刑事訴訟法第159條之1第2項適用之範圍*

—最高法院102年度第13次刑事庭會議決議評析

上

文／石木欽

壹 前言

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，為刑事訴訟法（以下稱本法）第 159 條之 1 第 2 項所明定，此為傳聞證據例外情形之一。被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，涉及檢察官本於偵查權之發動，究竟以何種身分傳喚下之陳述，在實務上發生適用上之疑義，如檢察官以證人身分傳喚，或以其他身分傳喚但已轉換為證人時，其未經具結之陳述，因違背本法第 158 條之 3 之規定，不得作為證據，實務運作上並無不同見解；但在非以證人身分傳喚而未經具結之陳述，其證據能力為何，即生爭議。在最高法院 102 年度第 13 次刑事庭會議作成決議前，該院於民國 96 年 6 月 29 日即以 96 年度台上字第 3527 號判決闡釋檢察官非以證人身分傳喚到庭為訊問，其身分既非證人，即與第 158 條之 3「依法應具結」之要件不合，縱未命其具結，純屬檢察官調查證據職權之適法行使，當無違法可言之見解，其後實務上多數判決亦秉此見解為裁判[1]。但上揭決議改變前述見解，提出「被告以外之人於偵查中未經具結所為陳述，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，本於本法第 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。」之論述。然此一決議是否與第 159 條之 1 第 2 項之立法本旨相符？解釋上有無逸出文義解釋之範圍？又提出「舉輕以明重」之原則，適用於本法已有明文規範之條文，是否立基於類推適用之法理而來？凡此均值得提出探討。

最高法院於 107 年 1 月 23 日就「除經立法院審議之司法互助協定（協議）另有規定者外，被告以外之人在外國警察機關警員詢問時所為陳述，能否依刑事訴訟法傳聞例外相關規定，判斷有無證據能力？」之法律問題作成決議[2]，採取肯定說，即「在被告詰問權應受保障之前提下，被告以外之人在域外所為之警詢陳述，應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 等規定，據以定其證據能力之有無。」並在肯定說第四點說明：「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。」作為本件決議之參考先例。則本文對最高法院 102 年度第 13 次刑事庭會議決議內容加以評析其是否妥當，並從各項解釋法律之方法就刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項之適用範圍加以論述，即具必要性。

貳 最高法院102年度第13次刑事庭會議決議[3]

該次會議係由最高法院院長提案如下：被告以外之人於偵查中經檢察官非以證人身分傳喚，其未經具結所為之陳述，證據能力如何，有甲、乙、丙、丁四說，決議採丁說，修正文字如下：參酌刑事訴訟法第 159 條、第 159 條之 1 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 159 條之 1 第 2 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 159 條之 2 之相對可信性）或「經證明具有可信之特別情況」（第 159 條之 3 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 159 條之 1 第 2 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 93 年台上字第 6578 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。本院 93 年台上字第 6578 號判例，應予補充。

本決議文有以下 5 點值得提出討論：（一）決議以檢察官訊問被告以外之人，須以依法具結為前提，始有第 159 條之 1 第 2 項之適用，其解釋法律是否合於文義解釋之內涵？有無附加法條所沒有之限制？（二）決議是否與檢察官偵查權之特性相符？（三）決議與立法意旨是否相契合？（四）決議之推論有否合於類推適用之法理？（五）決議是否合於論理法則？

參 從文義解釋來看本法第159條之1第2項

法學之終極目標，固在窮究法的目的，惟終不能離開法文的字句，一旦離開法文的字句，即無以維持法律之尊嚴及其適用之安定性，故法律解釋之第一步固係「文義解釋」，而其終也，亦不能超過其可能之文義[4]。因此，從文義解釋的角度來檢視第 159 條之 1 第 2 項之規定內涵，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。只要檢察官以合法之偵查手段所取得被告以外之人之陳述筆錄，均屬本條項所謂於偵查中向檢察官所為之陳述，該條文並未限制必須經依法具結之陳述始足當之。換言之，檢察官依本法之規定，非以證人身分傳喚到場，不論以共同被告、被害人或告訴人之身分，所取得之供述證據，均屬本條項之範圍，祇要無顯有不可信

（文轉三版）

註釋

* 本文原輯於「法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集（刑事訴訟法卷）頁 251」，於增補資料並作局部改寫而成。

1 臺灣高等法院 100 年法律座談會刑事類提案第 24 號，就本案提出討論，乙說取得事實審法院法官大多數票之贊同（實到人數 80 人，採取甲說〈即本次刑事庭會議提案之乙說〉者有 53 票，採乙說〈即本次刑事庭會議提案之甲說〉者有 15 票。又臺灣高等法院舉辦本次法律座談會時，最高法院於 100 年 8 月 4 日始以 100 年度台上字第 4254 號刑事判決提出丁說之見解，尚未經事實審法院法官瞭解援引，故本次法律座談會無從將該法律意見列為討論議題。另見蔡憲德，具結效力擴張之辨正，司法周刊第 1629 期，增 4 版，2013 年 1 月 17 日。

2 關於此一決議之回響，朱石炎老師為文「略論非被告境外警詢之證據能力—對於 107.1.23. 決議之回響」說明，見司法周刊 1893 期第 2 版，司法院，107 年 3 月 23 日。此一決議不在本文論述範圍。

3 最高法院決議彙編（民國 17 年~104 年），刑事部分，頁 1465-1477，最高法院，2015 年。

4 楊仁壽，法學方法論，頁 179，三民書局，2010 年 5 月第二版。

5 最高法院刑 10 庭所提出再研究意見，最高法院決議彙編，同註 3，頁 1474。

6 司法院釋字第 582 號解釋參照。

7 最高法院 100 年度台上字第 2347、6663 號刑事判決、103 年度台上字第 2693 號

植根法律關係（稅法總論 第三冊）
稅捐法律關係
數位法律資料庫
買賣法（增訂七版）
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
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每 全年
費用新臺
如蒙 請郵政 帳 5005 帳
司法院司

法律網 最佳平台
法學方法與現代稅法（稅法總論 第一冊增訂三版）
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
黃茂榮 著作 定價 800 元
1000元者 資 65 元
書城熱賣中
WEEKLY 周刊
周出刊 訂閱
幣400元 訂 閱
劃撥 號 4377 戶 司法周刊

（文接二版）

之情況要件，均應認為有證據能力，且尋繹其立法理由之內涵，並未論及於檢察官依法傳喚其他被告以外之人之情形，另所載「檢察官係屬與被告相對立之當事人一方（參照本法第三條），是故偵查中對被告以外之人所為之偵查筆錄，或被告以外之人向檢察官所提之書面陳述，性質上均屬傳聞證據」之立法理由，亦明顯未予限縮此部分須以經具結為前提之範圍，是以立法理由並未具體闡述檢察官於偵查中，對被告以外之人所為之偵查筆錄，如未經具結，即當然與該條項之規定不符之意旨。

有論者引用司法院釋字第 582 號解釋：「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」意旨，而推論出證人（含共犯、共同被告、被害人、告訴人或關係人等）於檢察官偵查中作證，均應依法命其具結，其證言始具有證據能力，如未命其具結，因欠缺程序之法定條件，難係合法之證據資料[5]。

但司法院釋字第 582 號解釋係在闡明憲法第 16 條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第 8 條第 1 項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於「審判中」，應依法定程序，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[6]。此一解釋係指在審判程序中對被告以外之人均屬證人，自應依人證之調查程序，命其具結並接受當事人之詰問，其證言始能作為認定犯罪事實之依據。而檢察官訊問被告以外之第三人，究竟以何種身分傳喚，涉及判斷其證據能力之問題，與法院審判程序中合法調查證據之情形係屬二事，丁說誤解其意，擴張解釋至偵查階段，並據此判斷被告以外之人未經具結之陳述筆錄均無證據能力，與第 582 號解釋意旨顯相違背。

另外，詰問權係指訴訟上當事人有在審判中輪流盤問經具結之證人，以發現真實，辨明供述證據真偽之權利，屬於人證調查證據程序之一環，與證據能力係指符合法律所規定之證據適格，而得為認定犯罪事實存在與否之證據資格，在性質上並不相同，此為最高法院之通說見解[7]。因此，上開見解以證人於審判中應具結經交互詰問係屬調查證據一環之事項，作為推論出檢察官偵查中未經具結之訊問，均無證據能力之依據，相關說理殊值商榷。

上開見解認為「依本條立法理由之說明，已明示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，係指經合法『具結』者而言」[8]云云。然觀以第 159 條之 1 第 2 項之立法理由：「檢察官職司追訴犯罪，必須對於被告之犯罪事實負舉證之責。就審判程序之訴訟構造言，檢察官係屬與被告相對立之當事人一方（參照本法第三條），是故偵查中對被告以外之人所為之偵查筆錄，或被告以外之人向檢察官所提之書面陳述，性質上均屬傳聞證據，且常為認定被告有罪之證據，自理論上言，如未予被告反對詰問、適當辯解之機會，一律准其為證據，似與當事人進行主義之精神不無扞格之處，對被告之防禦權亦有所妨礙；然而現階段刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，依法其有訊問被告、證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須具結，而實務運作時，偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務，爰於第二項明定被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」其文字之內涵，毫無論及檢察官依法傳喚其他被告以外之人之情形，且所載「檢察官係屬與被告相對立之當事人一方（參照本法第三條），是故偵查中對被告以外之人所為之偵查筆錄，或被告以外之人向檢察官所提之書面陳述，性質上均屬傳聞證據」，亦未限縮此部分須以經具結為限之範圍。本次決議丁說，似過度解讀立法理由，導致限縮本條文義解釋之內涵，以須經具結為前提之不當結論。

學者朱石炎老師亦主張依該條立法理由之說明，證據能力有無，僅有「顯不可信」與否之審酌，別無要求其他要件，換言之，如無「顯有不可信之情況」存在，即已具有證據能力，不應與具結相提並論。倘若該應訊者於本案審判中無法到庭，或到庭為相異之陳述時，其先前在檢察官面前所作陳述，法院能否採用，逕憑自由心證，審酌其是否「顯不可信」而為取捨即可，無須另尋特信性與必要性之條件[9]。

肆 從檢察官偵查權內涵觀察

檢察官之偵查，其目的在為公訴之提起、實行之準備，而以犯人之發現、確保以及證據之發見、蒐集、保全為內容之偵查機關之活動。檢察官之訊問證人為蒐集證據之範疇，旨在確認被告犯罪嫌疑之有無及程度，其偵查對象除犯罪嫌疑人外，尚包含證人、告發人、告訴人、被害人、正犯及共犯等，其以該等身分為傳喚調查，屬其偵查權之行使範疇，乃源於偵查方法之任意處分原則。是以，檢察官之偵查作為，僅被要求以合乎刑事訴訟法規定之正當法律程序為必要，有無兼及被告之防禦權，並非所問[10]。

刑事訴訟法第 219 條之 6 規定：「告訴人、犯罪嫌疑人、被告、辯護人或代理人於偵查中，除有妨害證據保全之虞者外，對於其聲請保全之證據，得於實施保全證據時在場。」又「保全證據之日、時及處所，應通知前項得在場之人。但有急迫情形致不能及時通知，或犯罪嫌疑人、被告受拘禁中者，不在此限。」同法第 236 條之 1 規定：「告訴，得委任代理人行之。但檢察官或司法警察官認為必要時，得命本人到場。」同法第 248 條之 1 規定：「被害人於偵查中受訊問時，得由其法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親、家長、家屬、醫師或社工人員陪同在場，並得陳述意見。」因此，檢察官依刑事訴訟法相關之規定，所傳喚到庭之被告以外之人接受其訊問，彼等所為之陳述，均屬本法第 159 條之 1 第 2 項在偵查中向檢察官所為之陳述，如檢察官據以為起訴之依據，能否以彼等之供述，因未經具結，即認不符合第 159 條之 1 第 2 項之規定，悉認無證據能力？若此，有否侵害檢察官偵查職權之適法行使？亦值商榷。

論者又認如採取乙說之見解，無異由法院助長檢察官以取巧之方式，逃避應依法定程序訊問證人之規定。倘檢察官於偵查中為方便偵查，均循此模式處理，除可能侵害證人應有之權益外，且將使刑事訴訟法第 186 條第 1 項前段，及同法第 158 條之 3 之規定形同具文云云[11]。但此應純就理論上為探討而已，從 96 年 6 月 29 日最高法院 96 年度台上字第 3527 號判決提出乙說見解，刊登於 97 年 5 月第 50 卷第 5 期司法院公報（見該公報第 192 頁）時起，已經過多年，少從各審級之判決書中發現檢察官行使其偵查權，有刻意迴避第 186 條、第 158 條之 3 規定之情形，亦罕見事實審法院有以檢察官刻意規避上開規定，認具有顯不可信之理由，而排除其證據能力之適用，自可印證上揭疑慮純屬理論上之說詞，實務上未必會發生，究其原因，誠如立法理由所言「偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高」，當不至於產生多數檢察官故意規避其法律上義務之缺失。

（下期待續）

（作者為公務員懲戒委員會委員長）

註釋

刑事判決、104 年度台上字第 3651 號刑事判決參照。

8 最高法院決議彙編，同註 3，再研究意見五、（一），頁 1475。

9 朱石炎，同註 2。

10 本法於第二編第一章第一節偵查中，特別規定檢察官訊問證人之程序，第 248 條第 1 項前段規定：「訊問證人、鑑定人時，如被告在場者，被告得親自詰問」；第 2 項規定：「預料證人、鑑定人於審判時不能訊問者，應命被告在場。但恐證人、鑑定人於被告前不能自由陳述者，不在此限。」可見檢察官訊問證人非必須傳喚被告到場，給予詰問之權利。

11 最高法院決議彙編，同註 3，再研究意見五、（二），頁 1476。