詰問權與拒絕證言權衝突之探討

文／吳燦

上

案例問題

檢察官偵辦被告甲涉嫌性侵害案件，傳喚證人乙（即甲之胞弟）為證，於依刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 185 條第 2 項、第 186 條第 2 項之規定，告以其得拒絕證言，乙表明願意作證後，乃令乙具結陳述而取得不利於甲之證言。起訴書證據清單記載提出「乙具結之證言」為證據。試問：

一、檢察官提出偵查中已具結之證人乙之證言為證據，該證人得否由法院依職權傳喚到庭接受被告詰問？

二、法院對於下列情形，應如何處理：

（一）檢察官聲請傳喚被害人丙到庭為證，法院諭知丙在「隔離室」進行詰問；丙於主詰問後，於辯護人行反詰問時，以其與被告甲為父女，拒絕證言。辯護人則以法院採遮蔽方式詰問，侵害被告詰問權為辯。

（二）證人乙於審判中到庭，但以其與被告甲為親兄弟為由，拒絕證言，得否僅對乙之偵訊筆錄踐行刑訴法第 165 條第 1 項之調查程序，而作為判斷依據？

壹 前言

司法院司法人員研習所（即法官學院前身）於 2013 年 7 月開辦「刑事程序法互動研習會」，由講座撰寫討論大綱或講義，或指定實際案例，並預擬若干核心問題、爭點或概念，交由學員預習並於課程一週前提出心得或相關問題。研習會當日，先由講座講解 1 小時，再由講座與學員採互動式進行討論 3 小時，最後由講座總評 1 小時。筆者連續 2 年受邀擔任其中 1 場次之講者[1]，以「被告詰問權與證人拒絕證言權之衝突」為題，撰寫討論大綱，並於第 2 年試擬數則案例問題供討論。

其中首揭案例問題二之（二），經總合與會者意見，多數見解[2]認為應類推適用刑訴法第 159 條之 3 第 4 款之規定，即證人審判中「到庭後無正當理由拒絕陳述」，法院於對偵訊筆錄踐行刑訴法第 165 條第 1 項之調查程序後，該筆錄即得作為判斷依據。有位學員另提出書面意見，除贊同多數說外，認為在證明力部分，應有佐證法則之適用。由於此一議題關涉到被告詰問權與證人拒絕證言權衝突之法律適用（案例問題二），以及在當事人舉證先行原則下，法院對於起訴書證據清單所列之證據，得否逕依職權調查證據（案例問題一）。凡此疑義，實務並不罕見[3]，即有深一層探討之必要[4]。

貳 刑事被告詰問證人係屬憲法權利

詰問權乃被告與證人直接面對面進行詰問之權利，係被告行使防禦之重要而基本的訴訟權益，美國憲法增補條款第 6 條及日本國憲法第 37 條第 2 項前段，均直接形諸於憲法明文保障。已具內國法效力之公民與政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 5 款規定：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受《得親自或間接詰問他造證人》最低限度之保障」，俾確保被告及其辯護人有適當機會在審判的某個階段詰問及反駁證人，足見刑事被告詰問對其不利證人之權利，乃具普世價值之基本人權。此一權利在我國憲法上，雖未有如美、日之直接明文規定，但依司法院釋字第 384 號、第 582 號解釋，此一權利不但為憲法第 16 條之訴訟基本權所保障，且屬第 8 條第 1 項對人民身體自由所保障之正當法律程序之一種權利，在位階上已屬於被告憲法上之權利。

一、詰問權之立法限制／隔離詰問之合憲性審查

被告詰問權之內涵，除充分享有詰問對其不利證人之權利外，尚包括（一）被告有於證人作證時目視證人之權利，（二）被告有使證人作證時看見自己的權利[5]。賦予被告目視證人及使證人看見被告之權利目的，旨在藉由證人於審判期日當庭所行之詰問程序，得以看到證人之姿態，及使證人因為看到被告而為真實之陳述，以保障證言之可信度，俾使法院依其言詞陳述語氣及反應等態度證據，進而確保事實認定之正確性。蓋證人陳述時，如使被告與證人面對面，得以直接觀察證人之表情、態度，提升揭露其虛偽證言之可能性，並且可以引出更正確之證言，而有助於反對詰問權之有效行使，此乃保障被告與證人直接面對面此種程序之價值所在。

惟被告之詰問是否必須在法庭中，於訴訟關係人在場時，以「面對面」（face to face）進行為限，此涉及被告詰問權雖係憲法保障之基本權利，是否即意味著絕對不可限制，美、日兩國因為係直接在憲法明文保障被告之詰問權，因而也產生了以遮蔽措施進行隔離詰問之合憲性問題。

所謂遮蔽措施，包括被告與證人間之遮蔽措施，以及旁聽人與證人間之遮蔽措施兩種。前者，又分為單向遮蔽（包括從被告方之遮蔽，使其看不到證人，以及從證人方之遮蔽，使其看不到被告），與雙向遮蔽（證人與被告均看不到對方）；後者，則採雙向遮蔽方式。此外，被告與證人間之遮蔽及旁聽人與證人間之遮蔽，也可以同時進行[6]。旁聽人與證人間之遮蔽，涉及公開審判之問題[7]，被告與證人間之遮蔽[8]，則為被告詰問權之保障得否受限制之疑義。

（一）美國聯邦最高法院 1990 年 Maryland v. Craig 案[9]

本案被告被控在其開設之幼兒園性侵 6 歲小女孩，檢察官依據專家證言，以被害人看見被告會情緒激動無法自由陳述為由，向法院聲請依據當時的馬里蘭州州法規定，以視訊方式調查被害兒童。法院因而安排該被害證人、檢察官及被告之辯護人在另室進行詰問程序，在證人看不到被告之情況下，經由單向電視傳送至法庭供法官、陪審員及被告視聽（可以看到證人作證之姿態），被告本人亦可以利用耳機與辯護人對話聯繫。辯方主張既非當面詰問，即與憲法增補條款第 6 條保障被告對質詰問權之規定有違。

聯邦最高法院認為，憲法增補條文上開規定係以確保證言之真實性為目的，本案除了兒童作證時看不見被告外，其他對質詰問條款之核心要件，如宣誓、反對詰問、觀察證人作證態度等等，均已具備，已足以充分保障證言之真實性，至於被告與證人「直接面對權」並非憲法增補條文第 6 條規定不可或缺之要素。本案依州法為考量重要公共利益而採此取證方式，符合上述目的，尚非違憲。

（二）日本最高裁平成 17 年 4 月 14 日第一小法庭判決[10]

本案被告趁友人不在之際，施暴並強制性交友人之妻。第一審名古屋地裁依據刑訴法第 157 條之 3、第 157 條之 4 之規定，採行視訊傳送及遮蔽措施，同時在被告與證人及旁聽人與證人間設置遮蔽物，以被告無法看到證人的方式，訊問被害人（證人），經一、二審判決有罪。被告上訴至第三審，主張刑訴法第 157 條之 3 併用第 157 條之 4 違反憲法第 82 條第 1 項、第 37 條第 1 項公開審判原則及侵害第 37 條第 2 項前段被告詰問權之保障。

關於侵害被告詰問權之保障部分，最高裁判所認為，本案調查證人之方式，雖然採取使被告無法看到證人之

（文轉三版）

註釋

1 另一場次講座為現任成功大學陳運財教授（時任東海大學教授），講題為「共同被告之調查及其陳述之證據能力與證明力」。

2 此係 2014 年之研習會，在 10 餘位與會者討論後，經表決之結果。

3 例如，臺灣高等法院於 2013 年 7 月 26 日舉辦「刑事訴訟程序研討會」，邀請政治大學何賴傑教授主講「德國刑事訴訟法迅速原則之具體實踐－迅速原則與辯護權」，由陳宗鎮院長主持，楊雲驊教授及本人擔任與談人，在綜合座談時即有林楊鎰律師提問：「有關被告詰問權之行使（被告與證人為三親等血親）：偵查中證人願意作證且不行使拒絕證言權，惟證人在審判中卻主張拒絕證言，此時該證人於偵查中之供述是否有證據能力？」請參臺灣高等法院刑事訴訟程序研討會紀錄，2013 年 7 月 26 日，13 頁。感謝林瑞斌行政庭長協助提供該次會議紀錄影本。

4 感謝臺灣南投地方法院張前院長浴美及現任黃院長俊明之邀約，於 2018 年 8 月間得以再就此一議題，重新探討，也感謝當天提供意見的投院同仁，以及 2013、2014 年兩次研習會參與者之討論，惟文責仍自負。

5 王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照，2004 年 9 月，372 頁。

6 此係依日本刑訴法第 157 條之 3 規定所為之分類。堀江慎司，証人尋問における遮へい措置、ビデオリンク方式の合憲性 -- 最（一小）判平成 17.4.14，刑事法ジャーナル，2 期，2006 年，109 頁。

7 日本國憲法第 37 條第 1 項、第 82 條第 1 項。

8 廣義的遮蔽措施尚包括視訊。視訊設備將法庭物理空間延伸，擴大法庭之空間概念，以視訊方式調查證據，雖不符合物理的「面對面」，通說認為並不違反直接審理原則，無礙被告詰問權之保障。

9 496U.S 836,856 (1990)。清水真，証人保障のための遮蔽措置及びヴィデオ・リンク方式の合憲性（上），独協法学，67 期，2005 年 11 月，226-229 頁。朱石炎，刑事訴訟法論，修訂三版，三民，2011 年 4 月，220 頁。王兆鵬，刑事訴訟講義（二），元照，2003 年 6 月，297 頁。

10 刑集 59 卷 3 號 259 頁。堀江慎司，註 6，108-109 頁。

11 關於違反公開審判部分，最高裁判所亦認為，在旁聽人與證人間採取遮蔽措施，並

植根法律關係（稅法總論 第三冊）
數位法律資料庫
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 800 元
黃茂榮 著作 定價 800 元
訂購未滿 請自付郵
植根法律
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
費用新臺
如蒙 請郵政 帳 5005 帳
司法院

法律網 的最佳平台
稅法解釋與司法審查（稅法總論 第二冊增訂第三版）黃茂榮 著作 定價 800 元
法學方法與現代稅法（稅法總論 第一冊增訂三版）黃茂榮 著作 定價 800 元
1000元者 賣 65 元
書城熱賣中
WEEKLY 周刊
訂閱
幣400元
訂閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊

（文接二版）

遮蔽措施，但被告得親自詰問證人，可以聽到證人的陳述（聲音），而且依據刑訴法第 157 條之 3 第 1 項但書之規定，採行此種遮蔽措施，僅限於有辯護人在場之情形，對於辯護人觀察證人作證態度並無妨礙。該條之立法目的係為減輕證人與被告面對面之強烈心理不安，而採取之特別措施，並無侵害被告反對詰問權之行使。至於視訊傳送併用遮蔽措施之情形，亦因為辯護人可以看見證人之影像，並不妨礙辯護人觀察證人作證態度，自無侵害被告之反對詰問權，因此無違反憲法第 37 條第 2 項前段規定[11]。

（三）我國法之檢討

前述 2 案均認為採遮蔽措施詰問證人，並未侵害被告憲法上之權利。因是，不論是（1）被告有於證人作證時目視證人之權利，或（2）被告有使證人作證時看見自己的權利，二者均非絕對不可限制。亦即，當有重要之公共利益更需要被保護時，被告面對證人的權利即有退讓之可能。不過，在同樣採取遮蔽措施詰問證人之情形，Maryland v. Craig 案係採用使證人看不見被告，被告仍得觀察證人作證姿態之方式，但平成 17 年 4 月 14 日判決之案件，則採取使被告無法看見證人之方式，惟此一方式則僅限於有辯護人在場者，始得為之。鑒於觀察證人之態度證據，得以確保證言之可信度，如有採取遮蔽措施詰問證人之必要，兩相比較，Maryland v. Craig 案之方式，毋寧應優先考慮。就立法例而言，日本刑訴法第 157 條之 3 第 1 項關於詰問證人得採遮蔽被告措施之規定，值得我國法借鏡參考。

日本刑訴法第 157 條之 3 第 1 項規定，法院於詰問證人，依犯罪性質、證人年齡、身心狀態及其他事由，認為證人在被告面前（包括第 157 條之 4 第 1 項之情形）供述時，有受到壓迫而顯有妨害精神平穩之虞者，於認為適當時，並聽取檢察官及被告或辯護人之意見後，得在被告與證人間採取使一方或彼此無法看到對方之單向或雙向遮蔽措施。但使被告無法看到證人之情形，以有辯護人到庭之情況為限[12]。

我國刑訴法並無如日本法之規定，於詰問證人時，設有得採被告與證人遮蔽措施之總則性規定，僅於性侵害犯罪防治法第 16 條第 1、2 項，家庭暴力防治法第 36 條，人口販運防制法第 25、26 條，兒童及少年性剝削防制條例第 12 條，組織犯罪防制條例第 12 條第 2 項及證人保護法第 11 條第 4 項等特別法，分別規定由法院「採取適當隔離方式」為之，稽其規範密度較之日本法之規定，顯然不足，而且失之空泛，欠缺明確性。

司法院為落實司改國是會議關於「建構維護被害人尊嚴之刑事司法」之決議，於所提出之「刑事訴訟法部分條文修正草案」，除增訂第七編之三「被害人訴訟參與」，並新增第 272 條之 2 第 2 項：「被害人依第二百七十一條第二項之規定到場者，法院依被害人之聲請或依職權，審酌案件情節及被害人之身心狀況，並聽取當事人及辯護人之意見後，得利用遮蔽設備，將被害人與被告、旁聽人適當隔離。」此一遮蔽措施之適用要件，雖較之性侵害犯罪防治法等之規定為明確，但僅及於被害人依刑訴法第 271 條第 2 項之陳述意見，其餘則不與焉。最高法院 93 年台上字第 6578 號判例揭明「被害人乃被告以外之人，本質上屬於證人，其陳述被害經過，亦應依人證之法定偵查、審判程序具結，方得作為證據」，故而被害人依刑訴法第 271 條第 2 項規定之陳述意見，該部分之陳述，即毋庸具結，乃類同日本刑訴法第 292 條之 2 第 1 項之「關於被害的心情」之意見，僅得作為科刑資料參考，不能執為認定犯罪事實之證據[13]。準此，刑訴法新增之第 272 條之 2 第 2 項規定，僅具象徵意義，實際效益不大，建議在證據「人證」章（第一編第十二章第二節）即第 177 條之後，仿採日本刑訴法第 157 條之 3 之立法例為增訂，始敷需要，也可以解決特別法規範不明確所可能衍生之問題。

審判實務上，個案如有依上開特別法規定採行遮蔽措施之必要，允宜依具體情形，審慎參酌 Maryland v. Craig 案或平成 17 年 4 月 14 日判決所建構之基準，妥適裁量，並將裁量之經過及結果，記明筆錄，俾供事後審查。至於證人保護法第 11 條第 4 項規定之「變聲」，參照平成 17 年 4 月 14 日判決意旨，不宜貿然採用。

二、被告詰問權之保障與處分

證據之得作為犯罪事實之判斷依據，依刑訴法第 155 條第 2 項規定，必須具備 2 個要件，其一為有證據能力，另一為應經合法調查，苟欠缺其一，即有證據能力之證據，如未經合法調查程序，或無證據能力之證據，縱經調查，均不得作為認定犯罪事實之依據。司法院釋字第 582 號解釋理由書因此強調「為確保被告對證人之詰問權，證人（含其他具證人適格之人）於審判中，應依人證之法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據」，進而指出「被告以外之人（含證人、共同被告等）於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者（刑訴法第 159 條第 1 項參照），除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序」。亦即，被告對證人之詰問權以「客觀上不能受詰問者」為唯一例外，如無「客觀上不能受詰問」之情形存在，於審判中均應踐行詰問程序，始為合憲、適法，以保障被告之詰問權。

被告享有詰問證人之權利，雖係憲法所保障之基本權利，但非絕對權。所謂詰問權乃指訴訟上被告有在公判庭當面詰問證人，以求發現真實之權利，被告之詰問權固應受保障，不得任意剝奪，但基於當事人進行主義中之處分主義，應認被告有處分權，非不得由被告放棄對原供述人之反對詰問權。審判實務上，案內遇有未經被告詰問之供述證據，宜於準備程序處理，如當事人等已明示捨棄詰問，應記明筆錄，以杜爭議。被告雖捨棄詰問，於第二審仍得主張之。

參 偵查中具結之證人，法院得否職權傳喚詰問

現行刑訴法採改良式當事人進行主義，其第 163 條第 1、2 項係於 2002 年參酌日本刑訴法第 298 條之立法例為修正，改採當事人舉證先行原則，法院職權調查證據為輔的證據調查模式。因此，祇有在當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），法院始得斟酌具體個案之情形，啟動補充性的職權調查證據。

日本刑訴法第 298 條第 2 項雖規定：「法院認為必要時，得依職權調查證據」。該國學說及實務[14]均認為，檢察官仍有立證之義務，如其立證未盡充分，原則上法院並無發動職權調查之義務，蓋職權調查易使人懷疑法院之公平性，是僅於證據存在且極明顯，如不調查明顯有致違反正義結果之虞者，法院才有義務促使檢察官為調查證據之請求。我國最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議（二）亦謂：（刑訴法第 163 條第 2 項）但書所指「公平正義之維護」，專指利益被告而攸關公平正義而言。案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，然如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查之可能者，法院得依刑訴法第 273 條第 1 項第 5 款之規定，曉諭檢察官為證據調查之聲請。

刑訴法第 159 條之 1 第 2 項，乃有關被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述之證據能力規定，惟此種證據須於法院審判中經踐行含詰問程序在內之合法調查程序，始得作為判斷依據。證人未於審判中經被告詰問，即屬未經完足調查之證據，自不得作為判斷依據。檢察官起訴書證據清單所列之證據，尤其是偵查中已具結之證人證言，自屬案內不利於被告之證據，該證人對被告而言尤屬敵性證人，依當事人舉證先行原則，自應由檢察官聲請法院傳喚到庭接受被告之反詰問，法院無由依職權傳喚調查。至於刑訴法第 166 條之 6 規定，係在規範法院依補充性的職權調查證據所傳喚證人之訊問及詰問順序，不可混淆。

最高法院在上開 101 年決議前，即於 100 年度台上字第 3952 號判決指出：鑒於在加強當事人進行主義色彩之刑事訴訟架構下，法院依職權調查證據係居於補充性、輔佐性之地位及因發見真實之必須而為，此項得為證據之證人偵查中之陳述，如係檢察官所提出者，性質上當屬不利於被告之敵性證人，基於交互詰問制度設計之原理，除非被告已聲請傳喚該通常非屬友性之證人或明白捨棄反對詰問權，或被告出於任意性自白，與證人之證言一致，顯不具詰問之必要性者[15]，否則控方之檢察官仍不能豁免其應負聲請法院傳喚該證人到庭使被告進行反詰問之義務；倘檢察官未盡其聲請之責，法院應曉諭檢察官為聲請（刑訴法第 273 條第 1 項第 5 款），如此方不悖乎當事人舉證先行之原則，並滿足嚴格證明法則下證據調查之要求。

（下期待續）

（作者為最高法院庭長）

註釋

未改變審判之公開，因認未違反憲法第 82 條第 1 項及第 37 條第 1 項規定。

12 日本刑訴法第 281 條之 2、第 304 條之 2 另有法院訊問證人時，得令被告退庭之規定，此與我國刑訴法第 169 條規定相當，但日本法上開規定僅限以有辯護人在場之情形，始得為之，我國法則無此限制。

13 吳燦，被害人之陳述與具結，月旦法學教室，181 期，2017 年 11 月，15-17 頁。

14 最高裁昭和 33 年 2 月 13 日判決。松尾浩也監修，松本時夫、土本武司等編集，條解刑事訴訟法，新版，550 頁。

15 性質上無進行詰問之必要，例如被告已自白或為認罪之答辯，請另參最高法院 100 年度台上字第 612 號、101 年度台上字第 3412 號判決。