

歐式米蘭達

—歐洲人權法院 Allan 裁判及其劃時代意義之評析—

壹、前言：不自證己罪原則的里程碑.....	2
貳、ALLAN V. THE UNITED KINGDOM：事實與裁判	8
一、案例事實.....	8
二、裁判要旨及分析.....	10
(一) 公約第八條.....	11
(二) 公約第六條.....	13
1、爭點與主張.....	13
2、裁判之要旨.....	14
參、緘默權的浮沈錄.....	17
一、緘默告知的雙重保障：從消極緘默權利到積極告知義務	17
二、緘默告知的空中樓閣.....	20
三、力挽狂瀾的理論發展.....	24
(一) 訊問概念之變遷：從形式訊問到實質、功能訊問.....	25
(二) 告知規範目的之擴張：不知不覺之自我入罪.....	27
肆、ALLAN 裁判之評析.....	29
一、歐式不自證己罪原則之發展.....	29
二、ALLAN 裁判之建樹.....	32
(一)「歐式」米蘭達與不自證己罪的「文藝復興」.....	32
(二) 臥底線民之國家性.....	33
三、ALLAN 裁判之衝擊：終結歐洲之隱密探話實務？.....	35
四、ALLAN 裁判之批判.....	38
(一) 缺角的不自證己罪之文藝復興.....	38
(二) 個案取向及整體觀察的論理缺陷.....	40
(三) 錯失全面規制臥底線民行為之表態機會.....	43
伍、歐洲法隱密探話之展望：代結語.....	44

壹、前言：不自證己罪原則的里程碑*

禁止國家強迫被告自我入罪之原則，即一般所稱的不自證己罪原則（*nemo tenetur se ipsum accusare*）¹，自從發源於英國以來²，幾世紀後的今日，已經成為現代法治國刑事程序的基本原則。這個幾近於自然法（*nahzu natürlich*）的自明之理，在一九六六年美國聯邦最高法院的米蘭達（*Miranda*）裁判³之後，更是如日中天，從此項原則衍生而來的緘默告知部分，家喻戶曉，無論是好萊塢的警匪片或法庭劇，幾乎都少不了這個要角。

然而，這個名滿天下的自明之理，卻有個「阿希里斯的後腳跟」（*Achilles' heel*，亦即致命傷），即本文所處理的隱密探話（*heimliche bzw. informelle Ausforschung*），這是指國家追訴機關（自身或其手足延伸）不表明身分也不以訊問形式，利用相對人（主要是被告，但不以此為限⁴）的不知情，而誘發、刺探其說出相關犯

* 本文原載：《台灣本土法學》，第 72 期，2005 年 7 月，頁 119 以下。

¹ Grundlegend hierzu: Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998; Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977; Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001.

² 關於不自證己罪之宗教起源及其後來於英國法之發展，請參閱 O'Reilly, England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 85, No. 2, Fall 1994, pp. 408-419; Rogall, a.a.O., S. 67-81.

³ U.S. Supreme Court, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); see also Kamisar/Lafave/Israel/King, *Modern criminal procedure: Cases-comments-questions*, 9th ed., 1999, pp. 469-498.

Zur neuen Entwicklung in den U.S.A. vgl. auch Lorenz, "Formalismus, Technizismus, Irrealismus": Das argumentative Dreigestirn gegen die Einhaltung strafprozessualer Garantien – Der US-Supreme Court bestätigt die abgeänderten "Miranda-Warnings", *StV* 1996, 172ff.

⁴ 例如，德國實務即曾有一則案例（以下稱為【未婚證言案】），警察利用

罪資訊或不利於己的陳述。從更大格局的發展來看，隱密探話猶如各種喬裝或臥底手法，乃普遍見於各國刑事追訴實務的隱性偵查（verdeckte Ermittlung bzw. heimliche Ermittlungsmaßnahmen）之一環，這些游走於法治國邊緣的手段，讓司法遊戲規則分裂為「地上」與「地下」兩部刑事訴訟法（及憲法）⁵，學院教的是前一部，實務做的是後一部。最近被台灣人權團體點名批判的警方匿名上網釣出援交客問題，僅是其中一例。

地上版，或者說童話版的米蘭達，看起來如此：警方表明職務身分並訊問其鎖定（或拘捕）的嫌疑人，踐行告知義務，告知其有選擇陳述或保持緘默之權利；警方尊重嫌疑人選擇保持緘默的意思決定，故不再叨擾嫌疑人而轉用其他合法偵查手段來查明事實。然而，「窮則變，變則通」，地下版，或者說現實版的米蘭達，卻以幾近於複製的模式，出現在各（法治？）國的追訴實務，警方通常不會輕易放過被告這條線索。例如，德國實務就曾出現了【套話牢友案】（Haftzellen-Fall）⁶：德國警方精心設局安排了一位線民與被

兩位線民去接近被告之未婚妻（原始證人），套出其對被告的不利陳述，後來，由於原始證人行使拒絕證言權，德國法院遂以兩位線民的證詞作為裁判依據：Vgl. BVerfG NStZ 2000, 489ff. mit Anm. Rogall.

⁵ 「司法遊戲的規則…規則三：違憲比合憲更容易讓有罪被告被定罪，而在一些案件中，不違憲是不可能讓有罪被告被定罪的。規則四：幾乎所有的警察對於他們是否違憲都說了謊，而這樣做是為了讓有罪被告被定罪。規則五：所有的法官和辯護律師都知道規則四。…」，以上引言取自於美國知名辯護律師暨哈佛大學法學院教授 Alan M. Dershowitz 回憶錄，中文版：李貞瑩、郭靜美譯，《德蕭維奇法庭回憶錄（The Best Defense）》，2001年，頁14以下。

⁶ Vgl. BGHSt 34, 362ff. 基本事實如下：被告 B 因案被羈押於看守所內，但始終否認犯行。警方為了查明犯罪真相，故意安排一個線民 L，佯裝 L 因他案而巧合地被羈押在看守所同一牢房內。L 巧編生平故事，獲得 B 的信任，並在保密的擔保底下，順利套取 B 關於犯罪事實之陳述，警方並因 L 所得資訊而查獲本案之其他證據。

告同牢羈押，最後以推心置腹的革命情感角色，處心積慮套取出被告自白；雖然本案德國聯邦最高法院於一九八七年作成的裁判，結論禁止警方這種手法，但故事還有下半段。一樣版本，場景飛越英吉利海峽，就成了本文所處理的英國 *Allan* 案，英國法院容許了這種手法（下文貳）。類似版本，只不過線民之外再加上一位臥底警探，場景改為大西洋彼岸，此即美國的 *Illinois v. Perkins* 案⁷，美國聯邦最高法院結論也容許這種辦案方式⁸，一言以蔽之，這是米蘭達告知的化外之地（例外）。說不完的故事還包括加拿大版、澳大利亞版等等。

毫無疑問，上開案例沒有一位臥底警探或線民曾在套話之前踐行米蘭達告知，因為緘默告知與隱密探話本來即是水火不容——除非臥底者要先「壯烈成仁」。而且，即便於明確禁止的德國，故事也沒完沒了，在後來出現且更為棘手的【監聽陷阱案】（*Hörfalle*）⁹，警方改用比較「斯文」的手法，利用線民朋友打電話給被告，安排第三人分機聆聽，再利用因此誘發的被告對己不利陳述作為證

⁷ U.S. Supreme Court, *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292 (1990).

⁸ *Ibid.*, at 300: “The use of undercover agents is a recognized law enforcement technique, often employed in the prison context to detect violence against correctional officials or inmates, as well as for the purposes served here. *The interests protected by Miranda are not implicated in these cases, and the warnings are not required to safeguard the constitutional rights of inmates who make voluntary statements to undercover agents.*” (Emphasis added)

⁹ Vgl. BGH, NStZ 1995, 410ff. 基本事實如下：被告 B 涉嫌持槍搶奪，警方遂佈局安排擔任線民的 L 與被告 B 電談，以誘發、套出 B 關於持槍搶奪的犯罪事實。由於兩人以阿拉伯文交談，警方同時安排翻譯員 D 以分機聆聽，最後，法院並以 D 的出庭證詞（證明被告 B 與 L 電談中的對己不利陳述）作為定罪證據。

值得注意的是，本案德國警方雖安排分機聆聽，但並未將 B 與 L 的電談「錄音」，這是因為依德國實務見解，本案若錄音結論上會被評價為違法的基本權干預。關此，請參閱註 20 所示李瑞敏二文的介紹。

據。這則真實故事，讓德國學說與實務陷入長達十年且迄今未休的兩極爭論，內外戰況只能用激烈來形容，主軸是：這種隱密探話到底合法還是違法？尤其是否違反不正訊問或不自證己罪／緘默告知？戰場又分為三個，一是法院與法院之間，包括德國聯邦最高法院幾個分庭之間的內戰，包括學者陣營之間的內戰，還有以 Roxin 為首的學者對德國聯邦最高法院的戰鬥¹⁰。

就在德國群雄交戰之際，作為歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）¹¹監督者與裁判者的歐洲人權法院（ECHR=European Court of Human Rights），以黑馬之姿，交出了 *Allan* 裁判。這會不會是終結德國上開十年內戰，乃至於統一歐洲隱密探話實務的「秦始皇」？*Allan* 案的被告國是英國，裁判結果是英國慘敗，這說來是「雙重諷刺」，因為：一來，歐洲人權法院宣示英國違反不自證己罪原則，但英國正是此項原則的發源古國，沒想到幾世紀後竟然「大水沖倒龍王廟」¹²，青出於藍的歐洲人權法院，挾著自主性解釋（autonome Interpretation）權限¹³與裁判拘

¹⁰ Vgl. Bosch, a.a.O.(Fn.1), S. 204-241; Haas, Vernehmung, Aussage des Beschuldigten und vernehmungähnliche Situation – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des §136a StPO, GA 1995, 230-235; Meurer, Informelle Ausforschung, in: FS-Roxin, 2001, S. 1281-1298; Roxin, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NStZ 1995, 465ff.; ders., Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen, NStZ 1997, 18-21.

¹¹ 全稱為歐洲保障人權與基本自由公約（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms），下文亦簡稱公約。

¹² 這不是英國第一次被歐洲人權法院宣告違反不自證己罪原則。最早的一次是 1996 年底的 *Saunders* 案：ECHR, *Saunders v. the United Kingdom*, Reports 1996-VI. 事實上，以歐洲人權法院不自證己罪的相關裁判來看，英國是常見的被告國，下文還有其他案例。

¹³ Zum Begriff vgl. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, §5 Rn. 9ff.; Joachim, Anonyme Zeuge im Strafverfahren – Neue Tendenzen in der Rechtsprechung, StV 1992, 245, 246f.; Meyer-Ladewig, EMRK, Handkommentar, 2003, Einl. Rn. 32.

束效力（公約第四十六條）¹⁴的雙重優勢，硬是讓英國低頭。二來，歐洲人權公約及歐洲人權法院能有今日的成就與威望，也要歸功於英國在二次戰後的持續努力——英國是歐洲理事會的重要推手，也是當初在羅馬簽署歐洲人權公約的原始國，以及第一個完成公約批准程序的國家¹⁵；然而，自從依照公約而設置的歐洲人權法院開張以來，英國一直是「前科累累」的頭號黑羊，蟬聯無數次敗訴排行榜的冠軍¹⁶。從以上兩個方面（不自證己罪／歐洲人權法院）來看，英國都是始作俑者，並在 *Allan* 裁判當了自己的「掘墓人」。當然，換個角度來看，這個墓掘得還不錯，英國法因此而埋葬的部分，泰半是普通法（common law）傳統中與二次戰後人權基準格格不入

¹⁴ Vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht – Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg,, 2002, S. 817ff.; Grabenwarter, a.a.O. (Fn.13), §16 Rn. 1ff.; Meyer-Ladewig, a.a.O.(Fn.13), Art. 46 Rn. 1ff.

¹⁵ 英國與其他原始簽署國簽署公約時間為 04/11/1950（日/月/年），英國批准公約時間為 08/03/1951，公約正式生效時間為 03/09/1953。See: <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG>（引用網路資料以本文完稿之 2005 年 3 月 10 日為準，下同）。

¹⁶ 從 1959 年歐洲人權法院開張起及至 1995 年為止，英國穩居敗訴案件排行榜的第一名，最後終於由工黨主導，於 1998 年通過人權法案（HRA = Human Rights Act 1998），將公約內國法化，並自 2000 年 10 月 2 日起生效。關此請參閱胡慶山，〈歐洲人權公約對英國憲法的影響—1998 年人權法的制訂經緯〉，中央研究院歐美研究所《歐洲人權學術研討會》論文，2004 年 10 月 13/14 日；蔡兆誠，〈人權公約國內法化—英國模式〉，《月旦法學雜誌》，第 66 期，2000 年 11 月，頁 212-213。

但是，HRA 的條款仍然暗藏玄機，礙於英國傳統的國會至上想法，並未真正完全承認公約優於內國法的效力（vgl. Grabenwarter, a.a.O.(Fn.13), §3 Rn. 9）；此外，英國人權紀錄雖有改善，但即便在 2003 年，英國還是在歐洲人權法院「貢獻」了不少申訴案件（1,393 件），且仍有 20 件敗訴案件，在當時 40 餘國中居排行榜第 7 名，與羅馬尼亞（24 件）情況相去不遠，若扣除泛東歐及土耳其國家，英國則是泛西歐的第 4 名。

Source : <http://www.echr.coe.int/Eng/Edocs/2003SURVEYCOURT.pdf>

的部分；史特拉斯堡（歐洲人權法院所在地）取代倫敦（英國上訴終審之上議院所在地），在某種實質意義上成為英國憲法的「準」監督地，未嘗不是英國人民之福。

Allan 裁判無疑是劃時代的裁判¹⁷，被冠以「歐（洲）式米蘭達」（Europäisches-Miranda）的封號¹⁸，大有和傳統、美式米蘭達¹⁹互別苗頭的雄心以及發展歐洲規格人權基準的壯志。但因問題脈絡既深且廣，故本文還是從不自證己罪／緘默告知與隱密探話的關係以及歐洲法的發展脈絡為主軸，鋪陳主要論述²⁰。首先，本文交代

¹⁷ Anm. dazu vgl. Esser, Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen nemo-tenetur-Grundsatz, JR 2004, 98ff.; Gaede, Anm. zu EGMR, StV 2003, 260ff.

¹⁸ Vgl. Gaede, a.a.O., 263.

¹⁹ 請注意，在此僅稱為美式米蘭達，而不稱其為英美式或英美法的米蘭答，事實上，同樣在一般列入英美法系的國家，立場也可能和美國法有天壤之別，如 *Allan* 裁判內所參考的加拿大及澳大利亞裁判所示，尤其是加拿大實務的結論反而和德國實務及歐洲人權法院裁判見解較為一致。此外，敗訴的英國由於在本案負有依照公約而來的遵循與轉化義務，因此，其內國法的保障基準也不可能（再）以美式米蘭達為範本。

See ECHR, *Allan v. the United Kingdom*, RJD 2002-IX, §§30-33, 39, 41, 51. 該裁判比較分析的包括加拿大法院的 *R. v. Hebert* ([1990] 2 Supreme Court Reports 151)、*R. v. Broyles* ([1991] 3 Supreme Court Reports 595)、*R. v. Liew* ([1999] 3 Supreme Court Reports 227)及澳大利亞的 *R. v. Swaffield and Pavic* ([1998] High Court of Australia 1)。

²⁰ 關於隱密探話與 *Allan* 裁判，中文文獻可參閱由筆者與何賴傑教授共同指導的：王士帆，《不自證己罪原則》，2004年政治大學碩士論文，頁157-224；該碩士論文部分並經改寫暨補充後成為：王士帆，〈隱密探話的發展—從德國法院到歐洲人權法院〉，發表於2005年3月5日政治大學第12屆刑法週「歐洲人權法院刑事訴訟判決研究」之學術研討會（按：已刊載於《臺灣本土法學》，第69期，2005年4月，頁131以下）。

在此，一來為了節省篇幅並避免無謂重覆，二來為了切換不同的論述角度，關於美國聯邦最高法院及德國聯邦最高法院的歷來裁判及分析，雖與本文有直接關係，但本文不擬詳論，請讀者自行參考王士帆前揭二文。本文特別著重的是從緘默告知的興衰脈絡以及歐洲刑事法的發展趨勢，

Allan 裁判的案例事實與裁判簡旨（下文貳），其次，本文分析緘默告知起起落落的挑戰與發展（下文參），據此評釋 *Allan* 裁判的意義、衝擊與缺陷（下文肆），最後簡述歐洲法未來可能的發展趨勢，即法律保留與法官保留之隱密探話，代為結語（下文伍）。

貳、*Allan v. the United Kingdom*：事實與裁判

一、案例事實²¹

Allan（於歐洲人權法院提起個人申訴案之申訴人，即英國原內國刑事程序之被告）及共同被告 G（Leroy Grant）因涉嫌多起強盜案件，其中包括一起於一九九五年二月發生的超商強盜謀殺案件，而被逮捕、羈押。英國警方為進一步釐清犯罪事實真相，遂在警局及拘禁 Allan 與 G 的看守所秘密裝置

評析 *Allan* 裁判的時代意義。

此外，本案同時涉及「得通訊一方同意之監察」的問題，在此亦不予詳究，除我國最高法院 93 年台上字第 2949 號判決以外（結論認為違法），也請參照筆者所指導的：李瑞敏，〈論強制處分之同意〉，2003 年政治大學碩士論文，頁 41 以下；李瑞敏，〈論通訊一方同意之監察—以電話通訊一方同意之監察為主〉，《刑事法雜誌》，第 47 卷第 1 期，2003 年 2 月，頁 41 以下。相關問題另一中文參考文獻為：楊雲驊，〈證據使用禁止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 61 以下。

²¹ ECHR, *Allan v. the United Kingdom*, RJD 2002-IX, §§ 8-22 ; zusammenfassend s. Esser, JR 2004, 98, 103.

附帶說明，本文所引的裁判，主要取自歐洲人權法院判例檢索網站（自歐洲理事會官方網站<http://www.coe.int>進入 Human Rights/ECHR/Judgments and Decisions 欄之“Search the Case-Law-HUDOC”）正式公布的英文版判決，但一些譯名用法及概念理解同時參考德文版（非官方版）的譯文。公約條文翻譯亦同時參考德文版。