論被告以外之人於審判中所為陳述之證據能力

六之六

文／陳文貴

（文接上期）

未經宣誓陳述的第一個普通法原理，可以追溯到 1928 年的軍事法庭手冊（Manual for Courts-Martial）[84]，實踐上被告轉為證人身分時，當時也有未經宣誓而提供證言的情形，而律師對他的委託人轉為證人時，至今在證人席上對未經宣誓的被告，在實踐上同樣的也進行著交互詰問的程序[85]。在普通法被告為證人不適格法則支配之下，十九世紀時，美國有些州法院認為，被告有得作出未經宣誓陳述的州憲法上權利，但大多數採取同此作法的州法院也認為，被告也只能就法律提出辯論或對證據提出評價意見，不得就事實作出陳述。因此，美國聯邦最高法院在 Ferguson v. Georgia 一案判決中就指出，法律未賦予未經宣誓陳述的任何地位，被告未經宣誓陳述，幾乎無任何證據價值，此為法律上的空白（The law fixes no value upon it; it is a legal blank）[86]。喬治亞州法律更明定，被告未經宣誓陳述不得作為證據，法官可以告訴陪審團，被告未經宣誓之陳述，不受偽證之處罰，在法律上就如被告未作出任何防禦[87]。因此文獻上指出，實務上僅曾聽聞一個案子被告有作出未宣誓之陳述，因為此種未經宣誓之陳述，並不會帶給被告多大的利益[88]。但是在 United States v. Rosato 案件的判決中，法院判決表示，未經宣誓的陳述（the unsworn statement）通常被認為是不受限制的（unrestricted）[89]，論者也認為，被告在法庭上提出未經宣誓陳述的權利，通常也是被認為是不受限制的[90]；但是被告不宣誓陳述在實務上幾乎沒有實質意義，控方可以提出證據來反駁未經宣誓陳述中任何有關事實的陳述，因為未經宣誓的陳述沒有經過交互詰問的驗證，通常陳述不連貫，並留下許多無法經由交互詰問獲得之疑問（it is generally incoherent and leaves open many doubts）[91]，因此被告未經宣誓的陳述，通常會被解釋為希望能獲得較輕的刑期而已[92]。然而，縱使如此，如果將被告未經宣誓的陳述排除證據能力，而未將此種未經宣誓之陳述提交給陪審團審酌，仍將導致被告被定罪的判決因此被撤銷（the conviction being quashed）[93]。由此可見，在美國法實踐上，被告未經宣誓所作出關於事實之陳述，仍然可以作為陪審團審酌之依據，並非當然無證據能力。

上開論述，也可以從我國刑事訴訟已酌採改良式當事人進行主義的相關規定中得到印證。在改良式當事人進行主義的訴訟模式之下，刑事訴訟法第 163 條第 1 項第 1 句規定：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。」依此條項之規定，在被告否認犯罪，而被告之辯護人聲請調查證據詢問被告時，辯護人詢問被告調查證據之目的，顯然是為了取得被告之供述證據，作為有利被告之證明，此種辯護人調查證據時詢問被告程序規定，被告即屬於實質證人之地位而為供述，然因被告並非訴訟法上之狹義證人，因此並無命被告應具結規定之適用。從而，被告之辯護人於聲請調查證據時詢問被告，雖然此時被告供述之地位亦屬於實質上的證人，但也不能因未命被告具結陳述，即逕依刑事訴訟法第 158 條之 3 規定，排除其陳述之證據能力，而不予以審酌此種未經具結之被告陳述。因此，在採當事人進行主義的美國法實務上，被告為自己作證，但卻不願意負擔神意或偽證罪刑罰的處罰，而拒絕宣誓時，仍由其辯護人進行交互詰問的情況之下，尚且不得排除其證據能力，是其陳述之性質，乃屬未經以證人身分具結所為之陳述，依據普通法之判例及上開刑事訴訟法第 163 條第 1 項第 1 句之同一法理，仍不得排除其證據能力。基此，在法學方法上，基於事物本質之同一性，訴訟法上狹義證人以外，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，非以證人身分具結而於法官面前所為之陳述，在法無明文限制排除之下，更不應逕行絕對排除其證據能力。

再參照刑事訴訟法第 159 條立法當時參考之日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 1 款之規定：「關於記錄在法官面前供述之文書，因該陳述人死亡或精神、身體障礙或所在不明或在國外無法於審判準備或審判期日為陳述，或陳述人為與審判準備或審判期日前之陳述相異之陳述。」經其簽名或署押，亦得作為證據之規定[94]，也設有例外規定，承認陳述人未經具結之準備程序筆錄，或陳述人為與審判準備或審判期日前之陳述相異之供述證據，例外亦得作為證據，並非以該陳述人必須於審判中，以證人身分具結作證，始能作為認定犯罪事實之證據。日本近時有力之見解，更已不再強調有無經過被告之對質詰問，而以直接審理原則來說明日本刑事訴訟法第 320 條之規定，認為所謂傳聞證據，係指提出在審判外之供述，用以證明該供述內容具有真實性之證據，強調審判期日之陳述有證據能力，不以經過反對詰問為必要。因為日本刑事訴訟法第 320 條第 1 項僅規定：「代替審判期日之供述」，本案準備程序或審理期日之供述證據，並非傳聞，是以審判期日之供述，雖未經對質詰問，仍應承認有證據能力[95]，此一規定與刑事訴訟法第 159 條、第 159 條之 1 至第 159 條之 5 規定，係在規範傳聞證據及其例外，而非在規範本案審判中供述證據之證據能力，法理上頗為一致。此乃因犯罪事實之認定必須依據事實，而事實應包括除法定無證據能力者外，其他可依據各種證明方法被檢驗或證明之事實[96]。是以，先前最高法院 96 年度台上字第 3527 號、96 年度台上字第 3827 號、97 年度台上字第 2175 號、98 年度台上字第 1710 號刑事判決之一貫見解，可能即係參考日本法上述規定推論而來，認為非以證人之身分在審判中陳述之供述證據，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，該未經具結之供述筆錄因屬審判上之陳述，自有證據能力；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 規定，排除其證據能力，其理在此。

由於狹義證人以外，其餘共同被告、共犯、告訴人或被害人之陳述，如係就被告所涉犯罪之待證事實，具有重要關係之親身知覺、體驗之事者，實乃居於證人之地位而為陳述，但此種非以刑事訴訟法所定狹義證人身分所為之陳述，並非立法者所預定，應適用刑事訴訟法第 158 條之 3 規定，而排除其證據能力之情形。此參照刑事訴訟法第 159 條、第 159 條之 1 立法當時參考的日本刑事訴訟法第 292 條之 2 第 9 項規定：「第一項規定之陳述或依第七項規定之文書，不得作為認定犯罪事實之證據。」（該條第 1 項係規定：「法院對於被害人等或該被害人之法定代理人聲請有關被害心情或其他有關被告案件為意見陳述時，應於審判期日准許其陳述意見。」第 7 項則規定：「法院經考量審理之狀況及其他情事認為不適當時，得命以提出意見之文書代替陳述，或不許其陳述意見。」）日本刑事訴訟法有明文排除證據能力之規定，但我國刑事訴訟法立法當時則並未參考上開規定予以明定，明顯係有意排除，則依我國刑事訴訟法關於無證據能力之明文列舉規定，既無如日本刑事訴訟法第 292 條之 2 第 9 項所定，明示列舉無證據能力之規定，則從結論上而言，此種有意省略排除引進我國刑事訴訟法限制適用之立法意旨[97]，即不能落入刑事訴訟法所明定的證據使用禁止（Beweisverwertungsverbote）之範疇，因而導出因為欠缺法所明定無證據能力之消極要件，而不得採為裁判之基礎[98]，自亦無從導出應絕對排除以共同被告、共犯、告訴人或被害人身分所為陳述之證據能力結論。至於將來刑事訴訟法是否參照日本刑事訴訟法第 292 條之 2 第 9 項之規定，明文規定排除告訴人於準備程序或審判中陳述之證據能力，則已屬於立法論的另一個問題。

（文轉三版）

註釋

84 Id, at 134

85 Id, at 137

86 Ferguson v. Georgia, 365 U.S. 570, 588 (1961).

87 王兆鵬，美國刑事訴訟法，2 版，頁 665（2007 年 9 月）。

88 Robert Popper, *History and Development of the Accused's Right to Testify*, Wash. U.L.Q. 454, 465 (1962). "Really, in practice it is worth, generally, but little if anything to defendants. I have never known or heard of but one instance where it was supposed that the right had availed anything. It is a boon that brings not much relief."

89 United States v. Rosato 32 M.J. 93, 96 (C.M.A. 1991).

90 John S. Reid , *supra note* 83, at 149.

91 Ferguson v. Georgia, 365 U.S. 570, 587(1961).

92 王兆鵬，同註 87，頁 665。

93 E. K. Quansah, *Unsworn Statement from the Dock and the Accused Person in Botswana*, 43 J. AFR. L. 234, 241 (1999).

94 日本刑事訴訟法第三百二十一条：「被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。一、裁判官の面前（第百五十七条の六第一項及び第二項に規定する方法による場合を含む。）における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は供述者が公判準備若しくは公判期日において前の供述と異なつた供述をしたとき。」

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
植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司
民法總則（增訂四版）
稅法總論（第一冊增訂四版）
黃茂榮 著作 定價 700 元
黃茂榮 著作 定價 800 元
訂購未滿 請自付郵
植根法律書

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

（文接二版）

現行刑事訴訟法乃採強化當事人進行主義之立法趨勢，證據之調查與取捨，尊重當事人之意思，並以之作為訴訟程序之重心，降低法院依職權調查證據之義務[99]。從當事人進行主義的訴訟模式與德國法制上證據使用禁止之規範模式來加以觀察。保障被告與證人對質詰問之行使權利，應該才是對質詰問權的根本重點所在。倘若被告已放棄或不行使對於證人詰問的權利，甚至對於無證據能力之證據不為主張，則依據當事人進行主義模式，任何反對證據能力之異議，須由當事人提出之「不提出異議即視為放棄」之法理，且美國聯邦證據規則也沒有明定當事人未提出異議，亦應發生排斥證據能力之效果[100]；又刑事訴訟法關於無證據能力之規定，係採明示列舉之立法規範模式，因此非屬法定無證據能力之證據，並不生絕對排除證據能力之效果。蓋以，對於證據的來源具有合法性的疑慮或本然的瑕疵時，若當事人不予以爭議，或是被告不予以抗辯，乃至被告同意此種具有合法性瑕疵之證據，該證據仍得以使用於事實之認定，並無必然排除的效力[101]。

最後，英美判例法長久以來實踐上，本於維護法院裁判之一致性，以及法院判決之權威性，乃重視遵循判決先例原則（The doctrine of stare decisis），或稱判決先例拘束原則或判例法（stare decisis – let the decision stand, the rule of precedents）[102]。在橫向的遵循判決先例原則之下，終審法院各庭之法律見解，應該具有橫向的一致性，始能令下級法院及人民不致對於終審法院判決之權威性產生懷疑，致斲傷人民對司法的信賴性。因此著名的美國前大法官 Louis Dembitz Brandeis（布蘭迪斯）才說到：遵循判決先例原則是明智的政策，因為在大多數情況下，法律規則被定下來，比被正確的確定下來，更形重要（Stare decisis is usually the wise policy, because, in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right）[103]。法院組織法修正增訂第 51 條之 1 以下有關大法庭制度相關條文，亦係本於遵循判決先例原則之立法意旨而來。立法意旨認為，最高法院為民事訴訟、刑事訴訟之終審機關，所為裁判有確保法律適用一致，及促進法律續造之作用，如民事庭、刑事庭各庭就相同事實之法律問題見解歧異，將影響裁判之安定性及可預測性，使下級審及人民無所適從[104]。因此，基於法律邏輯的一致性、平等適用、法安定性與確定性的考量，已經建立起來的法律規則，自應該被制度承認與尊重[105]。除非有特別正當理由得據以推翻先前判決所表示之法律見解，否則依據法院組織法增訂大法庭制度所採取的遵循判決先例原則，不能僅因認為先前判決所表示之法律見解可能有所錯誤，就拒絕加以適用[106]。

關於被告以外之人，即共同被告、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中所為之陳述，最高法院先前絕對多數判決見解認為，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，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。又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，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，早已形成一致之判決先例。最高法院 102 年度第 13 次刑事庭會議（一）決議意旨亦本此認為，告訴人於偵查中，非以證人身分所為之陳述，得類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 的同一法理，例外認為有證據能力，同樣認為此種非以證人身分應訊之告訴人，即令是於審判外之傳聞，亦無刑事訴訟法第 158 條之 3 規定之適用。同院 107 年度第 1 次刑事庭會議決議，亦再度予以肯定並維持。況且，共同被告、共犯、告訴人或被害人在另案法官前所為之傳聞陳述，依據刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項之規定，亦有證據能力，則共同被告、共犯、告訴人或被害人於本案法官前所為之供述，猶非屬傳聞陳述，而是基於直接審理所得之證據，倘若不能參照上開刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項之規定，承認有證據能力，即會導致基於直接審理所得之證據，反而不如傳聞證據之奇怪現象。凡此，在法院組織法增訂大法庭，解決終審法院裁判見解歧異之制度建立後，倘若欲變更上開判決先例所表示之見解，改採不同之見解，似亦應依照大法庭之程序處理，在法制上始屬妥適。

陸 結論

從刑事訴訟法第 159 條修正當時，立法者將舊法之適用主體「證人」，修正為「被告以外之人」，同時在第 159 條之 1 至第 159 條之 3、第 159 條之 5，也均使用「被告以外之人」作為主體用語，而且更將同時增訂之第 158 條之 3 規定，限制適用主體為「證人」，而將證人區分為「訴訟法上的證人」與「非訴訟法上的證人」兩種類型，分別視其陳述之主體資格之不同，適用不同之證據法則與證據排除法則，並未將非以證人身分具結所為之傳聞供述，或未於本案準備程序、審理期日以證人身分具結所為之陳述，一概排除其證據能力。又刑事訴訟法第 159 條、第 159 條之 1 立法當時，係有意排除日本刑事訴訟法第 292 條之 2 第 9 項規定，對於被害人所為之陳述意見，不得作為證據之意旨，顯見立法者係有意排除。

關於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，最高法院先前判決之一致見解認為，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。又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，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。最高法院 102 年度第 13 次刑事庭會議（一）決議意旨亦同此認為，告訴人於偵查中，非以證人身分所為之陳述，得類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 的同一法理，例外認為有證據能力，亦不能逕行適用刑事訴訟法第 158 條之 3 規定，排除其證據能力，同院 107 年度第 1 次刑事庭會議決議，亦再度予以肯定並維持。此一見解迄今亦未變更，已如上文所述。足見實務上最高法院判決先例，不論係審判外之傳聞陳述，或係於本案準備程序、審理期日之非傳聞陳述，均採一致之見解，認非以證人身分所為之陳述，並無刑事訴訟法第 158 條之 3 規定之適用。

基於當事人主義與處分權主義之精神，不論傳聞或非傳聞供述，除法律有明文規定者外，非以證人身分所為陳述之供述證據，倘經法院依法定程序調查，若被告及其辯護人對該供述證據以之作為認定犯罪事實之證據能力並無異議，或有明示同意作為證據之情形，又不主張行使反對詰問權，則在法無明文限制之下，自不能逕行認為應無證據能力。尤有甚者，告訴人或被害人先前於本案準備程序或審理期日中所為之陳述，若事後有因死亡、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、到庭後無正當理由拒絕陳述等情形時，則其先前於本案準備程序及審理期日中所為之陳述，如不能參照立法當時所參考之日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 1 款之規定，例外承認有證據能力，即反而應採認其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之傳聞陳述，或於偵查中，非以證人身分所為之傳聞陳述，法理上亦不無輕重失衡之處。甚至造成共同被告、共犯、告訴人或被害人在另案法官前所為之傳聞陳述，依據刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項之規定，尚得作為證據，但共同被告、共犯、告訴人或被害人於本案法官前所為之供述，是基於直接審理所得，並非傳聞，卻反而不得作為證據，法理上顯然已輕重失衡。

最高法院 109 年度台上字第 4601 號及第 5029 號判決見解，已與上述最高法院判決先例之見解產生歧異，猶待解決。至於以共同被告、共犯、告訴人或被害人身分，於本案法院準備程序或審理期日，非以證人身分具結所為之陳述，將來是否參考日本刑事訴訟法第 292 條之 2 第 9 項之規定，明文規定只有告訴人於審判中之陳述應無證據能力，則屬於立法政策之問題，自不待言。

（作者為臺灣高等法院法官）

註釋

95 田宮裕，刑事訴訟法（新版），頁 363（有斐閣：1996 年）；轉引自林俊益，論修正刑訴法之傳聞法則及其例外，全國律師，第 6 卷第 9 期，頁 35 註 12（2002 年 9 月）。

96 蔡蕙芳，從一般人民參與刑事審判之功能論適用國民參與刑事審判制度之案件類型，月旦法學雜誌，第 216 期，頁 198（2013 年 5 月）。

97 林俊益，同註 10，頁 488

98 林鈺雄，刑事訴訟法（下），8 版，頁 11（新學林：2017 年 9 月）。

99 刑事訴訟法第 163 條、第 273 條第 1 項第 4 款參照；林裕順，國民參審「傳聞法則」變革與展望—「警詢筆錄」之檢討為中心，東海大學法學研究，第 40 期，頁 40（2013 年 8 月）。

100 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），5 版，頁 243（新學林：2020 年 11 月）；張明偉，傳聞例外，2 版，頁 308（元照：2018 年 11 月）。

101 柯耀程，法定「證據排除」的意涵與適用，檢察新論，第 10 期，頁 154（2011 年 7 月）。

102 陳宜倩，判決先例拘束原則，月旦法學教室，第 15 期，頁 122（2004 年 1 月）。

103 Brandon J. Murrill, The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent 5 (2018).

104 法院組織法第 51 條之 1 立法理由參照。

105 陳宜倩，同註 102，頁 122。

106 王偉霖，論英美法判決先例原則之運作－兼論我國現行作法及大法庭制度，台灣法學雜誌，第 351 期，頁 90（2018 年 9 月）。

法學方法與現代民法（增訂七版）二刷 黃茂榮著 定價 900 元
侵權行為法（債法總論 第五冊）初版 黃茂榮著 定價 900 元
加值型營業稅法 初版 黃茂榮著 定價 900 元
1000元者 贈 65 元
書城熱賣中