論被告以外之人於審判中所為陳述之證據能力

六之二

文／陳文貴

（文接上期）

嗣經最高法院以 102 年度第 13 次刑事庭會議（一）決議認為：「參酌刑事訴訟法第一百五十九條、第一百五十九條之一之立法理由，無論共同被告、共犯、被害人、證人等，均屬被告以外之人，並無區分。本此前提，凡與待證事實有重要關係之事項，如欲以被告以外之人本於親身實際體驗之事實所為之陳述，作為被告論罪之依據時，本質上均屬於證人。而被告之對質詰問權，係憲法所保障之基本人權及基本訴訟權，被告以外之人於審判中，已依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問者，因其信用性已獲得保障，即得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。然被告以外之人於檢察事務官、司法警察官、司法警察調查中（以下簡稱警詢等）或檢察官偵查中所為之陳述，或因被告未在場，或雖在場而未能行使反對詰問，無從擔保其陳述之信用性，即不能與審判中之陳述同視。惟若貫徹僅審判中之陳述始得作為證據，有事實上之困難，且實務上為求發現真實及本於訴訟資料越豐富越有助於事實認定之需要，該審判外之陳述，往往攸關證明犯罪存否之重要關鍵，如一概否定其證據能力，亦非所宜。而檢驗該陳述之真實性，除反對詰問外，如有足以取代審判中經反對詰問之信用性保障者，亦容許其得為證據，即可彌補前揭不足，於是乃有傳聞法則例外之規定。偵查中，檢察官通常能遵守法律程序規範，無不正取供之虞，且接受偵訊之該被告以外之人，已依法具結，以擔保其係據實陳述，如有偽證，應負刑事責任，有足以擔保筆錄製作過程可信之外在環境與條件，乃於刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定『被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。』另在警詢等所為之陳述，則以『具有較可信之特別情況』（第一百五十九條之二之相對可信性）或『經證明具有可信之特別情況』（第一百五十九條之三之絕對可信性），且為證明犯罪事實存否所『必要』者，得為證據。係以具有『特信性』與『必要性』，已足以取代審判中經反對詰問之信用性保障，而例外賦予證據能力。至於被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，因欠缺『具結』，難認檢察官已恪遵法律程序規範，而與刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項之規定有間。細繹之，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。本院九十三年台上字第六五七八號判例，應予補充[5]。」

上開決議所表示之見解，亦經同院 107 年度第 1 次刑事庭會議決議予以維持認為：「四、本院 102 年度第 13 次刑事庭會議已決議基於法之續造、舉輕明重法理，被告以外之人於檢察官偵查中非以證人身分、未經具結之陳述，得類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2 或第 159 條之 3 規定，定其有無證據能力，已有類推適用傳聞例外之先例。」再度予以肯定與維持，迄今亦未變更。

據此實務上最高法院先前判決見解大多認為，刑事訴訟法第 158 條之 3 規定：「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。」所謂「依法應具結而未具結者」，係指檢察官或法官依刑事訴訟法第 175 條之規定，以證人身分傳喚被告以外之人（證人、告發人、告訴人、被害人、共犯或共同被告）到場作證，或雖非以證人身分傳喚到場，而於訊問調查過程中，轉換為證人身分為調查時，此時其等陳述之身分為證人，則檢察官、法官自應依刑事訴訟法第 186 條有關具結之規定，命證人供前或供後具結，其陳述始符合刑事訴訟法第 158 條之 3 之規定，而有證據能力。若檢察官或法官非以證人身分傳喚，而係以共同被告、共犯、告訴人或被害人之身分傳喚到場為訊問時（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），則其身分既非證人，即與「依法應具結」之要件不合，縱未命其具結，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，已如上述。

上開最高法院 102 年度第 13 次刑事庭會議（一）、107 年度第 1 次刑事庭會議決議見解，關於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 159 條之 2、第 159 條之 3 之同一法理，得於具有相對或絕對可信性之情況保障，及使用證據之必要性時，例外賦予其證據能力，俾應實務需要，因此得類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2 或第 159 條之 3 規定，定其有無證據能力，迄今同院 109 年度台上字第 408 號及 110 年度台上字第 1504 號、111 年度台上字第 5253 號判決[6]，均仍然一再肯定重申此一觀點，並無變更，似仍為目前最高法院一致之見解，此一見解亦堪認與刑事訴訟法第 158 條之 3 法條之文義解釋，限於「證人」、「鑑定人」依法應具結，始有其適用之規定相符。

此在學理上亦有持肯定見解認為，上述最高法院見解似乎有其依據。因為，依據刑事訴訟法第 159 條之 1 使用「被告以外之人」之負面表述的方式，將人證的身分區分為「被告」、「非被告」兩種，共同被告因而與被害人、告訴人、告發人及證人被歸列為同一類別。又刑事訴訟法第 158 條之 3 係參照過去最高法院四則判例所增訂，係以正面表列的方式，僅將「證人、鑑定人」當作規範對象，這四則判例均屬審判中因未命證人或鑑定人具結，違反法定的調查程序而來，被告以外之人既然在名稱上並非為證人，因而不受本條之規範，而應回歸傳聞法則的適用問題上[7]。否則若認為證人未經具結之檢察官前偵訊陳述絕對無證據能力，警詢陳述反而依刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 之規定，於具備可信性及必要性時得為證據，其合理性安在？[8]因此亦有認為，至此我國關於在檢察官偵查中之陳述，能否成為以及應依何種程序始可成為審判中判斷之依據，及其整套法院判斷標準流程與要件，法制上可謂已經齊備[9]。

二、文義解釋與立法目的論

刑事訴訟法第 159 條修正當時立法意旨，主要亦係在規範「傳聞法則」之適用與否問題，亦即在規範「審判外之陳述」，均屬傳聞證據，除非有例外情形，否則均無證據能力[10]，而非在規範審判外之陳述，應否以證人身分具結之問題。同時修正公布之第 159 條之 1 立法理由更明白指出：「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。」立法者明白表示不論共同被告、共犯、被害人、證人等，在審判外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，並不以共同被告、共犯、被害人在法官面前所為之陳述，必須以證人身分具結所為之陳述者為限，否則就不可能將修正前舊法之「證人」用語，修正為「被告以外之人」，並在立法理由中明確載明，含共同被告、共犯、被害人，而非僅限於證人。此一特別規定，較諸修法當時所參考的日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 1 款之規定，更為寬

（文轉三版）

註釋

5 最高法院 106 年度台上字第 3123 號刑事判決亦採此見解認為：「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 159 條之 2、第 159 條之 3 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。」

6 最高法院 109 年度台上字第 408 號、110 年度台上字第 1504 號刑事判決：「是被告以外之人於『偵查中向檢察官所為之陳述』，如以證人身分訊問並經具結，應以同法第 159 條之 1 第 2 項規定判斷有無證據能力，倘非以證人身分訊問，未經具結之陳述，則得本於同法第 159 條之 2 或第 159 條之 3 等規定之同一法理，定其有無證據能力。」

7 陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討，台灣本土法學雜誌，第 94 期，頁 146（2007 年 5 月）；李佳玟，共同被告於偵查中未經具結的陳述— 簡評最高法院九八台上字第四四三七號判決，台灣法學雜誌，第 157 期，頁 206（2010 年 8 月）。

8 吳巡龍，偵訊未命具結的證據能力— 最高法院近十年相

法源法
www.lawba
檢索全部法規、司法判解、行政函釋、裁判書、起訴書、論著
服務
TEL:02-2
廣告
標準化須知
民事訴訟
相關表格
下載
及提出
三個步驟
（表格下
填載、上
簡單搞定
服務台

法律網 ank.com.tw
一欄式檢索、各類資料進階檢索
源資訊
專線 509-3536
民事訴訟資料
松資料的 格該如何 編輯 法院呢?
法 院 ww.judicial.gov.tw/

（文接二版）

鬆，乃承認法官之訊問筆錄有百分之百之證據能力[11]。益證立法目的並非在規範共同被告、共犯、告訴人或被害人於審判外之陳述，應否一律以證人身分應訊並具結之問題，否則即不可能將在其他刑事案件之準備程序或民事事件，或甚至列舉在其他訴訟程序之陳述，復將「共同被告」、「共犯」、「被害人」、「證人」並列，而非單列「證人」，更於同時增訂之第 158 條之 3，僅使用「證人」一語作為適用主體，而非使用「被告以外之人」。因此，上開最高法院 102 年度第 13 次刑事庭會議（一）及 107 年度第 1 次刑事庭會議決議之見解，乃據此跳脫偵查中告訴人應否以證人身分具結之問題，而肯定告訴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，基於法續造與舉輕明重之法理，本於刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 之同一法理，應例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，應屬對於立法規範意旨之正確理解，更進一步確認刑事訴訟法第 158 條之 3 規定，限於以證人、鑑定人身分應訊時，如依法應具結而未具結，始有該條規定之適用（雖然關於上開最高法院 102 年度第 13 次刑事庭會議（一）、107 年度第 1 次刑事庭會議決議見解，學界間存在有反對意見，認為應屬違憲，惟此乃另一個問題，且非本文論述檢討之重點，本文於此僅作為比附檢討之論證方法而已，並無意深論評述，合先敘明）。

固然共同被告、共犯、告訴人或被害人，非以證人之身分在檢察官或法官訊問時所為之陳述，如以之作為認定被告犯罪事實之證據時，實質上乃係居於證人之地位。惟共同被告、共犯、告訴人或被害人各有其獨立之訴訟法上地位，若非以證人之身分於檢察官或法官訊問時所為之陳述，既無一律應具結之法律上義務規範，則此種共同被告、共犯、告訴人或被害人，非以證人之身分於檢察官或法官訊問時所為之陳述，自無違反刑事訴訟法第 158 條之 3 所定，以「證人」、「鑑定人」身分應訊，始負有「依法應具結」之義務，如未具結者，其證言意見，不得作為證據之適用餘地。從而，此種非以證人身分於檢察官或法官前所為之陳述，其證據能力有無之判斷，並非依據第 158 條之 3 之規定而斷，而應依據其陳述之性質，及其他證據法則分別判斷之。如於另案法官或檢察官應訊時所為之陳述，因屬本案審判外之陳述，則其證據能力之有無，即應依據傳聞法則及其例外之規定判斷之；倘若係於本案準備程序或審理期日所為之陳述，則係屬在審判中所為之陳述，因非傳聞證據，則其證據能力之有無，應屬被告對質詰問權保障，以及是否屬於法律所明定證據使用禁止層次之問題。

從刑事訴訟法第 158 條之 3 規定之法條載明，「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，而非使用同時修正之其他條文所載明「被告以外之人」，依法應具結而未具結者之用語；以及同時修正的第 159 條之 1、第 159 條之 2、第 159 條之 3，法條均使用「被告以外之人」，而非使用「證人」用語之文義解釋方法，及上文所述，刑事訴訟法第 159 條之立法理由明白載明：「… 非必即屬『訴訟法上之證人』…」之目的論解釋方法兩方面以觀，當時立法意旨明顯係區分「訴訟法上之證人身分」（狹義證人）與「非訴訟法上之證人身分」（廣義證人），而為不同規範。若屬訴訟法上之狹義證人身分，實務上最高法院多數判決見解認為，刑事訴訟法第 158 條之 3 的立法理由，乃在擔保該證言或鑑定意見，係據實陳述或公正誠實之可信性，故未依法具結者，依證據絕對排除法則，當然無證據能力，而不得作為證據，此於適用第 159 條之 5 第 2 項所定「視為有前項之同意」之情形者，亦應受上揭第 158 條之 3 規定之限制[12]。但學說有批評意見則認為，刑事訴訟法第 158 條之 3 規定，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，係因證人或鑑定人依法應使其具結，據以擔保證言係據實陳述或鑑定意見係為公正誠實，故若違背此項調查程序中的法定具結規定，因欠缺調查程序的法定要件，構成刑事訴訟法第 155 條第 2 項所定「未經合法調查」，而不得作為證據之基礎，此與以不正方法取得自白或違法蒐集證據之證據排除法則有異，因而認為實務上所謂，非以證人身分所為之陳述，未經依法具結，依刑事訴訟法第 158 條之 3 的證據絕對排除法則，當無證據能力云云，恐有誤解[13]。

姑且不論上述實務與學說見解，關於刑事訴訟法第 159 條之 5 第 2 項所定「視為有前項之同意」之情形者，是否亦應受刑事訴訟法第 158 條之 3 規定之限制，法理上何者始屬正確。但相同的結論是，只有以訴訟法上的證人身分應訊，依法應具結而未具結時，始有刑事訴訟法第 158 條之 3 規定，法定不得作為認定犯罪事實之證據適用，否則刑事訴訟法第 159 條之 2 至之 4 條之規定，即無存在適用餘地之可能性。至於偵查或審判中，非以證人身分傳喚到庭之共同被告、共犯、告訴人或被害人陳述，如果以資作為認定犯罪事實之證據時，固然對於被告而言，本質上仍係屬於證人所為之陳述，然此等共同被告、共犯、告訴人或被害人既非以訴訟法上的證人身分應訊，則其等所為之陳述，即應無刑事訴訟法第 158 條之 3 規定之適用餘地，此即上文所引最高法院絕對多數判決、102 年度第 13 次刑事庭會議（一）及 107 年度第 1 次刑事庭會議決議之立論基礎。況且，從刑事訴訟法第 158 條之 3 規定的立法理由來看，也並無區別審判中或審判外之供述，而作差別看待之規範意旨。因此，若謂另案共同被告、共犯、告訴人或被害人，非以證人身分、未經具結而於法官前之陳述，係屬傳聞證據，但依刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項之規定，因為均係在任意陳述之信用性已受確定保障之情況下所為，因此該等陳述得作為證據。然而在本案審判中所為之陳述，猶非屬傳聞證據，反而不能以因為均係在任意陳述之信用性已受確定保障之情況下所為，而肯定有證據能力，則審判中之供述，反而不如審判外之傳聞供述，而應一概適用刑事訴訟法第 158 條之 3 規定，認為應無證據能力，則法理上亦不無輕重失衡之虞，而且在法理上也有論證上之矛盾。

三、共同被告、共犯、告訴人或被害人陳述之性質

刑事訴訟有關認定犯罪事實之證據方法，大別之可區分為「人的證據方法」與「物的證據方法」，亦即「供述證據」與「非供述證據」兩大類。物的證據方法，有物證（即證物）、書證、鑑定、勘驗；人的證據方法不外乎證人、鑑定人（包括專家證人）。「證人」即係人的證據方法，但包括共同被告、共犯、告訴人或被害人等廣義之證人，以及其他實際體驗一定事實之狹義證人。因此，共同被告、共犯、告訴人或被害人本質上亦為證人，在現行刑事審判程序中，亦為證據方法之一種[14]。事實上，只要在法庭前（in fact before the court）呈現出被告以外之人不利於被告之供述證據，均屬於人的證據方法，除有例外之情形者外，被告即有權對之詰問[15]。實務上最高法院相關判決亦在闡明，被告以外之人不論在檢察官或他案在法官面前作成未經具結之陳述筆錄，係屬被告以外之人向檢察官或於審判外向法官所為之陳述，本質上屬於傳聞證據，基於保障被告在憲法上之訴訟權，除該被告以外之人死亡、身心障礙致記憶喪失或無法陳述、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到、或到庭後拒絕陳述等情形外，如已經法院傳喚到庭具結而為陳述，並經被告之反對詰問，前揭非以證人身分而在檢察官、法官面前未經具結之陳述筆錄，除顯有不可信之情況者外，依刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項、第 2 項，仍非不得作為證據，惟應於判決內敘明其符合傳聞證據例外之理由。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[16]。其理由與本文上開所述，立法規範之主要目的，乃在於傳聞法則的適用與否，以及被告對質詰問權之保障，又是否係屬於法定證據使用禁止之層次，而非是否應一律以證人身分應訊並具結，始有證據能力之問題。

上述論點，可以從刑事訴訟法第 159 條及第 159 條之 1 至第 159 條之 5 等相關條文，立法理由均將重點放在，試圖制定適合臺灣本土需要的傳聞法則及其例外規定，而不是注重在應否一律以證人身分應訊並具結的問題點上，得到進一步之印證，否則立法者就不應該將修正前刑事訴訟法第 159 條之主體，從「證人」修正為「被告以外之人」，但同時卻在增訂之第 158 條之 3，反而使用「證人」、「鑑定人」作為規範之適用主體，而非配合使用「被告以外之人」作為適用主體。又如第 159 條第 1 項修正當時之立法理由係謂：「… 酌予採納英美之傳聞法則，用以保障被告之反對詰問權，…。」，及上述第 159 條修正當時之立法理由載明：「非必即屬『訴訟法上之證人』…」各點可知，立法意旨關注的重點，是放在傳聞法則的適用與否，以及被告對質詰問權的保障，這兩個關鍵問題上。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院法官）

註釋

關見解之轉變與評析，檢察新論，第 19 期，頁 252（2016 年 1 月）。

9 蘇凱平，檢訊中陳述之「證據能力」與「合法調查」—以最高法院一〇二年度第十三次刑事庭會議決議（一）對實務操作傳聞法則之影響為中心，月旦法學雜誌，第 253 期，頁 169（2016 年 6 月）。

10 林俊益，刑事訴訟法概論（上），21 版，頁 474（2021 年 9 月）。

11 林俊益，同註 10，頁 487-488。

12 最高法院 94 年度台上字第 3277 號、4298 號、4436 號、4438 號、96 年度台上字第 1732 號、第 2600 號、97 年度台上字第 2882 號、第 4096 號、98 年度台上字第 58 號、第 935 號、第 1790 號、3088 號刑事判決參照。

13 陳運財，同註 7，頁 146。

14 最高法院 101 年度台上字第 3163 號刑事判決參照。

15 林鈺雄，被害 / 告訴證人之嚴格證明 — 簡評最高法院九三年度台上字第六五七八及第六八三八號兩則標竿判決，台灣本土法學雜誌，第 71 期，頁 251 註 10（2005 年 6 月）。

16 最高法院 96 年度台上字第 3527 號、97 年度台上字第 2175 號、99 年度台上字第 994 號刑事判決參照。