論被告以外之人於審判中所為陳述之證據能力

六之一

文／陳文貴

壹 前言

最高法院 96 年度台上字第 3527 號判決見解認為：若檢察官或法官非以證人身分傳喚而以告發人、告訴人、被害人或共犯、共同被告身分傳喚到庭為訊問時（例如刑事訴訟法第 71 條、第 219 條之 6 第 2 項、第 236 條之 1 第 1 項、第 248 條之 1、第 271 條第 2 項、第 271 條之 1 第 1 項），其身分既非證人，即與「依法應具結」之要件不合，縱未命具結，純屬檢察官或法官調查證據職權之適法行使，當無違法可言；同院 96 年度台上字第 3827 號、97 年度台上字第 483 號、第 1373 號、第 2175 號、第 2785 號、第 3033 號、第 4184 號、第 6471 號、98 年度台上字第 1710 號、第 4923 號、第 7866 號、99 年度台上字第 2059 號、第 3232 號、100 年度台上字第 840 號、第 3105 號、第 3843 號、101 年度台上第 433 號、第 2354 號、第 3209 號、第 3415 號刑事判決，亦均同採此一致之見解。又同院 96 年度台上字 3527 號、第 3827 號、97 年度台上字第 2175 號、98 年度台上字第 1710 號判決見解更進一步指明：非以證人之身分在審判中之陳述筆錄，倘該被告以外之人已經法院以證人身分傳喚到庭並經具結作證，且由被告為反對詰問，或有前揭傳喚不能或詰問不能之情形外，該未經具結之陳述筆錄因屬審判上之陳述，自有證據能力；若係在另案法官面前作成之陳述筆錄，本質上亦屬傳聞證據，自得依本法第 159 條之 1 第 1 項之規定，認有證據能力。不能因陳述人未經具結，即一律適用刑事訴訟法第 158 條之 3 之規定，排除其證據能力。102 年度第 13 次刑事庭會議（一）決議並進一步認為：「… 被告以外之人於偵查中，經檢察官非以證人身分傳喚，於取證時，除在法律上有不得令其具結之情形者外，亦應依人證之程序命其具結，方得作為證據，此於本院九十三年台上字第六五七八號判例已就『被害人』部分，為原則性闡釋；惟是類被害人、共同被告、共同正犯等被告以外之人，在偵查中未經具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，卻於具有『特信性』、『必要性』時，即得為證據，則若謂該偵查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢等之陳述，顯然失衡。因此，被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有『特信性』、『必要性』時，依『舉輕以明重』原則，本於刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。」

然而同院 109 年度台上字第 4601 號、第 5029 號判決，則持與上述最高法院先前已形成一致見解之判決先例相反意見認為：告訴人係向警察機關或檢察官申告犯罪事實而要求訴追之人，並非刑事訴訟法所列舉之獨立證據方法，若以告訴人所陳述親身經歷之被害經過，作為認定犯罪事實之依據時，乃居於證人之地位，必須踐行有關證人之證據調查程序，除非有依法不得令其具結之情形，否則事實審法院應命其具結，若依法應具結而未具結時，告訴人有關被害事實之陳述無證據能力，法院不得援引該項陳述作為判決之基礎。

由上顯而易見的是，告訴人在偵查中非以證人身分所為之陳述，可以例外承認有證據能力，但 109 年度台上字第 4601 號、第 5029 號判決見解則認為，告訴人在審判中非以證人身分所為之陳述，無證據能力。依此勢必造成告訴人於審判外之傳聞供述，例外得承認有證據能力，然而於審判中基於直接審理所為之陳述，反而無證據能力之輕重失衡現象。上開歧異，何者為當，值得探討。

本文首先從共同被告、共犯、告訴人及被害人、證人之性質，依據刑事訴訟法立法意旨之文義解釋方法與立法架構、立法目的，逐一加以分析；第二部分則就有關證人陳述與傳聞法則及被告對質詰問權的規範意旨，分別加以檢討；第三部分，再從當事人進行主義、處分權主義，以及法理學兩方面，綜合加以剖析論述。最後，從大法庭制度所採取的「遵循判決先例原則」，檢討關於上開最高法院裁判見解歧異之問題，並提出本文之研究所見觀點，提供實務適用與將來進一步修法建議之參考。

貳 「被告以外之人」的屬性

一、共同被告、共犯、告訴人或被害人、證人

刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」第 159 條之 1、第 159 條之 2、第 159 條之 3、第 159 條之 5，亦均使用：「被告以外之人」之用語，而非使用「證人」之用語。而上開條文立法意旨之所以使用「被告以外之人」之用語，而非使用「證人」之用語，依據第 159 條修正當時之立法理由「三」所載，係認為：「本條原條文僅規定證人[1]於審判（按指廣義之審判，即包含準備程序與言詞辯論程序）外之陳述（含言詞陳述與書面陳述），除法律有規定者外，不得作為證據。但實務上共同被告（指於一個訴訟關係中，同為被告之人）、共犯、被害人等，非必即屬訴訟法上之『證人』，其等審判外之陳述，性質上亦屬傳聞證據，得否作為證據，不免引起爭議；另對於被告審判外之陳述，應無保護其反對詰問權之問題，爰參考日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項之規定，修正本條第 1 項，即除法律有規定者外，『被告以外之人』審判外之『言詞或書面』陳述，原則上均不得作為證據，而將共同被告、共犯、被害人等審判外之陳述，同列入傳聞法則之規範，不以證人審判外之陳述為限。…（略）」[2]。又第 159 條之 1 立法理由「二」，更明白指出「被告以外之人」的意義謂：「被告以外之人（含共同被告、共犯、被害人、證人等）於法官面前所為之陳述（含書面及言詞），因其陳述係在法官面前為之，故不問係其他刑事案件之準備程序、審判期日或民事事件或其他訴訟程序之陳述，均係在任意陳述之信用性已受確定保障之情況下所為，因此該等陳述應得作為證據。」依上開條文之文義與立法目的以觀，立法者係將共同被告、共犯、被害人、證人等於法官面前所為之陳述（含書面及言詞），不問係其他刑事案件之準備程序、審理期日或民事事件，甚至其他訴訟程序之陳述，均認為係在任意陳述之信用性，已受確定保障之情況下所為，因此該等陳述應得作為證據。依上開第 159 條及第 159 條之 1 當時之立法意旨，顯然係將被告以外之人之陳述，區分為「以證人身分所為之陳述」（狹義證人），及「非以證人身分所為之陳述」（共同被告、共犯、被害人、告訴人等廣義之證人），同列為均有證據能力，並非僅限於以證人身分所為之陳述，始有證據能力。

依據上開立法理由說明，立法者係將現行刑事訴訟法意義上所謂「被告以外之人」，舉其範圍係包括證人、共同被告、共犯、被害人等均屬之。犯罪之被害人，依刑事訴訟法第 232 條之規定，得為告訴。惟被害人和告訴人之地位，終究並不完全相同，其彼此之間，甚至與被告之間的身分、地位或利害關係，亦非一致，然若被害人提起告訴者，即兼具告訴人之身分。因此，上開立法理由所謂之「被害人」，其地位即包括已提出告訴之「告訴人」（以下本文合稱告訴人或被害人）。

告訴人或被害人於刑事訴訟法上有其獨立之地位，此於共同被告、共犯，亦有其訴訟法上之獨立地位，與證人之身分，亦非等同。然共同被告、共犯、告訴人或被害人，如經檢察官或法官以證人之身分傳喚，或轉換為證人身分訊問時，即屬於證人，但倘若非經轉換為以證人身分傳喚到庭陳述，則並無依法應命具結之問題。證人地位則不同，依刑事訴訟法第 176 條之 1 規定：「除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。」第 158 條之 3：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據。」由是可知，證人係於他人之刑事案件，除有法定免除作證義務之規定者外，負有依法應具結並履行作證義務之人。因此，共同被告、共犯、

（文轉三版）

註釋

1. 2003 年 2 月 6 日修正公布前刑事訴訟法第 159 條：「『證人』於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」
2. 立法院公報，第 92 卷第 8 期，院會紀錄，2003 年 1 月 25 日，頁 1907。
3. 司法院釋字第 582 號解釋理由書：「刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，由檢察官或自訴人合併或追加起訴，或由法院合併審判所形成，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在。故共同被告對其他共同被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。」
4. United States v. Hawkins, 76 F. 3d 545, 551(4th Cir. 1996).

JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每 全年 費用新臺 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院 電 02-236 廣告 保障私權 煩惱 公證服 1 2 3 4 民間公 乾淨・透 司 http://ww

WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
法周刊
話
618798
公證制度樣樣好
●民間公證人及法院公證人效力相同
●公證費用法定 ●收費公平合理
務項目
贈與、租賃、
賃、消費借貸
證。
結婚書面、意
契約公證。
留學、移民等
證。
單身、授權書
證人名冊
明・便民禮民・效能
法 院
www.judicial.gov.tw/

（文接二版）

告訴人或被害人，在刑事訴訟程序中所為陳述之身分地位，並非即等同於證人，只有在偵查或審判中，經檢察官或法官以證人身分予以傳喚到庭，或經轉換為以證人身分應訊作證時，始具有應以證人之身分具結應訊之作證義務，此時乃屬兼具有證人與共同被告、共犯、告訴人或被害人身分之人。但例外於警詢時之陳述，因並無具結之義務規定，因此證人、共同被告、共犯、告訴人或被害人於警詢之陳述，雖亦具有證人陳述之性質，然於符合刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 所定傳聞例外之情形下，亦有證據能力，並非以具結為證據能力有無之唯一判斷標準。同理，依刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項規定及立法理由所載，亦可得而知，共同被告、共犯、告訴人或被害人於另案法官面前所為之陳述，雖屬傳聞證據，且非以證人身分具結作證而為供述，但仍因該等陳述係在法官面前為之，故不問係其他刑事案件之準備程序、審判期日或民事事件或其他訴訟程序之陳述，亦得作為證據，立法意旨也並未以共同被告、共犯、告訴人或被害人必須以證人身分命具結證述，始得認為應有證據能力。

二、訴訟法上之證人

共同被告對其他共同被告之案件而言，亦為被告以外之第三人，本質上亦屬於證人[3]；同理，除證人以外，其他共犯、告訴人或被害人等被告以外之人之陳述，對被告本人之案件而言，本質上亦同屬於證人。因此，就實質認定之觀點而言，共同被告、共犯、告訴人或被害人之陳述，若用以之作為認定被告犯罪事實之證據者，其陳述實質上雖仍屬於證人之陳述，然若共同被告、共犯、告訴人或被害人在偵查或審判中，未經檢察官或法官命以證人之身分具結作證者，則此種共同被告、共犯、告訴人或被害人，非以證人身分所為之陳述，應無刑事訴訟法第 158 條之 3 規定之適用。蓋以，刑事訴訟法第 158 條之 3 規定之適用主體，係以「證人」或「鑑定人」身分應訊所為之陳述者為限。否則，依第 159 條之 1 第 1 項及第 159 條之 2、第 159 條之 3 規定未經具結所為之陳述，及第 186 條第 1 項第 1 款、第 2 款所定不得令其具結所為之陳述，依第 158 條之 3 規定，即無適用之餘地可言。至於共同被告、共犯、告訴人或被害人，非以證人身分在本案準備程序或審理期日所為之陳述，是否有證據能力，因非屬於傳聞陳述，亦無刑事訴訟法第 159 條、第 159 條之 1 至第 159 條之 3、第 159 條之 5 傳聞例外規定之適用，乃屬法無明文列舉不得作為證據之情形。

參照刑事訴訟法於 2003 年 2 月 6 日修正公布施行之第 159 條立法理由三謂：「本條原條文僅規定證人於審判（按指廣義之審判，即包含準備程序與言詞辯論程序）外之陳述（含言詞陳述與書面陳述），除法律有規定者外，不得作為證據。但實務上共同被告（指於一個訴訟關係中，同為被告之人）、共犯、被害人等，非必即屬『訴訟法上之證人』，其等審判外之陳述，性質上亦屬傳聞證據，得否作為證據，不免引起爭議；…（略）。」本條立法理由所指「訴訟法上之證人」，即係以證人之身分，經檢察官或法官傳喚到庭應訊，或以共同被告、共犯、告訴人或被害人之身分傳喚到庭，嗣經轉換為以證人身分應訊，並以具結之結文文書，擔保其所證述為真實之人。亦即，依刑事訴訟法第 175 條之規定，經檢察官或法官以證人之身分傳喚到庭，及依第 178 條之規定，負有到場義務，無正當理由不到場得科以罰鍰，並命拘提之法律上強制效果；以及除證人之外，其他共同被告、共犯、告訴人或被害人，經轉換為證人身分後，除法律另有規定者外，應依法具結作證，並若於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，即應負刑法第 168 條偽證罪責之人。此種「訴訟法上之證人」，係屬刑事訴訟法第 175 條、第 178 條及刑法第 168 條所定義之「狹義證人」。

狹義的訴訟法上證人，「依法應具結」而未具結者，依刑事訴訟法第 158 條之 3 規定，乃生證據絕對禁止之效力，不得作為認定犯罪事實之證據。但「廣義的證人」，尚包括上述狹義證人外，以共同被告、共犯、告訴人或被害人身分所為之陳述，而以之作為認定犯罪事實之證據時，性質上雖亦屬證人，但並無刑事訴訟法第 175 條、第 178 條及刑法第 168 條規定之適用餘地。刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 所規定之被告以外之人，即屬廣義的證人，亦無上開刑事訴訟法第 175 條、第 178 條及刑法第 168 條規定適用之餘地。然倘若有上開法條所定之情形者，縱屬傳聞證據，亦未經命具結，亦有證據能力，也並非以共同被告、共犯、告訴人或被害人身分所為之陳述，必須命具結為認定證據能力有無之必要要件。足見告訴人雖係向警察機關或檢察官申告犯罪事實而要求訴追之人，以告訴人所陳述親身經歷之被害經過，作為認定犯罪事實之依據時，固係居於證人之地位，但並非以絕對必須具結作證陳述，始得作為認定有無證據能力之先決必要條件。

在普通法領域，審判中狹義的訴訟法上證人，原則上才負有必須宣誓或作出具結書，據以擔保必當如實陳述之義務。例如根據美國聯邦證據法第 603 條關於宣誓或具結（Oath or Affirmation to Testify Truthfully）之規定，證人於作證前，應以宣誓或具結之方式宣誓其將據實作證，該宣誓或具結書應以促使證人喚醒良知及加深其負有此項義務之心理方式為之。要求證人在作證之前必須宣誓或具結，是普通法長期以來的傳統，這種措施除了能夠喚醒證人應誠實作證之義務外，另一方面如果證人在宣誓或具結後故意作出偽證，將因此受到刑事追究處罰，而證人在沒有經宣誓或者具結的情況下所作出的證詞，原則上是不能被採納作為證據的[4]。但是，此一原則仍存在著許多例外情形，即使證人未經宣誓或具結，其陳述仍具有證據能力，例如兒童證詞、被告轉換為證人身分而未宣誓具結，或者審判外的傳聞例外規定等（此部分詳如下文）。

是倘若共同被告、共犯、告訴人或被害人非經檢察官或法官以證人身分傳喚到庭，或未在到庭後將之轉換為以證人之身分，依法命具結作證，自不具有訴訟法上之狹義證人身分，則除具有證人身分以外，其他共同被告、共犯、告訴人或被害人非以證人之身分於檢察官、法官面前所為之陳述，即與「依法應具結」之要件不合，自無刑事訴訟法第 158 條之 3 所定，「證人」應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據之適用，此即上述最高法院先前判決一致見解所持之理由所在。至於除證人以外，其他共同被告、共犯、告訴人或被害人於本案準備程序或審理期日中所為之陳述，並非於審判外之陳述，依刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定之文義解釋，以及美國聯邦證據法第 801© 條將傳聞（Hearsay）定義為：傳聞，係指非在審判中或聽審程序中作證的陳述人所為，而被提出作為證明一方主張之事實為真實的證據之陳述。因此，此種除證人以外，其他以共同被告、共犯、告訴人或被害人身分，於本案準備程序或審理期日中所為之陳述，亦因非屬於審判外之傳聞陳述，從而亦無傳聞法則及其例外規定之適用餘地；又因此種被告以外之人，並非係以狹義訴訟法上之證人身分應訊，從而亦不具有訴訟法上應具結之證人身分與義務，則此種以共同被告、共犯、告訴人或被害人身分，於本案準備程序或審理期日所為之陳述，其證據能力有無之認定，即屬法無明文規定之事項，而有加以辨明之必要。

參 非以證人身分所為之陳述

一、非以證人身分在偵查中所為之陳述

刑事訴訟法所定義之共同被告、共犯、告訴人或被害人、證人等被告以外之人，在訴訟法上之地位、身分及權利義務均有所不同。共同被告、共犯、告訴人或被害人於偵查中如以證人之身分應訊時，依法除有不得令其具結之法定原因者外，固應命具結。然如非以證人之身分應訊時，而係以共同被告、共犯、告訴人或被害人之身分傳喚訊問，此等共同被告、共犯、告訴人或被害人在檢察官訊問時所為之陳述，因此種陳述係屬審判外之陳述，乃屬於傳聞證據之一種，其證據能力如何？亦即得否作為證據使用，因為刑事訴訟法第 158 條之 3 規定，僅限於證人、鑑定人，「依法應具結」而未具結所為之陳述情形，並無明文限制以共同被告、共犯、告訴人或被害人身分所為之陳述，即不得作為證據，致先前實務上有不同之見解歧異存在。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院法官）