

為對質指認強制被告變髮與採取聲調

朱 富 美

一、問題之提出

幾年前好萊塢電影「變臉」(Face/Off)中二位男主角分飾之 FBI 探員與恐怖殺手不只移植整張臉皮互換面容，還互易彼此的角色活動，因為容貌改變，使得他們的親人，犯罪集團的同夥都誤認為真，奇特的劇情令人印象深刻。而最近媒體也報導某一名婦女因為整形成功，變得更年輕貌美，卻發生與原先身分證照片模樣不符之困擾。科幻小說家史考特·韋斯特弗在小說「醜陋」、「美麗」二書中，描述未來人類十六歲時，一定會動手術，讓自己符合美的標準。電影及生活中的情節，如發生在刑事訴訟程序之被告身上，即使被告未曾動變臉手術，而係以其他方式改變外貌，都可能增加指認的困難。例如嫌犯在犯罪時化濃妝，戴假髮、或染髮、蓄鬍，俟被害人或證人欲為指認時，如因已間隔時日，被告可否保持素顏，或若其髮型已變，捲髮已直、長髮剪短，染髮顏色已褪，或不再鬍或蓄鬍等而使得外貌改變，法官或檢察官得否強制取證，為被告化妝、「變髮」

或「變鬍」，改變其髮型、髮色或鬍式？此是否侵犯被告不自證己罪之權利及人格自由發展之基本權？

按人之身體有不受侵犯之自由與權利，身體之侵犯可分為二種，其一為身體行動自由之限制與剝奪，其二為身體之安全與完整性。在講求科學辦案的今日，取得證據以進行科學鑑定為確認犯罪之利器，然而如為鑑定被告之責任能力或須藉由被告或第三人之身體取得體液或其他生物物質據以比對，尤其是對其身體侵害或進入以蒐集證據時，因對被強制者之尊嚴、感覺、人身自由或健康等造成限制或傷害，依法治國法律保留(der Gesetzesvorbehalt)之原則，應有法律依據。此外，在法律中因事件性質，須由法官介入，是所謂法官保留(richterlicher Vorbehalt)^(註1)，亦是限制人民基本權利中的一種緩衝制度，限制身體不受侵害權亦應由法官、檢察官決定，並應以不侵害生命權、人性尊嚴及身體不受侵害權利之核心內容(Wesensgehalt)為底線^(註2)。

在我國刑事訴訟法與德國法，除容許對於

註1：如德國基本法第十三條第二款規定「搜索唯法官命令，或遇有緊急危險時，由其他法定機關命令始得為之，其執行並須依法定程序。」第一〇四條第二款規定「惟法官始得判決可否剝奪自由及剝奪之持續時間。此項剝奪如非根據法官之命令，須即時請求法官判決。警察依其本身權力扣留任何人，不得超過逮捕次日之終了。其細則由法律定之。」

註2：德國基本法第十九條第二款規定「基本權利之核心內容絕不能受侵害」(In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden)。旨在避免基本人權之本質內容保障淪為僅具宣示性、流於空轉或被掏空。Wesensgehalt 有翻譯為本質內容(李震山教授)，「根本內容」(陳新民教授)，有譯為「基本權核心」(陳慈陽教授)。參見李震山，從憲法觀點論身體不受傷害權，頁二，註二十四。第二屆憲法解釋之理論與實務，中央研究院中山人文社會科學研究所，八十八年三月二十一日。

被告或第三人之身體予以搜索(第一二二條)外,另規定檢查身體處分,屬於勘驗之一種。身體之搜索乃指為尋找藏匿於衣服中或衣服下身體表面或身體器官孔穴處之物件、證據進行檢查,並不允許為侵入身體之侵犯。身體之勘驗、檢查則是為了獲得重要之事實或證據,如身體之特徵、情況、血液、胃液之成分、異物之存在、被告身體之物理狀態(註3)。由於刑訴法原本並無侵入身體採取自或附著身體之物之規定,且對於檢查身體及其實施之要件與範圍,能否違反被告意思為之,均付闕如,但我國刑事偵查審理程序中為調查證據對被告抽血、採取尿液、唾液、毛髮、指甲、令當庭飲酒、甚至催眠、測謊、照X光卻時有所聞。於無其他法律授權之情形,法院本難僅憑刑訴法勘驗其中「檢查身體」之規定為依據或於被告不同意之情形,進而施強制力為之。刑事訴訟法就此一部分規定原甚為簡略,實務運作亦不夠嚴謹。此種情況直至九十二年修正刑事訴訟法證據章之鑑定節之規定後始獲得改善。

民國九十二年九月施行之刑訴法第二〇五條之一(註4)之規定並未區分侵入身體及未侵入身體之檢查,將二者規定於同一條文,與德國法區分侵入身體檢查(第八十一條a)與未侵入身體之檢查(第八十一條b)不同。進行未侵入身體之檢查得採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或其他相類之行爲。第二〇五條之二規定

司法警察人員於有相當理由認為得作為犯罪證據時,得採取毛髮、唾液、尿液、聲調、或吐氣。其中為何較第二〇五條之一另增吐氣之規定?按第二〇五條之一不侵入身體之檢查應是以辨認比對為目的,而為辨認被告人身同一性(Personenstandsmäßigkeit Identität)之目的,不侵入身體內部而實施之比對措施,其應以一個人的外觀、身體之一部分或身體特徵等重大、持久不變之個人身體之事實情況(Personlichkeitsgegebenheiten)為限,故採取者乃較為持久不變之身體事實狀況,不應包括調查說話人之表情、呼氣、脈搏跳動及心情之激動變化(註5);另由實務之觀點言之,吐氣之採取有即時性之問題,如酒後駕車自駕駛人吐氣採集酒精濃度,多由司法警察實施之,且第二〇五條之二係以得作為證據者即得採取,故縱係短時間產生之吐氣亦可為證據方法。

第二〇五條之一規定之行爲類型較德國刑訴法第八十一條b規定(註6)為多樣。依德刑訴法第八十一條b得違反被告之意思採取證據者僅有「照相、採取指紋、測量身體或為類似之行爲」,就何謂「類似之行爲」,能否未經被告或犯罪嫌疑人同意改變其髮型或採取聲調、筆跡,由於法無明文,在德國法院乃有爭議。至一九七九年二月,德國聯邦憲法法院明確指出法院為對質指認之目的,得改變被告之髮式及鬍式(註7),不生侵犯身體或抵觸憲法之間

註3: Senge, Karsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 1999. 81a RdNr. 5.

註4: 第205條之1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爲(第一項)。前項處分,應於第二〇四條之二第二項許可書中載明(第二項)。」

註5: Peters, Strafprozeß 4. Aufl. S. 330; vgl. BGHSt 5, 332; BverfG NStZ 1981, 44

註6: 81b 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相或取得其指紋、測量身體或為類似之行爲。」(Soweit es für die Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens oder für die Zwecke des Erkennungsdiestes notwendig ist, dürfen Lichtbilder und Fingerabdrücke des Beschuldigten auch gegen seinen Willen aufgenommen und Messungen und ähnliche Maßnahmen an ihm vorgenommen werden.)

註7: BverfGE 47, 246, Urt. von 14. Feb. 1978. = NJW 78, 1149; JZ(法律人雜誌) 81, 423; NStZ 85, 434.





題。另聯邦憲法法院於一九八六年亦就法院能否不經被告同意，錄下被告與他人談話內容，以比對聲調之疑義，裁判認法院不能違反被告意思強制提供比對聲調(Sprechprobe)，因此種行為不能算是刑訴法第八十一條 b 之類似行為。其中對何謂「類似行為」及以被告身體為證據被告時之義務之相關討論，甚值參考。

二、德國法院對為指認強制被告變髮之實務見解

改變被告髮型及鬍子式樣(註 8)如未侵入身體，法院能否以之為進行身體檢查或辨認目的之準備措施(註 9)？又如為被告頭髮染色，顏料可能滲入髮根呢？依我國刑訴法之規定，為鑑定之必要，鑑定人經許可得為被告採取血液、毛髮，並得採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或「其他相類之行為」(§ 205 之 1)；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或被告，得違反其意思，予以照相、測量身高或「類似之行為」(§ 205 之 2)。則法院為指認目的，能否命令改變被告之外型以對質(Identifizierungsgegenüberstellung)，此是否構成身體之侵犯？我國判決實務尚乏相關之討論，德國聯邦憲法法院曾判決為指認之準備得命令改變被告之外型，並得強制實施之(註

10)。例如可要求卸下或戴上假髮，卸妝(註 11)或改變被告髮式及鬍子式樣，認不生侵犯身體、牴觸憲法之問題。

一九七八年二月十四日，德國聯邦憲法法院判決認為依刑事訴訟法第八十一條 a(註 12)為了指認目的強制被告改變髮型及鬍式，甚至改變其頭髮及鬍子之成分，不生侵犯身體，牴觸憲法之問題(註 13)。本案憲法訴請人係不服一九七七年三月九日最高法院判決，聯邦憲法法院判決憲法訴請應予駁回。本件涉及對於為使被告與証人對質(Gegenüberstellung)之目的，而以直接強制方法改變被告之髮型及鬍式，依憲法之規定或精神是否應予禁止。茲摘述其案件事實及判決理由如下：

(一)案情及法院裁判情形

1. 訴請人係自一九七六年十二月一日，由聯邦最高法院調查法官諭令羈押。聯邦檢察長 G 指控訴請人涉嫌參與恐怖組織犯下重大強盜、竊盜、以武器犯罪及其他罪嫌。同年十一月三十日被告遭逮捕時，其頭髮染成金黃色，唇上蓄有髭，身上攜帶偽造證件，證件上所貼照片之髮型及鬍式與本人當日模樣不同。

2. 一九七七年一月五日法官裁定：

- (1) 准許被告與証人對質
- (2) 為對質目的准許改變被告之髮型及鬍式
- (3) 前述措施准於違反被告意願下實施，於必要

註 8：在陳敏、蔡志方合譯之「德國憲法學」中曾有「身體不受傷害之權，不僅止於健康之保護而已，其他非完全不重要之侵害身體之完整性，亦在概念之下，因此，髮型及鬍式之變更，血樣之採取，施行藥劑，身體之懲罰及應有利於治療之手術侵害。對絕食而受刑罰或調查拘禁者，為人工營養強加於人身體之強制措施，亦侵害「身體之不受侵害」.....。」，憲政譯叢，國民大會憲政研討委員會，七十四年版，頁一三一。

註 9：LR-Dahs39;Kohlhaas DriZ(德國法官雜誌) 72,316; Schl chter 185.kleinknecht/Meyer-Goßner, RdNr.23. BverfGE 47,246=NJW78,1149; JZ81,423;NSTZ 85,434.

註 10：BGH,NStZ85,434.

註 11：NSTZ 85,434.

註 12：第一項規定「為確定訴訟上重要事實之必要，得命被告接受身體之檢查(Körperliche Untersuchung)。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((Körperliche Eingriffe)，如對於被告之健康別無不利之虞者，毋庸獲得被告之同意」。

註 13：BverfGE,47,239-253，2BvR406/77 號案。

時亦可實施強制力

(4)前述措施執行期間准對被告施以束縛裁定中敘及，由於嫌犯之髮型及鬍式已改變，准許實施上開措施係爲了達到指認之目的，改變被告之髮型及鬍式，以回復其到案時之容貌與情狀。

3.由於此一裁定，雖然被告不同意，法院仍於當月下旬，由化妝師以染粉將其髮根染成金黃色以使與其被逮捕時之外表相同，供証人指認。被告旋即透過律師提出抗告，指摘原裁定違反比例原則，認爲偵查法官之上開裁定並無具體事實依據。

聯邦最高法院(BGH)在一九七七年三月以裁定駁回抗告。

(二)提出憲法訴請之理由

憲法訴請人認爲其依基本法第一條第一項「人之尊嚴不可侵犯，尊重及保護此項尊嚴爲所有國家之義務」及第二條第二項「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。」所享有之基本權被侵犯，其理由如下：

1.前述之措施缺少法律上之依據。刑事訴訟法並未有得爲辨認之目的，准許刑事追訴機關以強制力改變被告髮型及鬍式之相關規定。

(1)第八十一條 a 准許由醫生實施之檢查行爲，甚至准許侵犯身體，依基本法第二條不應被許可，因爲這樣的措施對國民個人自由之侵犯有例外欺妄之性質，第八十一條 a 應做狹義解釋，且不應讓被告承擔協力(mitwirken)對抗以自己爲被告之刑事調查程序之義務。

(2)基於上述理由，亦可排除第八十一條 b 爲授權基礎。由憲法上明確性要求(Bestimmtheitsgebots)之觀點而論，第八十一條 b 規定所稱之「類似之行爲」之概念有違憲之疑慮；自合憲性言之，只有由鑑定機關實施之辨認措施(erkennungsdienstliche Maßnahme)方得

准許，而使用強制措施最主要的目的應是爲了確定被告人身之同一性(personenstandsmäßigkeit Identität)才可適用，但與証人對質僅是調查被告有無參與被控訴之犯行，非第八十一條 b 所保護者。

2.此處採取之強制方法亦抵觸憲法，其法律依據重點不在其自然髮色之回復。而是施用強制方法以改變之，因而導致喪失本足以表示個人個性的外表，淪爲只爲“調查結果的功能”(Funktion von Ermittlungsergebnissen)而被貶抑爲只是一個虛假的”被檢視之客體”(Schaubjekt)，自然是違反基本法第一、二條。

本案聯邦憲法法院分別請司法部長及聯邦檢察長表示意見：司法部長認爲第八十一條 a 能否爲對質目的令被告改變髮型及鬍式以與証人對質是令人懷疑的。認爲法院的決定可能是恣意的(willkürlich)。聯邦檢察長則以爲，聯邦最高法院准許之措施是爲了進一步澄清被告被控侵入一家銀行以及是否加入恐怖組織之參與行爲所必須，如聯邦最高法院所言，第八十一條 a、b 是此項措施之法律依據；對於一些藉由改變外型以破壞犯罪調查之重大犯罪嫌犯強制改變其髮型及鬍式，只是短暫的損害(vorübergehende Beeinträchtigung)，既未侵犯關係人基本法第一、二條之基本權，亦無違反比例原則，至於被告原來頭髮之自然顏色能否再生，或如本案，在其被羈押前本可自由選擇顏色等都不重要。

(三)聯邦憲法法院意見

聯邦憲法法院判決本件憲法訴訟合法但訴請人之請求顯無理由，繫爭裁定並未侵害訴請人基本權。

1.刑訴八十一條 a 可爲本案強制措施之法律依據

(1)第八十一條 a 符合法治國之法規範明確性原則



德國聯邦最高法院引述允許強制改變被告髮型及鬍式的法律依據是第八十一條 a 及八十一條 b，因這些措施是爲了辨認被告是否爲行爲人，因此必須以行爲時之外觀示人。第八十一條 a 內容上符合法治國原則之法明確性之誡律(Gebot der Gesetzesbestimmtheit)，德國聯邦最高法院(BGH)所表示允許實施之前開措施，無論是前提或內容都很清楚。改變被告之髮型及鬍式其前提是以與証人對質爲目的，如此對質之目的不僅可能是爲辨認被告爲何人，也能辨認犯罪行爲人。爲完成此目的，允許刑事訴追機關強制被告改變外表，回復到被告自由選擇其外型的時刻，以配合偵查必要。只要此項前提成立，並未進一步限制“侵犯”之強度，自可允許之侵犯包括對頭髮及鬍子成分之侵害。此外，該規定之條文及內容對關係人而言，是可理解的，亦符合法治國「規範明確性」(Normklarheit)及「具可受審理性(具司法性)」(Justitiabilität) (註 14)。

(2) 本案措施不傷害人格尊嚴

爲了與証人對質之目的而強制改變被告之髮型及鬍式，如無特殊情況，並不傷害被告之人格尊嚴(Menschenwürde)(基本法第一條)，即不致於發生因而貶抑被告或侵犯其髮型及鬍式之選擇權，且比例上，此亦是無足輕重的措施。尤其是對被告之外表，本質上只是暫時的改變，既無侮辱貶抑 (Herabwürdigung) 之目的，在法律上亦無禁止之理由，而是爲達成法治國所必要的調查犯罪行爲及犯罪行爲人此一更爲重要之公共福祉(Gemeinwohl)之利益，因此，被告應爲忍受。

(3) 以第八十一條 a 爲本案法律基礎符合法律保留及比例原則

允許侵犯之法律基礎在基本法第二條第二項「人人有生命與身體不可侵犯權。個人之自由不可侵犯。此等權利唯根據法律始得干預之。」其中之第三句，故第八十一條 a 不生違憲的疑慮。且德國聯邦最高法院在解釋容許對前述的基本權侵害時，亦認該法規不可違反基本法之比例原則。強制改變髮型及鬍式之方法對照其欲達成之目的，即藉由証人協助以查明是否爲嫌犯或澄清被懷疑的罪嫌，實屬輕微的侵害，無逾比例原則之問題，因此並未構成施加被告過度的負擔，尤其是第八十一條 a 亦允許採取重大的措施。下令採取這些措施的前提不似其他規定須以有足夠犯罪嫌疑等爲要件(註 15)。

(4) 依德國聯邦最高法院之見解，第八十一條 a 之內容並無抵觸基本法第二條第一項被告人格自由發展(die freie Entfaltung seinen Persönlichkeit)之基本權，所謂被告人格發展之基本權，包括依個人判斷表現其外表，只要這些實施的措施侵犯他人權力或違反合憲秩序與道德規範，憲法均會保障該基本權。第八十一條 a 做爲憲政秩序之組成部分，是可以有效限制被告基本法第二條第一項之基本權，而可以爲對質之目的強制改變被告之髮型及鬍式。

2. 本案不生違憲之問題

(1) 無恣意之情形

如聯邦憲法法院經常在判決中所提到應將法律之解釋委託於各個主管之專業法庭，聯邦憲法法院對於憲法訴請程序只能在一定之法觀

註 14：BverfGE 21,73,79.

註 15：依德刑訴法一七〇條第一項「偵查之結果有足夠理由提起公訴者，檢察官提出起訴書於法院。」第二〇三條(開始審判之條件)「準備程序之結果顯示被告確有充分之犯罪嫌疑者，法院即可裁定開始審判」。

點下檢視特別的、憲法權利之違背，如果恣意解釋致在審酌原裁判時無法理解基本法中主要之思維，便可認定原裁判審酌並不適當。但上開被指摘之判決看不出有上述之牴觸，亦無恣意之情形，因為改變髮型及鬍式之目的是為了與証人對質做準備，甚具意義。對於此種強制方法之合憲性討論反應，是在當一項法律明文禁止為與証人對質得改變被告之髮型鬍式才會發生，而非本案之情形。

改變被告之髮型及鬍式，無論是否為了指認人之目的，或為了調查被懷疑之犯罪行為，均應認係合理正當的”為確定訴訟上重要事項之必要“之事項。

(2) 德刑訴法第八十一條 a 並無限縮解釋之必要

訴請人另一理由係認德刑訴法第八十一條 a 屬自由基本權利之例外規定，故解釋時應為限縮。惟事實並非如此，適用第八十一條 a 之規定時，被告固然因基本法第二條第二項第一、二句享有基本權，另一方面亦需與在法治國原則下運作良好之刑事司法相互限制。姑不論在法秩序並無依例外規定限縮解釋之法規，本案之情形，不得視第八十一條 a 為與前述基本權對立之一種例外規定，至於在若干特別情況是否有必要則毋庸論之。

(3) 德國聯邦最高法院並未要求課被告協力調查犯罪義務

訴請人認德國聯邦最高法院在解釋時忽視立法者對第八十一條 a 並無課被告以必須積極的協力(mitwirken)對抗他的刑法調查之義務，但德國聯邦最高法院並未在判決中表明被告有此義務。

3. 德刑訴法第八十一條 b 可為本案強制措施之法律依據

訴願人另主張在法治國原則，德刑訴法第八十一條 b 不合憲。惟法院認為第八十一條 b 實已滿足法治國原則其中之「規範明確性」(Normklarheit) 及具「可受審理性」(Justitiabilität)。

因為第八十一條 b 限制了種類目的如照相、攝影、測量，其他亦並非任何措施均可為之，而是類似行為，此外亦是為了(1) 刑事訴訟之進行，(2) 鑑定機關鑑定之目的，在此前提下，使被告及追訴機關充分判斷在具體個案是否實施類似必要之行為。因此本件調查法官之命令是為了對質目的准許強制改變被告之外型，是以第八十一條 a，第八十一條 b 為授權依據。

三、採取被告聲調

九十二年九月施行之刑訴法第二〇五條之一及第二〇五條之二均明列得採取聲調以為鑑定或作為犯罪之證據，避免了德國法因未規定得違反被告或犯罪嫌疑人意思採取聲調在實務上衍生之爭議。

德國刑訴法第八十一條 b 規定，為刑事訴訟之進行或為辨認之目的，得違反被告之意思之檢查身體因只限於照相、採取指紋、測量身體或為類似之行為，針對採取聲調是否德國刑訴法第八十一條 b 所允許，亦即法院能否不經被告同意，錄下被告與他人談話內容，提供比對聲調或聲紋之問題，德國聯邦最高法院(Bundesgerichtshof, BGH)在一九八六年曾認定「除了依法裝設電信器材監聽外，對被告(Angeschuldigten)非公開談話秘密錄音，即使是重大犯罪，原則仍不許將違反其意願之談話種類及方式當成證據(註 16)。」

本案被告 W 是專門以武力從事恐怖活動之

註 16：BGH34, 39,46.Urt. vom 9.April 1986.



「Roten Armee Fraktion」組織成員之一，涉嫌與其他三名共犯犯下共同謀殺 Hanns Martin Schleyer 博士及綁架等重大犯罪，W 因共同謀殺、共同恐嚇、共同強盜等罪經 Düsseldorf 邦高等法院判決二個無期徒刑。在審理中，高等法院曾於一九八三年九月七日在僅告知監獄 (Justizvollzugsanstalt) 典獄長，未告知被告之情形下，秘密錄下被告與典獄長二人之對話，並送請專家鑑定，比對錄音帶中之聲音是否與劫持 Schleyer 博士其中尚未確定身分之某 A 綁嫌為同一人。高等法院下令依 81 條 b 為達到辨認之目的，可違反被告之意願，於其不知情之情況下，秘密錄音以取得鑑驗所得之犯罪事實 (Befundtatsachenerhebung)，但不可將被告與辯護人之對話錄音。聯邦警政署乃依此授權錄下被告與典獄長之對話。被告直到公開審理時始知上情，一九八三年十月十一日法院在審理時表示將進行聲音比對，被告表示反對 (註 17)。

二審判決後，被告對法院未經其同意將其談話種類及方式當成證據提出上訴，聯邦最高法院認為上訴有理由。

聯邦最高法院認為邦高等法院之下令偷錄被告與典獄長之對話乃是侵害被告憲法上確保自己話語之人格權 (Persönlichkeitsrecht am eigenen Wort)，此種侵害並無法律上之授權 (註 18)。

刑訴法第八十一條 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相或取得其指紋、測量身體或為類似之行爲。」則將未公開談話秘密錄音

是否為本條所規定之其他相類似之方法，聯邦憲法法院曾認定第八十一條 b 之規定符合法治國要求之「規範明確性」(Normklarheit)及具有「可受審理性」(Justitiabilität) (註 19)。惟要審核為比對聲音之目的，偷偷錄下被告非公開談話是否屬本條之「其他類似行爲」，不只應比較竊錄非公開談話之行爲與條文中列舉之照相等措施，亦應注意到違反被告意願，以被告為證據方法及第八十一條 b 之命令範圍 (註 20)。

1. 聯邦最高法院認為依第八十一條 b 列舉之措施，第八十一條 b 不允許為第八十一條 a 所規定之身體檢查亦不得調查說話人之表情、呼氣、脈搏跳動及心情之激動變化 (註 21)。反之，個人之外觀、身體之一部分及身體特徵等重大、持久不變之個人身體之事實情況 (Persönlichkeitsgegebenheiten) 可違反其意思而採取以為比對，查明是否為行為人。第八十一條 b 固授權法院得視情形，於必要時，對被告施強制方法，如以強制力脫去被告手套及違 (註 22)。

2. 聯邦最高法院認為本案爭點在於事前事後均未經被告同意之情形下，錄下其對話以比對聲調是否屬於持久不變之個人身體之事實情況，能否依 81b 為之。法院並討論到被告不自證己罪與以被告為證據之關係。其中提及德刑訴 81b 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相或取得其指紋、測量身體或為類似之行爲」，乃是規範得確認人格同一性 (persönlichkeit) 之判斷方法，但不得以強制力採取被告聲調以比

註 17：BGH 34，42。

註 18：BGHSt 14, 358; 31, 296, 299; BVerfGE 34, 238. BGH 34，43。

註 19：BVerfGE 47, 239, 252。

註 20：BGH 34，44。

註 21：Peters, Strafprozeß 4. Aufl. S. 330; vgl. BGHSt 5, 332; BVerfG NStZ 1981, 446。

註 22：BGH 34, 45；Meyer in Löwe/Rosenberg, StPO 23, Aufl. § 81b Rdn. 10; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 81b Rd. 8, 亦同此見解，認不僅可強制採取指紋，亦得採取腳印。

對(註23)。德刑訴81(b)僅使被告須忍受辨認措施之義務，被告並無積極提供比對措施之義務。對被告之重大侵入行為能強迫被告者，僅限於勘驗時被告之忍受義務。亦即被告做為勘驗客體(Augenscheinsobjekt)之證據功能，其能被強制者只限於被動的協力參與(註24)。

因此通說的見解是被告並不負以行動自證己罪之義務(der Beschuldigte nicht verpflichtet ist, zur eigenen Überführung tätig zu werden)亦不須「主動」協助(aktiv mitzuwirken)刑事追訴機關之調查行為或鑑定人(註25)。聯邦最高法院一直以來都強調，被告應有自行決定是否願意主動協助調查事實之自由(註26)。與德國聯邦憲法法院(Bundesverfassungsgericht)是採取相同見解，認為欲以強制之方法，要求被告必須供述做為刑事裁判其有罪之前提事實是不可期待，且不符合人性尊嚴(Würde des Menschen)。

聯邦最高法院並指出，不可強迫要求被告做下列試驗或模擬之行為，如要求被告重建犯罪行為(Tatrekonstruktionen)，提供筆跡字樣(Schriftproben)或為了建立鑑定報告所需之相關連事實(Anknüpfungstatsachen)而為類似之行為，而進行可供科學上使用之竊聽談話供鑑定亦同。否則如果允許經由迂迴將被告非公開談話之話語附著在錄音帶或唱片等物以做為聲音比對的話，則將形同放棄禁止強迫被告協助調查之上述原則一樣(註27)。

四、結論

關於對質，我國刑訴法是規定在第九十七條及第一八四條第二項，前者是規定被告有數人時之命令對質，以及被告之請求對質權；後者是規定因發見真實之必要，得命證人與他證人或被告對質，亦得依被告之聲請，命與證人對質(184II)。現行刑訴法就為對質指認之目的，強制為被告為不侵入身體之改變外貌髮式之行為並未明訂，此是否符合刑訴法第二〇五條之一、之二所列採證措施之「相類似行為」，或侵犯被告不自證己罪之權利？按准許強制被告與証人對質之特點乃是為達成辨認之目的，透過質問的証人，檢驗顯露身體之嫌犯及其神色，以查明事實，對刑事訴訟程序而言，是很重要的。第二〇五條之一、之二允許為證據之目的廣泛檢查被告或犯罪嫌疑人之身體，並且在審判長、受命法官或檢察官之許可下，可以侵入被告身體取得證據；依第二〇五條之一、之二可以實施之訴訟程序包括取得血液、指紋、掌紋及照相，似不可能導出法律對於變更髮型、鬍式這種程度較低，以透過証人對被告為罪証上之檢驗會不准許及認定被告無忍受義務之結論，應得認此種措施只要符合比例原則，得以直接強制方法實施。因此，本案如發生在我國，法官、檢察官准許改變被告髮型及鬍式係為了達成適當之辨認(sachgerecht Identifizierung)並且將對質當成調查犯罪真相

註23：BGH 34，45.

註24：BGH34,S. 45, Vom 9. April 1986. BverfGE 56,37,42:” passive...Duldungs-und Verhaltenspflichten ” Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977 S.37,53,158,160,196,198; Roxin, Strafverfahrensrecht 18.Auf.S.88。

註25：Kleinknecht /Meyer Rdn.80, Der Schutz vor Selbstbezeichnung im deutschen Strafprozeßrecht in : Jescheck, Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX.Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1974 S.136,145.

註26：BGHSt 5,332,334;Urt. vom 24.Juli 1985.

註27：BGH34,S. 46, Vom 9. April 1986.



之方法(註28)，得以第二〇五條之一、之二為准許之依據。況且被告之尊嚴亦未受傷害，調查犯罪事實真實之目的，應較其先前可以自由選擇之外表重要，亦即對其被指摘之犯罪嫌疑調查澄清之利益，較之於遭暫時改變之被告原可自由選擇原來髮型及鬍式之利益更為優先，且如同意對被告髮型及鬍式所做之改變係依據犯罪時間之具體時刻，並非漫無標準，亦不違反比例原則。惟採取此種措施可能產生之瑕疵乃在指認程序之應用，因此種指認係屬憑證人之記憶指認，將被告變裝成犯罪時之模樣以供證人指認，應避免產生不必要之暗示性進而導致錯誤指認(註29)，因此指認程序之進行，應極力避免採取一對一指認，除了犯罪嫌疑人外，應加上其他若干人亦為同樣裝扮，列隊以供指認。對於指認結果之證據評價，則應考量證人目擊被告之時地及周遭情況，目擊被告之時間長短，指認時間與犯案時間之間隔，證人之經歷、記憶能力、教育程度、表達能力等均屬重要，尤以第一次指認多在警察局進行，一旦為第一次指認，證人印象及決定已經形成，攸關事實之認定及被告之利益甚鉅。因此，建議我國刑法下次修法時應增訂第二〇五條之三，至少應將由司法警察人員進行之非屬鑑定被告人身同一性之對質指認程序明白規定。至於採取聲調之措施，依我國刑法第二〇五條之一及之二之規定，法官、檢察官得違反被告之意思採取聲調，如法官、檢察官以庭訊之錄音帶送請比對犯罪嫌疑人之聲紋應無不可，此在我國證據法上應已不生德國法上述問題，惟上述德國聯邦最高法院所指出之要求被告重建

犯罪行為，在我國實務廣泛被使用，而被告因被帶往犯罪現場公開模擬表演，透過媒體轉播，其遭群眾圍毆或被害人家屬追打之鏡頭，國人屢見不鮮，此種要求被告配合重建犯罪之行為，如遭拒絕，能否以刑法第二〇五條之一、之二所規定之「其他相類似之行為」、「類似之行為」為強制執行之法律依據，有無侵犯被告不自證己罪之權利，確值深究，日後將另為文探討之。♠

(本文作者為國立台灣大學法律學研究所法學博士)



人可欺而心不可欺—何倫

註 28：例如德刑訴第二百四十四條第二項規定「法院為探究真實，應依職權就判決基礎之一切事實與證據方法予以調查」，因此在若干不符合証人原則及跡証原則之情形，法院均以此做為檢查之依據。

註 29：現行實務採取之指認做法可能產生之問題可參考王兆鵬，證人指證之瑕疵及防制，刑事被告的憲法權利，瀚蘆，一九九九年版，頁二〇四以下。