

由上可知，測謊是記錄被測者受訊問時身體功能的變化引起之反應，看似屬於身體之證據，實際上是為了獲得重要證言。因此強迫被告接受測謊，相當於以其被脅迫之生理反應變化決定其有罪與否，而此種生理反應之不受脅迫，正是美國聯邦憲法增修條款第5條立法之精神與歷史，況目前美國在實施測謊前均依法要求告知受測人其有保持緘默之權利，因此強制測謊是違反拒絕自我入罪特權已無庸置疑<sup>204</sup>。

在日本，對被告進行測謊是否有侵害其拒絕自我入罪特權？關此有否定說與肯定說之爭：

否定說者認為，於實施測謊測試時，受測者對檢測人所發出之詢問，並無回答的必要，未課予被告供述義務，即使有所回答，亦非將其當成證明其回答內容真實性之「供述證據」來用，而是以受測者之血壓及出汗等生理的變化反應之記錄作為非供述證據之用，供作分析判定其供述之真偽，故而非憲法第38條第1項所禁止。而實務界在東京高等裁判所昭和41年（1967）6月30日決定中認為：「測謊本身並未立即侵害到犯罪嫌疑人之拒絕供述權，故尚難斷言其違反憲法第38條第1項之意旨及刑事訴訟法第198條第2項之規定。」換言之，日本實務係將測謊測試關於受測者測試結果之生理反應記錄，視作「非供述證據」，故不論是否經過受測者之事先同意，均無侵害特權之虞，明示測謊測試之實施與特權之侵害並無必然之關係<sup>205</sup>。

肯定說者認為，測謊檢查之結果雖用於解讀被檢測者回答測試事項時之生理狀態，但生理狀態本身並非獨自做為證據使用，其目的無非是利用儀器來取得外觀上不具口頭形式之「供述證據」，仍具有發問與回答之意味，可謂是以偵訊取得供述證據之一種變相的運用，故非不可將施測者提出之問題與受測者之生理反應，合併解釋成被告之「供述」，若未經被告同意逕行測謊，即等同強制其供述，有違反拒絕自我入罪特權之嫌。此說

<sup>203</sup> 王兆鵬，同註33文，頁69~70。

<sup>204</sup> 朱富美，強制酒後駕車涉嫌人呼氣或抽血檢驗酒精濃度是否侵害其緘默權（三），司法週刊，第1009期，2000年12月。

<sup>205</sup> 朱朝亮，同註82文，頁337；田正恒，同註82文，頁8；陳運財，同註85書，頁346；許哲嘉，同註86文，頁86；李小羿，同註97文，頁74；王銘勇，被告、犯罪嫌疑人緘默權之研究，全國律師，1999年5月，頁64；平野龍一，同註199文，頁107。

亦為日本學界之多數說<sup>206</sup>。

本文認為測謊實會揭露人民之所知、所思、所信，具有供述證據之性質，因此為拒絕自我入罪特權之保障範圍，此亦與日本肯定說之見解趨於一致。

## 第五節 配合指認

### 第一項 指認之性質

所謂指認是對「現在之觀察」與「過去之觀察」所做之比較。由證人所為之指認則是在其「記憶中對先前犯罪者之記憶圖像」與「現在出現之犯罪嫌疑人」是否相同之比較<sup>207</sup>。因指認有時需被指認人配合為某些行動或舉止，例如配合改變穿著、髮型、說出與犯罪行為人案發當時所說話語、姿勢等，因而有是否違反拒絕自我入罪特權之疑問。

首先需釐清者，「指認」是否為檢查身體處分之一種？其於我國法上之依據為何？關於此一問題由於我國刑事訴訟法並未針對指認程序作明確的規範，因而有學者認為：我國刑事訴訟法第 205 條之 2 之規定賦予檢察事務官、司法警察（官）對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告可進行之「確認措施」以及「採樣處分」等權限，學說上稱為刑事訴訟新法創設之身體檢查類型，其目的則在調查犯罪情形以及蒐集證據。由於對許多犯罪者之身分未必早為偵查機關知悉，故本條前段規定「採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為」等措施之目的在於探究、調查被告身體之特徵，以便於針對特定被告發動之刑事偵查內確認其是否有罪，則對於藉由被害人或其他目擊第三人指認以確認犯罪者的措施，似可包含在「探究、調查被告身體之特徵」範圍內，因此，雖然未明定「指認」，但條文所稱「類似之行為」應可作為進行指認之法律依據。然若要求被告還原當天的裝扮而必須進行理髮或刮鬍等行為，由於頭髮或鬍鬚樣式之改變只是屬於單純之檢查處分，而非侵入性檢查處分，且未對身體造

<sup>206</sup> 朱朝亮，同註 82 文，頁 337~338；田正恒，同註 82 文，頁 8；陳運財，同註 85 書，頁 346；許哲嘉，同註 86 文，頁 86；李小羿，同註 97 文，頁 74。

<sup>207</sup> 楊雲驊，偵查中之指認程序-評最高法院九四年台上字第四七八號、九五年台上字第一一七二號及九五年台上字第三〇二六號等三則判決，台灣本土法學，第 92 期，2007 年 3 月，頁 104。

成損害，因此亦以本條為依據即可<sup>208</sup>。

惟我國司法實務上 95 年台上字第 3026 號判決認為：按現行刑事訴訟法並無關於指認犯罪嫌疑人、被告程序之規定，如何經由被害人、檢舉人或目擊證人以正確指認犯罪嫌疑人，自應依個案之具體情形為適當之處理。目前係依法務部及內政部警政署於 90 年 5 月、8 月頒布之「法務部對於指認犯罪嫌疑人程序要點」、「人犯指認作業要點」及「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」等行政規則來作處理。

## 第二項 比較法之觀察

美國聯邦最高法院在 1910 年的 *Holt v. U.S.*<sup>209</sup> 判決中認為：被告在審判中被強迫穿上犯罪現場所發現之衣物以確定該衣物是否合身，並不是強迫被告供述，此未違反憲法增修條款第 5 條之規定。拒絕自我入罪特權係禁止藉物理之強制力或道德上之強迫而取得被告之供述，非指若有必要時，不得以被告之身體為證據。

在 1967 年 *U.S. v. Wade*<sup>210</sup> 一案中，被告被控搶劫銀行，FBI 幹員將被告置於「成列指證」中，並要求被告及其他待指證者講：「把錢放在袋裡」（搶劫時匪徒所言），以供銀行職員辨識，銀行職員自聲音及成列指證中，指出被告為犯案者。被告抗辯：強迫被告站在成列指認中，並提供聲音樣本，違反拒絕自我入罪特權之規定。美國聯邦最高法院表示被告站在成列指證中，所提供者為物理證據，非供述證據。被告所提供的聲音樣本，僅表達被告的生理特質，未表達被告的思想或有罪與否，非拒絕自我入罪特權所保護的供述證據或溝通，未違反拒絕自我入罪特權<sup>211</sup>。

綜上，本文認為學說上雖有認刑事訴訟法第 205 條之 2 其目的係在調查犯罪情形、蒐集證據以及探究、調查被告身體之特徵，然指認乃非如蒐集被告身體狀況之證據而進行身體檢查，亦非為確認被告身份所做之保全證據措施，若強要以「類似之行為」作為指認的法律依據進而認為指認為一種檢查身體處分，其說理基礎尚無法說服。惟縱指認是否為檢查身體處分仍有待釐清，但其並非供述證據性質尚屬無疑。美國聯邦最高法院認為若強迫被告接受指認則與要求被告提供血液樣本或穿上特定衣物情形相似，目的均為辨識其物理特徵，並非強迫被告作證或提出供述性證據，故

<sup>208</sup> 楊雲驊，同註 207 文，頁 109；同此見解林鈺雄，同註 11 文，頁 77。

<sup>209</sup> *Holt v. U.S.*, 218 U.S. 245(1910).

<sup>210</sup> *U.S. v. Wade*, 388 U.S. 218(1967).

<sup>211</sup> 王兆鵬，同註 33 文，頁 70。

不違反拒絕自我入罪特權<sup>212</sup>。自此在 U.S. v. Wade (1967) 案，強迫被告站在嫌犯中接受指認；U.S. v. Valenzuela (1983) 案，強迫被告刮鬍取得身體證據；U.S. v. Brown (1991) 案，強迫被告染髮；U.S. v. Montgomery (1996) 案，強迫被告試穿現場之衣物等，未侵及被告或犯罪嫌疑人之拒絕自我入罪特權，故不在聯邦憲法增修條款第 5 條保護之範圍內<sup>213</sup>。而若以主動基準之觀點，修髮改變容貌以供指認等，此際無須被告主動配合，被告處於被動範疇，故亦無違反拒絕自我入罪特權。

## 第六節 小結

透過本文第二章對檢查身體處分之見解可知，血液抽取乃為一種檢查身體，可能侵害身體不受侵犯權、隱私權或短暫拘束人身自由權；呼（吐）氣檢測在刑事訴訟法第 205 條之 2 明文納入為檢查身體處分之一種，可能侵害隱私權或短暫拘束人身自由權；DNA 採樣因需透過血液或唾液或毛髮之採集而作分析，故亦為檢查身體處分之一種，可能侵害身體不受侵犯權、隱私權或短暫拘束人身自由權；測謊是一種心理檢查，非屬檢查身體處分之一種，可能侵害隱私權或短暫拘束人身自由權；配合指認非蒐集被告身體狀況之證據故非檢查身體處分，可能侵害隱私權或短暫拘束人身自由權。

上述五種行為態樣是否為拒絕自我入罪特權之保障範圍？以供述基準之看法，非供述證據不在拒絕自我入罪特權保障範圍內，包括身體之檢驗、採尿、採取血液等行為、對犯罪嫌疑人或被告所做的指認或為其他一定動作、穿著之行為、道路交通法上之呼氣檢查、齒模或檢查牙齒、照相、測量身高、DNA 採證等，除此等行為不具供述或溝通性質外，禁止強迫被告在刑事程序裡成為不利於己的證人是禁止利用身體或心理上的強制以求得被告之陳述，而非排除使用被告的身體為證據<sup>214</sup>。故本章中除測謊外，其他皆非拒絕自我入罪特權之保障範圍。

而以主動基準之看法，其非著眼於特定的證據型態，倘若允許國家機

---

<sup>212</sup> 吳巡龍，審判外指認之證據能力與「門山指認法則」(Manson Test) - 兼評最高法院九十二年度台上字第二九七八號判決，月旦法學雜誌，第 123 期，2005 年 8 月，頁 255。

<sup>213</sup> 溫祖德，同註 84 文，頁 66。

<sup>214</sup> 王銘勇，同註 205 文，頁 64；王兆鵬，同註 33 文，頁 69；朱朝亮，同註 82 文，頁 332；朱富美，強制酒後駕車涉嫌人呼氣或抽血檢驗酒精濃度是否侵害其緘默權（二），司法週刊，第 1008 期，2000 年 11 月，第三版；朱富美，同註 204 文，第三版；陳貞卉，同註 5 文，頁 48；李小羿，同註 97 文，頁 127。

關能夠對於非供述證據課予被告主動提出之義務，則仍然可以達到強迫被告以積極方式自我入罪的效果，違背拒絕自我入罪特權。故本章中僅呼（吐）氣檢測需要被告主動配合呼（吐）氣之作為，其餘被告有消極協助或消極忍受之義務，無違反拒絕自我入罪特權。

本文認同指紋、足跡、體液之採取、身體之測量以及照相攝影等場合，與其說是從犯罪嫌疑人或被告口中取得供述，無寧說是蒐集物證之方法，具有搜索、扣押或勘驗或鑑定之性質，因此，依據強制處分法定原則等正當程序之規範，以維護關係人之自由權益即為已足，無庸將體液採取等再納入拒絕自我入罪特權之射程範圍內予以保障<sup>215</sup>。



---

<sup>215</sup> 陳運財，同註 85 書，頁 347；陳運財，同註 65 文，頁 103~104。

## 第五章 結論

本文認為刑事程序中所謂檢查身體處分若要以一明確之文字作敘述或訴諸於刑事訴訟法之條文化誠屬不易，然參照各方學說意見，本文嘗試理解如下：為確定刑事訴訟程序上之重要事實，透過五官作用觀察、認識受檢查人之身體外部狀態及特徵或以專業的採集、檢驗方式得知受檢查人身體內部跡證或性質之行為。

而在此意義之下不難發現檢查身體處分著重在身體內部的侵犯性，而此種處分行為將會侵害受檢查者何種基本權利？本文認為：在身體不受侵犯權方面，該基本權無論是固有權利或源自憲法第 22 條推演而出，皆肯認係憲法保障之權利，而檢查身體行為必然會產生傷害身體健康之結果，故將會侵害身體不受侵犯權。

在人身自由權方面，憲法第 8 條規定凡一切限制人民身體活動之行為，不論是囚禁於一定之處所或是強迫其留滯於某處，只要使人民不能任意離開者均屬之。而檢查身體行為當中必會需要暫時或長時間的拘束受檢查人之身體自由，故將會侵害人身自由權。

在隱私權方面，從大法官釋字多號解釋中均可明確看出其為憲法第 22 條保障之基本權，而檢查身體行為除可能要求將其身體內外部裸露、暴露於他人外，其後取得之資訊係將受檢查人身體之情報、資訊揭露，違反個人資訊不公開之內涵，故將會侵害隱私權。

在確立檢查身體處分會侵害人民之基本權利後，本文將要處理檢查身體處分與其他強制處分或證據之關係。在美國聯邦憲法增修條款中並無檢查身體之相關規定，其一律以搜索扣押之型態展現，強調其強制取證行為之性質，另以合理與否來加以管控。故美國乃將檢查身體處分行為列為憲法增修條款第 4 條搜索行為之一種，不論欲獲得之物屬附著於身體內一部之物，如血液、唾液、精液，或吞下之異物、或是外力射入身體之異物，只要以獲取該物為目的對人體為侵入行為時，皆須以搜索要件加以審查。

本文認為在我國刑事訴訟法中搜索及檢查身體處分各有其實施之目的、要件、方式、得命令實施之主體及執行人之資格等規定，民國 92 年修法前實務工作上採用擴張搜索範圍以解釋檢查身體處分之合法性，係因可依第 132 條在必要程度內可以對抗拒搜索者使用強制力，但僅因貪圖運作上之方便，而將本質大不相同之搜索及檢查身體兩種處分牽強附會地以

相同方式執行，實是忽視相對人之權利保障，故在我國檢查身體處分實不妥如美國一般將其納入搜索之概念之中。

在日本所謂勘驗，是以五官作用認識物（包含場所及人之身體）的存在及狀態之處分，原則上限於對身體外部之觀察或檢查，或有認為係指可以從外表觀察或觸摸等程度之行為。而鑑定，在鑑定人為檢查身體處分時，不僅是身體表面等外部檢查，內部檢查亦可行之。故關於勘驗與鑑定在檢查身體處分內容上之差別，通說是以可否行內部檢查行為為區別標準。另勘驗章中第 139 條規定得使用強制力，而鑑定章中第 168 條第 6 項並未准用第 139 條，故不得使用強制力。除了強制力之問題外，在日本檢查身體最被討論者應屬令狀之種類，本文以為此乃係對鑑定、勘驗及血液、尿液之性質之爭，易讓人混淆誤解。

本文以為，上述日本之爭議就我國法制而言應較為單純，勘驗處分基本上乃透過法官或檢察官五官作用以取得與犯罪有關之證據，一般而言以身體外部之觀察或檢查為其限度，對於身體內部之侵入及取得行為，並非其本來的意義範圍。又侵入性檢查身體處分往往涉及身體完整權之侵害，甚有影響受檢查者之身體健康，因此需有賴專業知識經驗之人始得為之，而我國實行勘驗之主體為法官或檢察官，因此可認第 213 條之勘驗目的所進行之檢查身體並不包括侵犯性檢查身體。此外得否使用強制力之問題在我國亦較日本為單純，刑事訴訟法第 219 條、第 204 之 3 已有明文得使用強制力為檢查身體之規定。

在德國，其刑事訴訟法雖將檢查身體規定在鑑定與勘驗章節中，不過，其係將檢查身體當成獨立之強制處分型而為規定，屬於獨立型態的刑事訴訟上之基本權干預，另對於被告或第三人之檢查身體亦有詳盡之區分要件。

本文以為，檢查身體處分是在取得身體相關跡證，其手段多半帶有物理性質強制力之行使，縱因科技的進步使偵查手段與傳統強制處分有所不同，然對於個人基本權利有所干預之角度言仍屬相同，亦屬強制處分。然現行刑事訴訟法中檢查身體被規定在鑑定及勘驗章節中過於簡略，且形成先行用鑑定或勘驗之概念限制檢查身體之行為，其後解釋及適用上即受制於原先鑑定或勘驗相關規定，因而造成概念上之誤解，故本文建議檢查身體處分應屬於獨立之強制處分態樣，應與搜索、扣押、羈押等強制處分一樣分開規定，在第一篇總則中另新增「檢查身體」一章，或於證據章中另新增「檢查身體」一節，並對發動主體、發動條件、實施條件等獨立做詳盡規定。

綜合本文對檢查身體處分之研究，本文認為檢查身體處分其目的係為取得鑑定或勘驗之資料，以供鑑定人鑑定化驗得出該資料之成分做成鑑定報告，或供法官、檢察官觀察以獲取心證，應屬資料取得之「手段」，該取得之物或樣品本身，並非直接作為法庭上之證據，應成為證據者是將該已取得物之分析結果，由鑑定人出庭經鑑定調查程序後所獲得之內容，或由法官、檢察官當庭經勘驗調查程序後所獲得之內容。

另鑑定與勘驗乃具有偵查行為屬性，應受偵查原理原則（包括強制處分法定原則、比例原則、偵查不公開原則）之規範。鑑定或勘驗其在偵查中可為之，屬強制處分之一種，在審判中則屬證據調查程序之一環，實兼具證據蒐集與證據調查之性質。然因現行法體例設計將鑑定與勘驗放在證據章節中，導致容易忽略鑑定與勘驗之強制處分性，易造成混淆，復將檢查身體處分規定在鑑定及勘驗章節中，更容易誤解檢查身體處分是否包含於鑑定或勘驗程序之中。

本文所稱拒絕自我入罪特權乃係以美國聯邦憲法增修條款第 5 條為基礎而論述，首先就此特權之理論基礎加以闡述，然可發現基於對人性尊嚴及自由之尊重的基礎上，該理論基礎可說是眾說紛紜，惟不論各見之歧異，其皆可讓吾人更加清楚拒絕自我入罪特權之輪廓。

無罪推定原則具體來說即是應由追訴者舉證證明被告有罪，若無法舉證至法官無合理懷疑之程度，則應諭知被告無罪判決。而拒絕自我入罪特權乃任何人不得被強迫作出對自己不利之陳述，此特權在我國顯諸於被告則為緘默權，如刑事訴訟法第 95 條第 2 款，顯諸於證人則為拒絕證言權，如刑事訴訟法第 181 條。本文認為拒絕自我入罪特權其意義較緘默權為廣，緘默權的上位概念，而緘默權則是拒絕自我入罪特權的核心內涵。凡是其陳述將可能使自己本身在未來遭受到刑事追訴者，皆屬拒絕自我入罪特權的保護範疇內，而不僅侷限於緘默權的賦予。

在拒絕自我入罪特權最早啟蒙發源地之英國，其是對於教會權利壓迫之反動，此特權發展至後來主要是免除被告之供述義務，不得僅因被告拒絕宣誓供述，即科以處罰，而關於被告以外之人，如證人於審判中固負有一般供述真實之義務，惟恐因自己之陳述而受刑事追訴之虞者，則容許其免除供述之義務，此後逐漸衍生出具有禁止為有罪推論之效果以及告知義務之規定。但在英國緘默權與拒絕自我入罪特權是有所區別的，前者乃指犯罪嫌疑人沒有義務針對警方或其他犯罪偵查官員之詢問作回答，此權利在審判上所呈顯之功能乃在於，法院或陪審團均不得以被告拒絕回答之事實，作出不利於被告之推論。後者乃指證人（不包含被告在內）沒有義務去回答法官所提出之問題，如果回答這個問題則有使證人披露自己之犯罪

事實而導致喪失權利或被科處刑責之危險。故英國乃是以主張權利之主體為被告或證人而將之區分為緘默權及拒絕自我入罪特權。

本文將美國聯邦憲法增修條款第 5 條之規定一一分述其要件：在適用主體方面，美國並未有如英國一般以特權享有者為被告或證人而將之區分為緘默權或拒絕自我入罪特權來作區隔，而是統一以拒絕自我入罪特權來詮釋聯邦憲法增修條款第 5 條規定之權利，其乃被告及證人均可主張之權利。在適用範圍方面，並不限於刑事程序，凡於正式、非正式程序中之強迫作證之證詞，於未來有可能於他種刑事程序入陷其於罪者，皆屬之。另依聯邦憲法增修條款第 5 條之文義，其並沒有禁止被告認罪或提供證據，僅禁止「強迫」供述自己之犯罪，該條僅在保護任何人免於被強迫成為不利於己之證人，或提供具有傳達及意思表示性質之證據，換言之，非供述證據之提出則不在其保障之範圍內。

在日本，拒絕自我入罪特權規範在其憲法第 38 條第 1 項「不得強迫任何人為不利於己之供述」，其內容分為兩部分，其一為證人之拒絕證言權，其二則為被告之緘默權。觀察美日二國學者對拒絕自我入罪特權（緘默權）最大不同在於權利行使之主體，美國可行使拒絕自我入罪特權之主體為被告與證人，而日本學者大多主張緘默權行使之主體限於被告，並不及於證人，對於證人之證言有入罪可能時，則另在其刑事訴訟法中，以「拒絕證言權」規範之，此「拒絕證言權」亦即為英國法制中，免除證人對法官所提出之問題作回答義務之「拒絕自我入罪特權」。至於此一特權在日本之保障範圍，依多數說及本文見解認為，應以口頭之供述以及以書面等代替口頭所提出之供述證據為限，至於指紋、足跡之採取、身體之測量、照相攝影、筆跡調查、犯罪現場之重建以及指認程序等場合，則與拒絕自我入罪特權之問題無涉。

在德國，所謂拒絕自我入罪特權是指被告沒有義務在自己的犯罪認定上主動/積極協助或主動/積極貢獻，即被告無主動/積極協助義務，僅有消極協助和消極忍受義務。主動、被動區分模式，乃是德國學界與法院一致看法，換言之，被告沒有義務以積極的作為來協助不利於己的刑事訴追，國家也不能強制任何人必須參與對自己所涉及犯罪事實之調查甚至認罪。此外，透過歐洲人權法院裁判脈絡可知，歐洲人權法院明白將拒絕自我入罪特權的保障內涵，擴張到非供述證據及前置於刑事程序的非刑事法領域，並且進而連結到證據禁止使用的效果。

綜上，在探討拒絕自我入罪特權之保障範圍時，就本文之觀察，其最主要可分為兩大體系：在美國著重點在於不得強迫做出對自己不利之「陳述」，即所謂之供述基準，而在德國著重點在於禁止國家機關強制被告以

「主動積極」方式來配合對己的刑事追訴，無論是強制被告以供述證據或非供述證據來自我入罪，皆在禁止的範圍，即所謂之主動基準。

而拒絕自我入罪特權在我國可從憲法上推論其依據，人性尊嚴的核心乃在於擺脫毫無限制、放縱過度的國家權力，以人性尊嚴作為國家行使權力的限制，亦即政府必須尊重個人的獨立、自主、個體與尊嚴，不得任意加以限制或侵犯。此外，以「人」為核心的思想亦對法治國原則下種種保障程序正義的要求產生影響，在刑事訴訟中，「被告」雖為發現真實之一重要證據方法，但並不因此淪為訴訟中的客體，被告有權利參與審判程序，能對不利於己的控訴進行辯駁，禁止以刑訊方式取得供述，不能強迫其提出對自己不利益之證據等，此些刑事訴訟程序的基本指導原則可說是導源於人性尊嚴的法理。

正當法律程序在我國藉由大法官會議多號解釋闡述，其做為憲法之一般原理原則應無疑問。而由於確保「被告自白須出於自由意志」，在解釋上當然意謂著國家不能強制被告認罪，或為其他不利於己之指控，僅許可被告在維持自由意志的情況下，決定要否為不利於己的陳述，故此一保障事實上符合了拒絕自我入罪特權的重要內容，因此，拒絕自我入罪特權可透過憲法第 8 條所延伸之正當法律程序來加以確認其在憲法上之依據。

而拒絕自我入罪特權可否從言論自由之保障推論出？本文認為拒絕自我入罪特權之範圍，應包括審判中被告緘默權、證人之拒絕證言權及偵查中犯罪嫌疑人之拒絕供述權，本質上似可解釋為供述自由權。被告本有陳述自由與不陳述自由，而緘默權從形式觀之，乃是人民具有供述與否之自由，乃係屬於一種消極的言論自由，受憲法第 11 條言論自由之保障。

我國刑事訴訟法在拒絕自我入罪特權之立法技術，乃是採用正面課予國家機關「告知義務」的間接立法方式，反面宣示被告有保持緘默的權利，來保障被告陳述自由及證人的拒絕證言權，以避免其因不知法律而誤為自我入罪的陳述決定。然拒絕自我入罪特權之保障範圍在我國審判實務上，目前究係採供述基準或主動基準之見解仍莫衷一是。

本文最後提出較具指標性及爭議性之五種行為態樣，透過比較法及國內文獻、裁判實證之分析，嘗試判斷該行為是否強迫受檢查人為一定之「供述」，而違反拒絕自我入罪特權？

在血液抽取方面，其係屬於檢查身體的概念範圍固無疑義，美國聯邦最高法院認為「拒絕強制抽血」，乃屬身體之動作，係事實上之行為，並非思想上之意見傳達，故不能主張其拒絕自我入罪之權利已遭受侵害，又從血液酒測所得之有罪證據，性質上屬身體性證據，不是「供述性」或「情

報傳達性」證據，故非拒絕自我入罪特權之保障範圍。而若以主動基準之觀點，抽取被告血液以測量血液中酒精濃度，因此際被告乃被動、消極忍受國家機關之行為，無以積極的作為來協助不利於己的刑事訴追，故亦無違反拒絕自我入罪特權。

呼（吐）氣檢測方面，刑事訴訟法第 205 條之 2 乃明文規範其屬於檢查身體處分，然而我國實務上運用呼氣酒精測試器及分析儀所採取之吐氣檢測是否亦應納入拒絕自我入罪特權之保障範圍？本文認為人民之呼（吐）氣或酒精濃度並不具供述或溝通之性質，因此不受拒絕自我入罪特權之保護，國家機關非不得立法授權執法人員在人民拒絕酒測時施以強制力，當人民拒絕酒測時亦得加以處罰之，甚至得自人民拒絕接受酒測而對其作不利之推斷（大法官釋字第 699 號解釋參照）。而若以主動基準之觀點，被告倘不主動配合，則實無法取得被告呼（吐）氣之資訊，因此若非被告主動配合，此動作顯得毫無意義，故強迫被告違反意願呼（吐）氣實已侵害其拒絕自我入罪特權。在比較法上，日本最高法院認為吐氣檢查，乃以防止帶有酒氣駕駛車輛為目的，非以獲取駕駛人之「供述」為其目的，故對抗拒檢查者科以罰金無違反拒絕自我入罪特權。

DNA 採樣乃從人的血液、唾液、毛髮中採取出 DNA 以進行個人識別、確認同一性之一種檢查身體處分，如同前述，拒絕自我入罪特權保護之客體在美國法上認為未經被告同意強取其身體之證據如血液樣本等並未違反聯邦憲法增修條款第 5 條，自此，包括採取分泌物、排泄物、毛髮、血液、DNA 樣本等，皆不在拒絕自我入罪特權保障範圍內。

測謊本文認為乃係一種心理檢查，非屬檢查身體處分之一種，又其係透過受測者之生理變化，將其質問與回答之間的對照關係展現出來作為證據，生理上所產生之變化與質問間的對應關係上有其重要意義，著重於測謊整體流程所顯現之供述性，故仍具有供述證據之性質。在比較法上，美日兩國皆認為測謊實會揭露人民之所知、所思、所信，具有供述證據之性質，因此為拒絕自我入罪特權之保障範圍。

配合指認本文認為似無法說服為刑事訴訟法第 205 條之 2「類似之行為」之檢查身體處分，然被告配合指認之行為並非供述證據性質應屬肯定，美國聯邦最高法院認為若強迫被告接受指認則與要求被告提供血液樣本或穿上特定衣物情形相似，目的均為辨識其物理特徵，並非強迫被告作證或提出供述性證據，故不違反拒絕自我入罪特權。而若以主動基準之觀點，修髮改變容貌以供指認等，此際無須被告主動配合，被告處於被動範疇，故亦無違反拒絕自我入罪特權。

## 參考文獻

### 中文文獻：

#### 一、專書：

- 李學燈，證據法比較研究，五南圖書出版有限公司，1992年4月。
- 蔡墩銘，德日刑事訴訟法，五南圖書出版有限公司，1993年7月。
- 陳樸生，刑事證據法，作者自版，1997年5月。
- 土本武司著，董璠與宋英輝譯，日本刑事訴訟法要義，五南圖書出版有限公司，1997年5月。
- 蔡墩銘，刑事證據法論，五南圖書出版有限公司，1997年12月。
- 陳樸生，刑事訴訟法實務，作者自版，1998年9月。
- 陳運財，刑事訴訟與正當之法律程序，月旦出版社股份有限公司，1998年9月。
- Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民書局，1998年11月。
- 王兆鵬，刑事被告的憲法權利，瀚蘆圖書出版有限公司，1999年3月。
- 李震山，人性尊嚴與人權保障，元照出版有限公司，2000年2月。
- 黃朝義，無罪推定-刑事訴訟程序之運作，五南圖書出版有限公司，2001年8月。
- 林山田，刑事程序法，五南圖書出版有限公司，2001年9月。
- 陳新民，中華民國憲法釋論，作者自版，2001年10月。
- 黃東熊 吳景芳，刑事訴訟法論，三民書局，2001年10月。
- 吳巡龍，新刑事訴訟制度與證據法則，新學林出版股份有限公司，2003年9月。

林輝煌，論證據排除-美國法之理論與實務，元照出版有限公司，2003年9月。

朱富美，科學鑑定與刑事偵查，翰蘆圖書出版有限公司，2004年1月。

王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照出版有限公司，2004年9月。

林俊益，刑事訴訟法概論(上)，新學林出版股份有限公司，2005年9月。

黃朝義，刑事訴訟法，一品文化事業有限公司，2006年。

李翔甫，從基本權保障觀點論警察實施酒測之職權，新學林出版股份有限公司，2006年3月。

林鈺雄，刑事訴訟法(上)，作者自版，2006年9月。

林鈺雄，干預處分與刑事證據，元照出版有限公司，2008年1月。

王兆鵬，一事不再理，元照出版有限公司，2008年4月。

## 二、期刊：

陳樸生，被告之默秘權，法令月刊，第14卷第7期，1963年7月。

陳連順，刑事默秘權之比較研究，法學叢刊，第123期，1986年7月。

田正恒，刑事被告之沈默權，法令月刊，第39卷第2期，1988年2月。

蔡維音，德國基本法第一條「人性尊嚴」規定之探討，憲政時代，第18卷第1期，1992年7月。

朱石炎，論刑事被告緘默權，法令月刊，第45卷第2期，1994年2月。

莊勝榮，談緘默權，律師通訊，第177期，1994年6月。

王兆鵬，審判階段緘默權之理論研究(上)，月旦法學雜誌，第16期，1996年6月。

王兆鵬，審判階段緘默權之理論研究(下)，月旦法學雜誌，第17期，1996年10月。

刑事法委員會，「測謊之證明能力」研討會紀實，律師雜誌，第208期，1997年1月。

- 吳景芳，刑事被告緘默權之研究，中興法學，第43期，1997年12月。
- 黃朝義，論科學偵查中之鑑定及證據問題，法學叢刊，第170期，1998年4月。
- 陳鴻斌，測謊證據能力之研究，司法院研究年報第19輯第11篇，1999年。
- 蔡宗珍，人性尊嚴之保障作為憲法基本原則，月旦法學雜誌，第45期，1999年2月。
- 陳銘祥，外在表現自由，月旦法學雜誌，第47期，1999年4月。
- 王銘勇，被告、犯罪嫌疑人緘默權之研究，全國律師，1999年5月。
- 吳景芳，各國緘默權之發展趨勢，全國律師，1999年5月。
- 朱富美，強制酒後駕車涉嫌人呼氣或抽血檢驗酒精濃度是否侵害其緘默權（一），司法週刊，第1007期，2000年11月。
- 朱富美，強制酒後駕車涉嫌人呼氣或抽血檢驗酒精濃度是否侵害其緘默權（二），司法週刊，第1008期，2000年11月。
- 朱富美，強制酒後駕車涉嫌人呼氣或抽血檢驗酒精濃度是否侵害其緘默權（三），司法週刊，第1009期，2000年12月。
- 溫祖德，美國緘默權之發展趨勢，憲政時代，第27卷第1期，2001年7月。
- 陳瑞仁，新法下搜索扣押之理論與實務，台灣本土法學，第26期，2001年9月。
- 謝秉錡，論我國身體檢查之缺失，軍法專刊，第47卷第12期，2001年12月。
- 劉邦繡，偵查中對被告及第三人為侵入性檢查身體之強制處分-刑事訴訟法第二百零四條與第二百十三條、第二百十五條有關檢查身體為DNA鑑定之問題，法學叢刊，第185期，2002年1月。
- 楊雲驊，證據禁止使用在個案上的判斷過程-以電話分機聆聽案為例，東吳法律學報，第13卷第2期，2002年2月。
- 黃朝義，羈押、具保與無罪推定，月旦法學雜誌，第83期，2002年4月。

楊雲驊，不自證己罪的幾個基本問題，法學講座，第 15 期，2003 年 3 月。

林鈺雄，鳥瞰二〇〇三年一月刑事訴訟之修法，台灣本土法學，第 45 期，2003 年 4 月。

李震山，人性尊嚴，法學講座，第 17 期，2003 年 5 月。

朱朝亮，緘默權之研究，刑事證據法則之新發展-黃東熊教授七秩祝壽論文集，學林文化事業有限公司，2003 年 6 月。

張麗卿，鑑定制度之改革，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月。

陳運財，刑事程序 DNA 鑑定之研究，成大法學，第 5 期，2003 年 6 月。

吳巡龍，我國宜否擴大採用認罪協商制度以減輕司法負擔，台灣本土法學，第 50 期，2003 年 9 月。

黃朝義，勘驗與鑑定，月旦法學教室，第 12 期，2003 年 10 月。

林鈺雄，對被告/犯罪嫌疑人之身體檢查處分，台灣本土法學，第 55 期，2004 年 2 月。

林鈺雄，從基本權體系論身體檢查處分，台大法學論叢，第 33 卷第 3 期，2004 年 5 月。

林鈺雄，對第三人之身體檢查處分，台大法學論叢，第 33 卷第 4 期，2004 年 7 月。

王兆鵬，論新修刑訴之證人不自證己罪，台大法學論叢，第 34 卷第 1 期，2005 年 1 月。

吳景欽，從刑事訴訟法的修正談司法警察的強制採取身體樣本權-以英國 PACE 法為參考例，軍法專刊，第 51 卷第 2 期，2005 年 2 月。

林鈺雄，歐式米蘭達-歐洲人權法院 Allan 裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學，第 72 期，2005 年 7 月。

吳巡龍，審判外指認之證據能力與「門山指認法則」(Manson Test)-兼評最高法院九十二年度台上字第二九七八號判決，月旦法學雜誌，第 123 期，2005 年 8 月。

林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲法整合趨勢及我國法發展之評析，台大法學論叢，第 35 卷第 2 期，2006 年 3 月。

王兆鵬，重新思維測謊之證據能力，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月。

李翔甫，警察下命抽血檢驗酒精濃度值正當性問題之探討（上），台灣本土法學，第 92 期，2007 年 3 月。

楊雲驊，偵查中之指認程序-評最高法院九四年台上字第四七八號、九五年台上字第一一七二號及九五年台上字第三〇二六號等三則判決，台灣本土法學，第 92 期，2007 年 3 月。

李翔甫，警察下命抽血檢驗酒精濃度值正當性問題之探討（下），台灣本土法學，第 93 期，2007 年 4 月。

林鈺雄，不自證己罪原則之射程距離-最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學，第 93 期，2007 年 4 月。

王兆鵬，不自證己罪保護之客體，台灣本土法學，第 95 期，2007 年 6 月。

王兆鵬，刑事訴訟中被遺忘的權利-緘默權，月旦法學雜誌，第 145 期，2007 年 6 月。

張麗卿，檢查身體之鑑定處分，月旦法學教室，第 63 期，2008 年 1 月。

何賴傑，鑑定許可書與檢查身體-兼評最高法院 95 年度台非字第 102 號判決，刑事證據法祝賀呂庭長潮澤榮退、紀庭長俊乾優遇，最高法院學術研究會叢書（16），最高法院學術研究會編印，2008 年 12 月。

吳俊毅，刑事訴訟上身體檢查措施被告忍受義務之界線，刑事法雜誌，第 53 卷第 2 期，2009 年 4 月。

王勁力，淺論刑事 DNA 資料庫之擴建與人權保障-以我國去氧核糖核酸採樣條例修正方向探究，月旦法學雜誌，第 167 期，2009 年 4 月。

林信旭，採尿程序初探（上），司法週刊，第 1439 期，2009 年 5 月。

林信旭，採尿程序初探（中），司法週刊，第 1440 期，2009 年 5 月。

林信旭，採尿程序初探（下），司法週刊，第 1441 期，2009 年 5 月。

### 三、碩博士論文：

林吉鶴，指紋證據與指紋權利之研究，國立政治大學法律研究所博士學位

論文，1990年6月。

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，1997年6月。

溫祖德，刑事訴訟法上緘默權理論之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1998年6月。

詹文凱，隱私權之研究，國立台灣大學法律學研究所博士論文，1998年7月。

林建中，隱私權概念之再思考-關於概念範圍、定義及權利形成方法，國立台灣大學法律學研究所博士論文，1999年1月。

簡旭成，體液之證據能力及證明力，國立中興大學法律學研究所碩士論文，1999年6月。

李小羿，論刑事被告之緘默權，國立中正大學法律研究所碩士論文，2000年7月。

王清暉，呼氣酒精測試證據之研究，國立台北大學法學系碩士班碩士論文，2003年1月。

朱富美，科學鑑定與刑事偵查-以人身為主，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2003年。

劉海倫，緘默權之理論與實務，台灣大學法律學研究所碩士論文，2003年6月。

蕭明東，論檢查身體之強制處分，國防大學國防管理學院法律學研究所碩士論文，2003年6月。

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，2004年6月。

陳貞卉，論侵入性檢查身體處分，國立台北大學法學系碩士班碩士論文，2004年6月。

王士帆，不自證己罪原則，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004年7月。

陳筱屏，對被告侵犯性之身體檢查，國立台灣大學法律學研究所碩士論

文，2005年7月。

謝冠正，行政調查中當事人協力義務之界線-以「不自證己罪」原則為中心，國立台北大學法學系碩士班碩士論文，2006年7月。

蔡鎮宇，行政法上強制揭露義務與不自證己罪權利之關係-以美國法為核心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2007年6月。

李永祺，以血液作為科學證據之證據能力與調查方法，國防大學國防管理學院法律學研究所碩士論文，2007年6月。

楊汝滿，酒醉駕車之酒精測試檢定與檢查身體，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2008年1月。

邱千育，公務人員的服從義務與不自證己罪，中央警察大學法律學研究所碩士論文，2008年6月。

王玉琪，身體跡證蒐集保全之研究，中央警察大學警察政策研究所碩士論文，2008年6月。

林俊宏，論身體侵入性取證，國立中正大學法律研究所碩士論文，2009年7月。

張鈐洋，身體權干預之強制處分的體系定位—法與醫學的科技整合思考，國立高雄第一科技大學科技法律研究所碩士論文，2009年11月。

#### 四、其他

立法院公報，86卷52期（上）。

立法院公報，第37會期第9期。

翁岳生主持，資訊立法之研究，行政院研究發展考核委員會研究專案，1994年7月。

刑事證據法則實用之研究，司法研究年報第十輯，司法院印行。

#### 日文文獻：

高田卓爾、小野慶二，刑事訴訟法の基礎，青林書院，1975年7月。

平野龍一，刑事訴訟法，有斐閣，1978年。

團藤重光，新刑事訴訟法綱要，創文社，1984年。

平野龍一，捜査と人権（刑事法研究第3巻），有斐閣，1986年12月。

小田中聰樹，ゼミナール刑事訴訟法（下），有斐閣，1988年。

渥美東洋，刑事訴訟法，有斐閣，1990年7月。

松本時夫 土本武司編，条解刑事訴訟法，弘文堂，1992年11月。

井上正仁，イギリスの黙秘権制限法案（2），ジュリスト，第1054號，  
1994年10月。

青山彩子，イギリスにおける黙秘権の廢止について，警察學論集，第48  
卷第12號，1995年12月。

松尾浩也，刑事訴訟法（上），1999年11月。

松尾浩也 井上正仁，刑事訴訟法の争点，有斐閣，2002年4月。

福井厚，刑事訴訟法，有斐閣，2002年6月。

### 英文文獻：

Boyd v. U.S., 116 U.S. 616 (1886).

Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 547 (1892).

Hoffman v. U.S., 341 U.S. 479 (1951).

Griffin v. California. 380 U.S. 609 (1965).

Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966).

Katz v. U.S. 389 U.S. 347 (1967)

Warden v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967).

California v. Byers, 402 U.S. 424 (1971).

Cupp v. Murphy, 412 U.S. 291(1973).

Lefkowitz v. Turley, 414 U.S. 70, 77 (1973).

Jon R. Waltz, Criminal evidence, 136-137(1975).

Andresen v. Maryland, 427 U.S. 463(1976).

Fisher v. U.S., 425U.S. 391(1976).

U.S. v. Doe, 465 U.S. 605(1984).

Lee v. Virginia, 470 U.S. 753(1985).

Doe v. U.S., 487 U.S. 201, at 211(1988).

