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

下

文／石木欽

（文接上期）

伍 本決議與條文之立法目的有違

本決議認「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。」但依據本條之立法過程，適足以證明決議之結論全然與立法目的相違背。茲將立法過程敘述於下：

本條於立法時，司法院會銜行政院所提出之條文，與最後通過立法之條文相同，而於審議過程，立法委員高育仁等 35 人，接受台灣法學會、台北律師公會及民間司法改革基金會等團體陳情，提出本條之修正條文[12]，主張刪除第 159 條之 1 第 2 項條文，由提案說明欄之記載：「二、傳聞證據原則上既為不採，縱於偵查中向檢察官所為之陳述，亦應等同於司法警察人員或第三人面前所為之陳述，除有特別例外情況外，仍不得為證據，不宜過分放寬傳聞證據可採用之空間，故刪除司法院版第 159 條之 1 第 2 項。」不難看出當初立法委員之提案，欲刪除第 159 條之 1 第 2 項，將偵查中向檢察官所為之陳述，降格等同於警詢筆錄之目的。

在審議過程中，法務部則就上開立法委員之提案條文，就刑事訴訟法第 159 條之 1 提出不同意見，不僅反對立法委員修正提案，甚至亦認為應將檢察官之偵查筆錄提升至與法官之訊問筆錄相同具有證據能力之層次[13]。最後經審查會通過及院會三讀結果，仍維持司法院會銜行政院提案條文版本，即現行第 159 條之 1 第 2 項：「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。」本決議所採取之結論與立法本旨顯然不符。

我國刑事訴訟法之傳聞法則幾乎移植自日本刑事訴訟法，但我國亦有創設部分條文，第 159 條之 1 之規定即屬之。顯然我國之立法有別日本刑事訴訟法之立法例，且屬一優越之立法[14]。

日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2 款規定：「被告以外之人作成之供述書或記錄供述人供述之文書，經其簽名或署押，以下列情形者為限，得作為證據。……2、關於記錄在檢察官面前供述之文書，因該供述人死亡或精神、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供述，或供述人為於審判準備或審判期日前之供述相反或實質上相異之供述。但相較審判準備或審判期日所為供述，先前之供述存在特別可信性之情況者為限。[15]」日本檢察官之訊問並無命證人具結之問題，依該條款規定之內容觀之，檢察官之訊問要取得證據能力，幾乎是本法第 159 條之 2 及第 159 條之 3 兩條規定之綜合體。但我國第 159 條之 1 第 2 項既已明文規定檢察官之訊問筆錄，其傳聞例外之要件，為除顯有不可信之例外情況，原則上有證據能力，與日本刑事訴訟法之規定不同，應無援引日本立法例作為判斷證據能力有無之必要。況我國就該條之立法理由[16]前段意旨，似指未經被告反對詰問之檢察官之訊問筆錄，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，但後段基於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，而採取較寬鬆之傳聞例外條件，除顯有不可信之情況者外，得為證據。此一立法例係對檢察官訊問筆錄所採取之優越立法，乃我國獨創，目的為使其筆錄能盡可能取得證據能力，以進入審判程序檢驗其證明力，自無採取日本之法例作為解釋之方法。

陸 刑事訴訟法類推適用之原則

本決議依「『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」之論述，實係依法律類推適用之解釋方法下之產物。但法律之類推適用有其基本原則，應係就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似之規定，以為適用，又基於平等原則之理念，而普遍為法院所使用，「相類似之案件，應為相同之處理」之法理，則為類推適用之基本原理[17]。可見類推適用之前提係法律未明文規定始有其適用。本決議既已認定偵查中未經具結之陳述為傳聞證據，卻以類推第 159 條之 2、第 159 條之 3 之規定，藉以判斷其是否合乎傳聞例外為適用之基礎。但第 159 條之 1 第 2 項就偵查中向檢察官所為之陳述，其證據能力已有明文規定，自無類推適用之餘地。

柒 本決議違背論理法則

本決議先說明「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」、「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」等情。似指凡屬檢察官訊問被告以外之人所取得之供述筆錄，如未經依法具結，依第 158 條之 3 之規定，均不具證據能力，且不論檢察官依何種身分傳喚訊問之情形均有其適用。但實務上多數見解均認第 158 條之 3 屬於證據絕對排除之規定，一經排除即不得作為證據，縱依第 159 條之 5 之明示或擬制同意得為證據，亦無從使被排除之證據復活[18]。然決議又謂：「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。」則該被告以外之人於偵查中既未經依法具結，依第 158 條之 3 之規定，即不得作為證據，該證據已絕對被排除在外，之後豈能以為發現真實以及舉輕明重原則等理由，而令其復活？決議此部分之論述違背論理法則至為明顯。

檢察官依法偵查之行為，乃係依本法所賦予之權限，自屬合法有據，而第 158 條之 3 明文規定「依法應具結而未具結」，檢察官既非以證人之身分訊問被告以外之人，當無依法應具結而未具結之違法可言，自不能該當本條之規定而被絕對排除，此種法條文義之解釋並未溢出其文義之範圍，故此等供述證據依第 159 條之 1 第 2 項規定，自屬傳聞證據，原則上賦予證據能力，例外在有顯有不可信之情況始無證據能力。基此，乙說之見解，並不會產生對於已被排除之證據資料，以基於特殊目的而使其復活，致法理上悖離絕對排除法則規定之危險情形。

捌 本法第159條之1第2項適用之範圍

檢察官之偵查，目的在為公訴之提起、實行之準備，而以犯人之發見、確保以及證據之發見、蒐集、保全為內容之偵查機關之活動。而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有無及程度，其偵查對象除犯罪嫌疑人外，尚包括證人、告發人、告訴人、被害人、正犯及共犯等人。因此，檢察官以上列不同身分關係而傳喚到庭為訊問時，所製成之訊問筆錄，即因其偵查調查對象之不同而異。分述如下：

一、被告、共同被告之訊問筆錄

1、當檢察官訊問之對象為被告或

（文轉三版）

註釋

12 立法院第 5 屆第 2 次會期第 8 次會議院總字第 161 號委員提案第 4502 號。

13 立法院第 5 屆第 2 次會期第 8 次會議第 15 次全體委員會議紀錄。

14 從本條之立法過程及立法目的，雖為學者詬病，但在未修廢之前，基於法律適用原則，仍應從解釋法律之原則加以適用。

15 朱學瑛、張弘昌、劉河山、蔡甄漪等譯，日本刑事訴訟法暨刑事訴訟規則，頁 86，法務部編印，105 年 8 月初版 1 刷。

16 參見本文參、之第五段立法理由。

17 楊仁壽，同註 4，頁 266。

18 最高法院 94 年度台上字第 3277 號刑事判決、97 年度台上字第 2882、4096 號刑事判決參照。

19 林永謀，刑事訴訟法釋論（中冊），頁 327，著者自版（初版），2006 年。

20 「固然現行法規定檢察官依法傳喚證人到場訊問，依法應命具結，惟由於偵查活動之實施往往直接涉及人民自由權利的干預，當偵查之目的可藉由數種不同手段均可達成時，偵查機關優先考量以偵查對象出於自願或不侵害其實質權益的方式進行證據的蒐集及保全，此乃偵查之任意處分原則。是以，檢察官指揮司法警察人員依刑事訴訟法第 196 條之 1 之規定以通知詢問證人固無不可，即便檢察官親自實施偵查，不採用傳喚證人之方式，而通知證人自行到場，且以不令具結之情形下進行訊問，實符合任意處分原則，並無違法情事可言。充其量，此種偵查中檢察官的任意性的訊問，其未經具結所得之證人陳述，為審判外之陳述，在判斷是否合於第 159 條之 1 第 2 項傳聞法則的例外時，會受到不同的考量而已。」見陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用－評最高法院 94 年度台上字第 3277 號刑事判決，輯於學術與實務之對話－ 94、95 年度刑事判決評

（文接二版）

共同被告（含正犯、共犯）本人，實務上即依本法第 71 條之規定，以被告之身分發出傳票，通知到庭接受調查，此時其身分為被告。

2、檢察官向法院聲請羈押被告或共同被告時，彼等在法官面前之陳述，其身分為被告。

以上在檢察官面前以被告身分所為之陳述，檢察官並無命其具結之問題。

二、證人之訊問筆錄

1、當檢察官依本法第 175 條之規定，以證人身分傳喚證人到庭調查時，其身分為證人，檢察官於訊問時，應依本法第 186 條之規定，命證人供前或供後具結而為陳述。

2、檢察官雖以共同被告、被害人或告訴人身分傳喚到庭，但經轉換為證人身分訊問時，此時該共同被告、被害人或告訴人之身分為證人，亦應依本法第 186 條之規定為調查。

三、告發人、告訴人、被害人之訊問筆錄

1、檢察官如以告發人、告訴人或被害人身分傳喚到庭，而非以證人身分為訊問時，其身分並非證人，檢察官於供前或供後未令具結，其調查程序並未違法。例如，檢察官依本法第 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。」此時傳喚對象為被害人，亦非以證人身分為調查，即無供前或供後具結陳述之問題，且陪同在場之人並得陳述意見，惟該意見之陳述係屬陪同人自己之意思，不得視為具證言作用之被害人之陳述[19]，亦無令其具結之問題。

2、如以證人身分訊問告發人、告訴人或被害人時，情形同二所述，其身分為證人，應依本法第 186 條之規定為之。

3、檢察官依本法第 236 條之規定指定代行告訴人，經訊問代行告訴人之告訴事實，或依第 236 條之 1 第 1 項規定訊問告訴代理人時，其陳述亦無應命具結之問題。

基此，不論檢察官係以告發人、告訴人或被害人身分傳喚到庭，或以證人身分傳喚到庭等情形，均係檢察官本於偵查權發動之行為，乃偵查之任意處分原則[20]，不能漫指檢察官所踐行之偵查程序違法。

綜上，檢察官依刑事訴訟法第 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、被害人或共同被告）到庭作證，或雖非以證人身分傳喚到庭，而於訊問調查過程中，轉換為證人為調查時，此時其等既基於證人身分為陳述之人，檢察官自應依本法第 186 條有關具結之規定，命證人供前或供後具結，其陳述始符合第 158 條之 3 之規定，而有證據能力。若檢察官依本法第 71 條、第 219 條之 6 第 2 項、第 236 條之 1 第 1 項、第 248 條之 1 等規定，以被告或其代理人、告發人、告訴人或其代理人、被害人或陪同在場之人及共同被告（正犯、共犯）身分傳喚到庭為訊問或陳述意見時，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，不能逕認該陳述筆錄無證據能力。被告以外之第三人，本質上為證人，依司法院釋字第 582、592 號解釋意旨，及本法第 166 條至 167 條之 6 規定，除有本法第 159 條之 3 所列詰問權不能行使或被告放棄其詰問權之情形外，於審判程序上均應經被告及其選任辯護人之詰問，其陳述始有證據能力[21]。因此，在偵查中，非以證人身分，不論係於本案或他案在檢察官面前作成未經具結之陳述筆錄，係屬被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，本質上屬於傳聞證據，除顯有不可信之情況者外，得為證據。

以上本條適用之見解，是否牴觸最高法院 93 年台上字第 6578 號判例？該判例以「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。」其重點在說明被害人本質上亦屬證人，如經人證之法定調查程序為調查時，應命具結，其陳述方得作為證據。本文之見解與此判例意旨並無不同[22]。惟該判例就被害人或其他被告以外之第三人，非以證人之身分未經具結之陳述，是否有證據能力，並未加以闡述。本文基此，乃就審判實務上，被告以外之第三人，以不同身分及於不同之案件中作成之陳述筆錄之證據取捨問題，依據本法既有之規定，本於法理之推演，獲致不能以被告以外之第三人在偵查程序中未經具結之陳述，均無證據能力之結論，所持之見解與該判例並不牴觸，且有補充其論述之效用。

本件決議所列乙說案例發生之情形，或係檢察官原非以證人身分傳喚被告以外之人而取得其陳述筆錄，該人經轉換為證人時，卻不再為相同之供述，或原以告訴人、被害人身分傳喚而取得其陳述筆錄，嗣後檢察官再以證人身分傳喚時，因該告訴人或被害人已與被告和解或其他原因之考量，致使以證人身分所為之陳述與先前之供述不相一致時，檢察官以其先前之陳述筆錄作為認定被告之犯罪證據，並列載於起訴書之證據清單中，法院應如何判斷其證據能力，乙說提供一較寬廣之立論基準，俾利於解決此一問題，實務上既不會發生檢察官逃避法定偵查程序之弊端，又能提供解決此例外之情形，立論基礎亦與法理相合，適用上並無窒礙難行之處，至少在共同被告、正犯或共犯在同案審判或先後到案之案例中，採用乙說之見解，即能便利解決此一法律適用上之爭議[23]。

玖 結論

由於檢察官於偵查中，依法傳喚被告以外之人到庭接受訊問，如非依證人身分為傳喚時，該陳述人既非證人，檢察官未依法命其具結，所踐行之訴訟程序並未違法，仍應屬於本法第 159 條之 1 第 2 項之傳聞證據，除顯有不可信之情況外，原則上有證據能力，得以進入審判庭。則嗣後法院採取此部分未經具結之陳述筆錄，基於保障被告之詰問權，於審判期日以證人身分傳喚上揭陳述人到庭具結接受被告之詰問，或該陳述人因死亡、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、或到庭後拒絕陳述等情形外，上揭被告以外之人於檢察官偵查中未經具結之陳述筆錄，得依傳聞法則及其例外之規定，經合法調查後採為論處被告之犯罪依據。朱石炎老師認為：「102 年第 13 次決議，一方面謂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，另一方面又謂被害人、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，其信用性遠高於警詢陳述，依舉輕明重原則，應本於刑訴 159 條之 2 或之 3 同一法理，例外認為有證據能力。此項見解，與刑訴第 159 條之 1 第 2 項規定之立法原意有間，其增加該條項並不要求之特信性與必要性兩項要件，紊亂當初不同層次之寬嚴考量，將檢察官之偵查訊問降為較低階之司法警察人員調查詢問，亦嫌未當，如此類推解釋是否妥適，不無商榷餘地。[24]」此一見解與本文相同。

因此，本決議對於被告以外之第三人，檢察官非以證人身分傳喚取得之陳述筆錄，不直接適用本法第 159 條之 1 第 2 項之規定以判斷其有無證據能力，卻違背立法本旨、法律適用原則，捨本逐末類推適用第 159 條之 2、第 159 條之 3 規定，以判斷其證據能力之有無，實值得商榷。惟最高法院本有解釋法律適用之終審決定權，審判實務之運作，在目前仍不得不受其拘束，就此而言，最高法院在統一法律見解方面，實應更為慎重。惟為糾正此一決議之錯誤，司法院正修法決定最高法院採取大法庭制，以統一法律見解，期盼在修法施行後得以該法制作為解決此不當決議之試金石。

（作者為公務員懲戒委員會委員長）

註釋

釋，2006 年 11 月 18 日，頁 119。

21 雖最高法院部分判決認為在檢察官訊問時，被告及其選任辯護人在場並經交互詰問，又無顯不可信之情況，在檢察官之前作成之陳述筆錄始有證據能力。但證人於檢察官訊問時雖經被告或其選任之辯護人之詰問，仍不能取代審判中詰問權之行使，此種情形仍須在審判中踐行交互詰問程序或有不能詰問及放棄詰問之情形，始得作為證據。見石木欽，改良式當事人進行主義之證據法則：以審判實務為中心，頁 155 ～ 157，元照，2008 年 10 月。

22 本件判例所揭示之意旨，在實務運作並無不同意見，惟依判例原文記載：「被害人乃被告以外之第三人，本質上屬於證人，其陳述被害經過時，亦應依上揭人證之法定偵查、審判程序具結陳述，方得作為證據。本件被害人即證人郭○○於九十二年九月二十四日檢察官偵查時，曾經傳喚到庭作證，依卷內資料，該證人似亦無不得令具結之情形，乃檢察官竟未令其具結，依上開說明，其所為證言，自無證據能力，原審仍採為判決依據，自與證據法則相違背。」依其文義顯示檢察官係傳喚郭○○到庭作證。惟依據該案偵查卷之記載，檢察官係以被害人之身分傳喚郭○○到庭，訊問郭○○「告何人何事？」被害人回答後，檢察官即諭知請回，檢察官並非以證人身分傳喚，自無命其具結之問題。（見臺灣宜蘭地方法院檢察署 92 年度偵字第 265 號卷第 36-38 頁）。本件判例原文之記載之事實雖與相關卷內資料未盡相符，固屬微疵，然對判例所表示之法律意見並無影響。嗣後法院要採取郭○○於偵查中之陳述作為認定被告犯罪事實之證據，依本文之見解，僅要審酌其陳述並無顯有不可信之情況即可。

23 最早提出此一見解之最高法院 96 年度台上字第 3527 號刑事判決，其判決本文中即明載：「上訴意旨略以：原判決採取共同被告曾亮瑋在檢察官訊問時未經具結之供述，為論處上訴人之犯罪依據，違背刑事訴訟法第一百五十八條之三之規定，有適用法則不當之違法；……」此為共同被告於同一案件審判時，其以共同被告身分在檢察官訊問時，未經具結之陳述筆錄，原審判決採為論處其犯罪證據，最高法院對於上訴意旨所指摘之事項，提出新論述，即本決議之乙說，以駁回被告之上訴。

24 朱石炎，同註 2。