詰問權與拒絕證言權衝突之探討 下

文／吳燦

（文接上期）

按主詰問之目的，在於建立場景、建構事實，行主詰問之對象，與本造有友善性，通常稱之為友性之證人（鑑定人），性質上僅係證據之提供，實非質問或詰問。亦即，行詰問人就本造所主張之事實，透過證人或鑑定人之言詞陳述，尋求取信，非在責難。該證人或鑑定人之陳述如有破綻，勢將遭受他造於反詰問時質疑或責難，因而影響法官之心證。反詰問之目的，則在於彈劾證人、鑑定人供述之憑信性，及引出在主詰問時未揭露或被隱瞞之另一部分事實，而達發現真實之目的。反詰問之對象為敵性之證人（鑑定人）。就實務運作而言，無非用以「否定」或「減弱」有利於他造之證言。亦即，運用盤問技巧，發現並揭露原陳述之瑕疵、破綻或隱情，進而質疑、變更甚至推翻原陳述之可信度，以達減損證明力及動搖法官心證之目的[30]。

證人作證本應為真實且完全之陳述，設若證人於聲請傳喚其到場之一造行主詰問時，侃侃而談，迨輪由他造反詰問時，則避不作答，美國法院對於證人此種無理由拒絕證言之處置，除論以侮辱法庭罪（contempt of court），並將其全部證言予以刪除，不列入紀錄，並向陪審團說明不得考慮該證言[31]。刑訴法第 181 條之 1 僅規定，審判中證人於反詰問時，就主詰問所陳述有關被告本人之事項，不得拒絕證言。對於證人在主詰問時不拒絕證言，於反詰問始不為證言時，法院就其主詰問所陳述有關被告本人之證詞，應如何處理，並未規定，尚有待學說及司法實務進一步釐清。

（一）學說見解[32]

1. 無效反詰問之情形

在交互詰問中，可能會因為「法律或事實」之因素，出現無效反詰問之情形有：（1）證人在主詰問結束後，於反詰問時，合法或非法拒絕證言，（2）證人在主詰問結束後，反詰問開始前，因為死亡或疾病，致不能開始進行反詰問。（3）反詰問進行至一半時，出現（1）（2）各種情形。

2. 無效反詰問之效果

證人於主詰問時不拒絕證言，迨反詰問卻不為證言，此時不論是刑事被告不能進行有效反詰問，抑或是檢察官不能進行有效反詰問，其主詰問之證詞，應予排除之情形有二：（1）證人合法或非法拒絕證言，（2）證人因為「疾病」致反詰問不能開始。

至於不能進行反詰問之原因，如係因為證人「死亡」不能證言者，主詰問之證詞應否排除，則視不能反詰問之人是檢察官或被告而不同。（1）若被告反詰問時出現「無效反詰問」，等於違反被告「憲法上」之詰問權，證人主詰問之證詞，應予排除。（2）如是檢察官反詰問時出現「無效反詰問」，僅為檢察官「法律上」之權利行使有障礙，基於證據法之法理，主詰問證詞仍具有證據能力，但證明力較低。

3. 有無效反詰問情形之處理方式

除上揭所述情形外，英美法有時賦予法官可以在不同之情形，斟酌不同之救濟方式。（1）當無效反詰問只是一時不能行使，可以延展期日。例如證人疾病，得延展至證人可以接受反詰問時，繼續進行反詰問。（2）主詰問之證詞一部已接受反詰問之檢驗，其他部分出現無效反詰問時，對於已檢驗之主詰問證詞，仍具有證據能力，對於尚未檢驗部分之主詰問證詞，應予排除。（3）若反詰問之目的已顯著完成，始出現無效反詰問情形，對於主詰問之證人證詞，法官得裁定不予排除。

（二）實務見解

最高法院 107 年度台上字第 8 號判決謂：拒絕證言權利並非不可拋棄，倘經法官告知得拒絕證言之權利後，證人猶決意為證述，並於主詰問陳述有利或不利於被告之事項，輪到另一造當事人行反詰問時，刑訴法第 181 條之 1 特別規定，證人此時不得拒絕證言，以免造成無效之反詰問。故於審理期日調查證據行主詰問時，證人作證陳述有利或不利於被告之事項，於反詰問中不論是合法或非法拒絕證言，使另一造當事人不能為有效之反詰問，則主詰問之證詞即應予排除，而不能採為判斷事實之證據資料，以免不當剝奪另一造當事人之反對詰問權，並有礙於發現真實。

系爭判決意旨認為，證人在主詰問時為證言，於反詰問時拒絕證言，有害於真實之發現，不論是合法或非法拒絕證言，主詰問之證詞因未經檢驗，應予排除，不能採為判斷事實之證據資料。蓋該項證詞並不符合刑訴法第 155 條第 2 項之規定，屬於未經完足（合法）調查之證據。

二、類推適用之無效反詰問／衝突類型（二）

證人於偵查中已為證言，其後在審判中始主張拒絕證言時，其先前於偵查中所為之陳述，得否僅踐行宣讀筆錄之調查程序，而作為判斷之依據，我國刑訴法對此未規定。

（一）外國法規定

德國刑訴法第 252 條規定：「審判前已受訊問之證人之陳述，至審判時始行主張其拒絕證言權者，不得將其陳述之訊問筆錄朗讀」。明定證人於審判中如拒絕陳述，將使偵查中之證詞被排除。關於本條之適用說明如下[33]：（1）依聯邦最高法院判例一向之見解，刑訴法第 252 條只適用於刑訴法第 52 條（被告親屬）、第 53 條及第 53a 條（職業秘密者及輔助人）之拒絕證言權，但不適用於刑訴法第 55 條拒絕提供資訊權的情形。（2）即使家屬關係是後來才成立時（例如訂婚），則所陳述之證言依刑訴法第 252 條亦不得用為證據。（3）如果訊問時，該有拒絕證言權者不僅是為不利其家屬的證人身分，同時也是被告，而其在審判程序中，依刑訴法第 252 條拒絕陳述者，則該第二次（即為被告時所為）之陳述不具證據力（即不得作為證據之用）。（4）如果證人以其他方式（例如躲藏）讓人知道，其不願在審判程序中陳述時，基於刑訴法第 252 條的法律思考，也將對證人往昔的證言陳述禁止朗讀，並禁止其具證據力。

（二）實務見解

最高法院 98 年度台上字第 2668 號判決略謂：被告以外之人於檢察官訊問時，已以證人身分為不利於被告之陳述，檢察官起訴又援引該陳述作為證據，被告或其辯護人於審判中行使反對詰問權，實係補足對該被告以外之人於檢察官訊問時所為陳述之反對詰問權，前後程序難以完全分割，雖分別於偵查、審判中行之，仍應視為係同一詰問程序之續行，而有刑訴法第 181 條之 1 規定之適用，即該被告以外之人不得於審判中拒絕證言，以免不當剝奪被告之反對詰問權，並有礙於發現真實。

系爭判決認為證人於偵查中已為證言，依刑訴法第 181 條之 1 規定之法理，亦不得於審判中拒絕證言。本文稱此為類推適用之無效反詰問。但當證人在審判中仍然不為證言時，該偵查中之證詞應如何處理，系爭判決並未說明。

（三）類推適用無效反詰問之效果

被告對證人之詰問權，除被告已捨棄詰問或在性質上無行詰問必要者外，依司法院釋字第 582 號解釋理由書，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。

1. 證人於審判中「客觀上不能受詰問」

何謂「客觀上不能受詰問」，系爭解釋理由書並未進一部闡述。解釋上似可參酌是否有刑訴法第 159 條之 3 第 1 至 3 款規定之「一、死亡者。二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者」等不能陳述情形之一為斷。至於第 4 款之「到庭後無正當理由拒絕陳述者」，則屬證人因主觀上之事由拒絕陳述，應不及之。

（1）有刑訴法第 159 條之 3 第 1、2 款之情形者

證人於偵查中為證言，於審判中因為死亡，或因身心障礙致記憶喪失或無法陳述等不能供述情形，其於偵查中之證詞因未經被告於審判中詰問檢驗，或有認為應予排除者，此雖符合原則上要賦予被告對不利證人有適當且充足詰問之機會，但對此一原則，在不妨害防禦權利之情況下，仍應容

（文轉三版）

註釋

30 陳祐治，交互詰問理論與實務，月旦法學雜誌，73 期，2001 年 6 月，88-92 頁。

31 Stuckey, Evidence P.79

32 整理自王兆鵬，註 9，331-336 頁。

33 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民，1998 年 11 月，499 頁。

34 Monika Haas v. Germany（德國法院基於傳聞證據以及匿名證人供述判決被告有罪案）／歐洲人權法院第三庭於 2005/11/17 之裁判，案號：73047/01。楊雲驊節譯，歐洲人權法院裁判選譯（一），司法院，2008 年 11 月，738-749 頁。

JUDICIAL 司法 復刊 稀 周 亭 院網站。 四、文稿一律不退件，請自留底稿。 五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。 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

論民法第 1191 條第 1 項前段之頓號

文／楊嘉敏

法律，是經由特定成員共同討論所制定，作為大家共同遵守且具有約束懲治效率的法規條文。所以法律包含了大家該做和不該做的行為，以及相對應的後果兩部分。因此典型的法律規範，由兩個部分所組成，分別是「法律要件」和「法律效果」。

無論是何種類型的法律條文，不管是何部分，都需要用文字來表達，而標點符號則是文句中不可或缺的。標點符號在文句中，是用來分別句讀和標明詞句性質、種類的符號。以下將就民法第 1191 條中的標點符號來解析。

民法第 1191 條第 1 項的內容如下：「公證遺囑，應指定二人以上之見證人，在公證人前口述遺囑意旨，由公證人筆記、宣讀、講解，經遺囑人認可後，記明年、月、日，由公證人、見證人及遺囑人同行簽名，遺囑人不能簽名者，由公證人將其事由記明，使按指印代之。」依法條規定，公證遺囑有兩個重要的要件，一是須有兩名以上的見證人，另一則是遺囑人須在公證人前「口述」大致的遺囑內容。

所謂「口述」，就是口頭敘述。遺囑人必須用言語表達，不得用其他方式代替。如果遺囑人只以點頭、搖頭或手勢示意，此與法條規定的「口述」不符，因此不符合公證遺囑的法定要件（參照最高法院 102 年度台上字第 98 號判決意旨）。

公證遺囑另一個常發生的問題是，見證人在遺囑公證程序進行的過程中離開，而只有一人在場時，則為方式之欠缺，即不能認為公證遺囑已符合法定要件（參照最高法院 102 年度台上字第 98 號判決意旨）。

從以上這則最高法院的判決案例來看，可以得知立公證遺囑，必須是一個完整且合法的過程，此法定程序中有其次序。綜觀整個公證遺囑的次序，首先遺囑人指定見證人，接著遺囑人口述遺囑意旨，由公證人作成筆記後，加以宣讀及講解，經遺囑人認可之後，再由公證人記明年、月、日，最後公證人、見證人及遺囑人一起簽名。

在此法條中，「筆記、宣讀、講解」是指遺囑必須先由公證人用筆記錄後[1]，接著在遺囑人及兩位見證人面前朗讀，然後再解說分析。這 3 種行為勢須先有主體（即遺囑）後，才能進行後續的宣讀及講解，因此「筆記、宣讀、講解」，是由 3 種不同的行為所構成的事件。

然在該條文之「筆記、宣讀、講解」中使用頓號「、」[2]，從標點符號的用法來看，法條中的頓號[3]，將形成「並列」的意涵，即「筆記、宣讀、講解」3 者並列，衍生疑義。

立公證遺囑是法定程序，要符合法律上所規定的過程與次序，符合其法定要件後，才能產生其效力[4]。因此「筆記、宣讀、講解」中的頓號，就法律文字的意涵來看，應有先後之順序，但從國語標點符號並列連用的用法來看，此處使用頓號無法精準的表達出民法第 1191 條第 1 項前段法定程序的精神。

在立公證遺囑時，公證人進行「筆記、宣讀、講解」這 3 種行為時，究竟「筆記」、「宣讀」、「講解」這 3 種行為各自獨立，且可隨意排列組合，無須依照順序？還是依其「筆記、宣讀、講解」的順序，3 者按其順序連用。此攸關公證遺囑的效力，且對繼承人權益影響甚鉅，不可不慎。

在浩瀚的法律世界裡，標點符號猶如滄海一粟，但卻有舉足輕重的影響力。少一個或多一個標點符號，可能翻轉整件案情。同樣的一句話，使用不同的標點符號，也可能產生不同的意涵。毫不起眼的標點符號，卻是字裡乾坤，馬虎不得。勿枉勿縱，是我國司法的基本精神。同樣的，對於標點符號，勿主觀勿扭曲，則是閱讀標點符號的基本態度。

（作者為作家及教師）

註釋

1 依法務部法律字第 10803501680 號函釋要旨指出，公證遺囑所重者應為公證人對於遺囑法律關係專業，從而民法有關公證遺囑及代筆遺囑規定中所稱「筆記」，解釋上均可以電腦打字或自動化機器製作。

2 根據《重訂標點符號手冊》，「頓號（、）」用於並列連用的詞、語之間，如「我們的憲法精神是要建立一個民有、民治、民享的國家。」或用來標示條列次序的文字之後，如「一、忠勇為愛國之本。二、孝順為齊家之本。」。

3 頓號是用來表示較多或較複雜的並列成分之間的停頓，最後一個成分前可用「以及（及）」進行連接，「以及（及）」之前應用逗號。如：三民主義包括了「民族主義」、「民生主義」，以及「民權主義」。

4 民法第 73 條：法律行為，不依法定方式者，無效。但法律另有規定者，不在此限。

（文接二版）

許有例外。因此，此類偵查中之證詞，雖不必排除，但在作為判斷依據時，於程序上必須充分衡平因此造成對被告防禦之不利益（衡平法則），也要考慮到該證詞對於有罪判決的影響程度，不能僅憑此種證言作為有罪判決之依據（佐證法則）[34]。證人於審判中主詰問為證言，於反詰問時有上開不能供述之情形者，亦同。

（2）有刑訴法第 159 條之 3 第 3 款之情形者

證人於偵查中為證言，於審判中因為滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到致不能陳述者，除應有前述衡平法則及佐證法則之適用外，必該證人之於審判中不能到庭，應以非可歸責於國家機關之事由所造成者，始有其適用（歸責法則）。倘因檢察官或法院未盡其舉證聲請或傳拘證人之努力，導致有上開情形，即無予容許其例外而令被告負擔不利益結果之餘地。

2. 證人於審判中無正當理由拒絕陳述

證人於偵查中已為證言者，即應於審判中接受被告之詰問，不論是一定身分關係或免於自陷入罪之拒絕證言，均不得行使。證人於審判中無正當理由拒絕陳述，其偵查中之證詞，因未經被告詰問，即使依刑訴法第 165 條第 1 項為調查，仍不得作為判斷依據。至於證人不能到庭或不能、不為證言之原因，如係由主張該證言之一造所造成者，亦同。

三、偵查中訊問證人應有之思維

被告詰問證人，並未限定在何一階段進行。考量證人可能於審判中有不能受詰問之情形，檢察官訊問證人，如依刑訴法第 248 條規定，命被告在場，並給予被告及辯護人詰問之機會，此項證人證詞，祇要在審判中經過調查，即得採為判斷之依據，而無違被告詰問權之保障。

陸 結語

被告詰問證人雖屬憲法上之權利，但非絕對權，詰問證人採遮蔽措施，即屬當有更重要的公共利益要被維護時，傳統概念之詰問權即得作部分退讓之立法限制。此一限制，應符合比例及明確性原則。性侵害犯罪防治法等特別法之規定，失之空泛，欠缺明確性，宜在刑訴法證據章作總則性之規定。

偵查中已具結證言之證人，除被告已明示捨棄詰問，或性質上無行詰問之必要，或被告已聲請傳喚者外，基於當事人舉證先行原則，應由檢察官聲請傳喚調查，如檢察官未聲請，法院應曉諭檢察官為聲請。題旨案例問題一，法院不得依職權傳喚乙到庭。

證人一定身分關係之拒絕證言權，得以概括行使，如未踐行告知程序，無異強令證人證言，基於保護被告家庭關係之規範目的，所取得之證言應予排除。免於自陷入罪之拒絕證言權，證人不得概括行使，如未踐行告知程序，所取得之證人證言，在被告本人之案件，應依刑訴法第 158 條之 4 權衡判斷得否為證據，如屬不利證人之證詞，應予排除，不得作為證人自己為被告案件之證據。

證人於審判中行主詰問時或偵查中已為證言者，本於刑訴法第 181 條之 1 規定及其法理，於反詰問時，不得拒絕證言。如無正當理由拒絕陳述，其先前之證詞除於偵查中已受詰問者外，否則即使審判中依書證方式為調查，因仍屬未經合法調查，不得作為判斷依據。至於證人有「客觀上不能受詰問」之情形，其先前證詞之採用，應審酌是否符合衡平法則、佐證法則或歸責法則。題旨案例問題二，均屬無正當理由拒絕陳述，不論丙主詰問之證詞或乙偵查中之證詞，均不得作為判斷之依據。

（全文完）

（作者為最高法院庭長）