

刑訴判解

## 共同被告偵查中陳述有無證據能力

### 臺灣高等法院暨所屬法院98年度法律座談會刑事類提案第36號（民國98年11月11日）

#### 【事實摘要】

甲、乙共同販賣第一級毒品海洛因予A，甲案發後投案自首，乙逃匿後為警緝獲，檢察官以「被告身分」，訊問被告甲、乙2人時，被告甲始終自白：「我和乙商量好再共同販賣海洛因予A」，檢察官訊問過程均未將被告甲改列證人身分，檢察官復訊問被告乙有無共同販賣海洛因予A，被告乙則堅決否認有何共同販賣第一級毒品犯行，檢察官綜合卷內資料，仍起訴甲、乙共同販賣海洛因罪嫌。試問：法院審理中，甲於其本身被訴共同販賣海洛因案件以被告身分所為不利於乙之偵訊筆錄，對乙被訴共同販賣海洛因案件，有無證據能力？

#### 【實務要旨】

- 臺灣高等法院暨所屬法院98年度法律座談會刑事類提案第36號研討結論
- 一、釋字第582號解釋後，詰問權既取得憲法的優位性，從而被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，當係指經被告或其辯護人行使或得予行使反對詰問權者而言。
  - 二、目前實務上，對偵查中向檢察官所為陳述，而未經被告行使詰問權者，定位在仍應屬未經完足調查之證據，是以詰問權之欠缺，得於審判中由被告行使以補正，此亦符合歐洲人權法院一貫見解—即被告或辯護人在整個刑事程序中，至少一次向證人直接質問的機會。顯然目前實務上關於詰問權之行使，不採分段滿足，而採補充詰問，亦無違人權之保障。
  - 三、共同被告對其他共同被告言，本質上屬於證人，共同被告所為關於其他共同被告之供述，仍應依法具結，苟未依法具結，不得認有證據能力，也不因其他共同被告放棄詰問權而有不同（最高法院96年度台上字第910號、97年度台上字第4096號、98年度台上字第58號判決參照），是採應具結始具傳聞證據之可信性特別之擔保。然偵查係採糾問原則，重在合目的性之追求，共同被告依法既有緘默權，同一程序中轉變身分為證人，忽令對於其他

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

共同被告之供述，不得拒絕陳述，不說其角色錯亂，恐亦無法在檢察官蒐證及辨明犯罪嫌疑之目的下，清楚認知其供述的證據價值而為適當之陳述，況在偵查中有關反對詰問規定之密度較審判中遠有不足，誠難想像被告要如何適當、充分為反對詰問，是縱令偵查中依證人身分具結，亦難期被告有詰問之機會，不如於審判中到庭具結，經詰問完足調查程序，其偵查中之陳述賦予證據能力，得採為判斷之依據較為直接。又審判才是調查證據之重心，交互詰問更是以人為調查證據方法之主軸，偵查中在資訊權及辯護權均有欠缺，而缺乏武器對等之情形下，即使辯護人或被告有行使反對詰問之機會，也不見得有何實益。檢察官傳訊共同被告，若未命其具結，審判時，檢察官欲提出其偵訊陳述作為證據，法院應依法定程序調查，給予被告詰問之機會，此種未經具結之審判外陳述，在判斷是否合於傳聞法則的例外時，共同被告因未被命具結而不負偽證責任，故不具可信性擔保，若共同被告嗣後於審判中出庭作證，應類推適用刑事訴訟法第159條之2規定，檢察官需證明偵訊陳述有較審判陳述可信之特別情況；共同被告有客觀無法於審判中作證事由時，應類推適用同法第159條之3規定，檢察官須證明偵訊陳述有可信之特別情況，該偵訊陳述才得為證據。如此解釋，刑事訴訟法關於共同被告於檢察官與司法警察前陳述之證據能力規定，理論方能一致。否則若認為共同被告未經具結之檢察官前偵訊陳述絕對無證據能力，警詢陳述反而依同法第159條之2、第159條之3得為證據，其合理性安在？

四、故實務結論採傳聞法則判斷說，即有無證據能力以刑事訴訟法第159條之1第2項判斷，有無詰問，係屬合法調查之範疇。

### 【實務及學說速覽】

共同被告偵查中陳述是否得為其他被告之證據，理論討論有下：

#### 一、以在審判中是否以證人身分經被告詰問為斷

刑事訴訟法第159條之1第2項所定得為證據之被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，包括共同被告非以證人身分於偵查中向檢察官所為之陳述，係有關證據能力之規定，無關乎證據之證明力。故共同被告在被告本人之案件調查中，如已轉換為證人，依法具結陳述，並賦予被告對該共同被告所為之陳述為詰問之機會者，該以共同被告身分所為之陳述，法院即非不得與其以證人身分所為之陳述，綜合該被告以外之人全部供述證據，斟酌案內其他調查之證據資料，本於經驗法則及論理法則，作合理之比較而為取捨、判斷，此乃實質證據價值之自由判斷問題；非謂於被告本人案件中，僅能採

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

取共同被告以證人身分所為之陳述作為判斷之依據，該非以證人身分之共同被告所為之陳述，即為無證據能力之證據，而應予排除不用（最高法院96年度台上字第1677號判決參照）。檢察官非以證人身分傳喚而以共犯、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，不能因陳述人未經具結，即一律適用本法第158條之3之規定，排除其證據能力。是前揭不論係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，基於保障被告在憲法上之基本訴訟權，除該被告以外之人死亡、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，如已經法院傳喚到庭具結而為陳述，並經被告之反對詰問，前揭非以證人身分而在檢察官面前未經具結之陳述筆錄，除顯有不可信之情況者外，得為證據，並應於判決內敘明其符合傳聞證據例外之理由（最高法院98年度台上字第964號、第1710號、97年度台上字第1120號、第2175號、第2492號、第3033號、第4227號、第6162號、第6678號、96年度台上字第3527號、95年度台上字第7046號判決參照）。

## 二、採傳聞法則判斷說，即有無證據能力以刑事訴訟法第159條之1第2項判斷，有無詰問，係屬合法調查之範疇。

被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，依刑事訴訟法第159條之1第2項之規定，除顯有不可信之情況者，排除其得為證據外，原則上為有證據能力之傳聞證據，得為證據之使用；而被告以外之人，除共犯、被害人、告訴人、告發人及證人等外，尚包括共同被告。偵查中檢察官訊問被告以外之共同被告，該共同被告所為之陳述，就屬於自己犯罪部分，乃被告之自白範疇；涉及其他共同被告犯罪事實者，則屬傳聞供述。檢察官以共同被告身分傳喚到庭為訊問時，其身分既非證人，即無「依法應具結」問題，縱未命其具結，而訊問有關其他共同被告之犯罪事實，純屬檢察官調查證據職權之適法行使，當無違法可言，此以共同被告身分於偵查中向檢察官所為之陳述，與檢察官以證人身分傳訊並已依法令其具結者，同屬傳聞證據。此項傳聞證據證據能力之有無，應依刑事訴訟法第159條之1第2項之規定為斷。又被告或其辯護人於審判程序中，除已明示捨棄對共同被告之反對詰問權，或未聲請傳喚共同被告到庭對質、詰問，可認其已捨棄對共同被告之反對詰問權，或該共同被告客觀上不能受詰問者外，如聲請該共同被告到庭詰問對質，仍應依法傳喚到庭依法具結，踐行詰問程序，使被告或其辯護人針對該共同被告

於偵查中向檢察官所為之陳述，有行使反對詰問權之機會。否則該審判外於偵查中以被告或證人身分向檢察官所為具有證據能力之陳述，雖屬傳聞證據之例外，仍屬未經合法調查之證據，不得作為認定犯罪事實之判斷依據（最高法院98年度台上字第984號、97年度台上字第6665號、96年度台上字第3922號判決參照）。

三、否定證據能力說一採應具結說，即共同被告於偵查中向檢察官所為之陳述，仍應依法具結，始有證據能力。

證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據，刑事訴訟法第158條之3定有明文。刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，由檢察官或自訴人合併或追加起訴，或由法院合併審判所形成，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在。故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，從而以共同被告之陳述，作為其他共同被告論罪之證據者，為確保被告對證人之詰問權，證人應依法定程序，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。同法第159條之1第2項雖規定，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，然共同被告等被告以外之人，於偵查中向檢察官所為之陳述，性質上仍為審判外之陳述，屬傳聞證據，考其立法意旨，僅因檢察官依法有訊問被告、證人及鑑定人之權，證人、鑑定人並須依法「具結」，且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，因而規定除顯有不可信之情況者外，得為證據。從而共同被告於偵查中向檢察官所為之陳述，仍應依法具結，始有證據能力（最高法院97年度台上字第3626號、95年度台上字第3697號、94年度台上字第3277號判決參照）。

### 【考題分析】

甲乙二人共同竊盜丙之家中，檢察官因僅抓到甲，故以甲竊盜罪嫌重大而提起公訴，被告甲於檢察官偵訊中自白：「我與乙共同竊盜丙家」，法院乃判甲「共同竊盜，處有期徒刑三月」。檢察官收受被告甲刑事判決後，自動檢舉被告乙共同竊盜，並以上開偵訊筆錄為證據，以乙犯有共同竊盜罪嫌提起公訴，試問：上開筆錄有無證據能力？

（模擬考題）

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

◎答題關鍵

被告甲於偵查中自白，就涉及被告乙本人之部分，採傳聞法則判斷說，即有無證據能力以刑事訴訟法第159條之1第2項判斷，有無詰問，係屬合法調查之範疇，亦即本題仍須討論嚴格證明之證據調查程序。

【參考文獻】

1. 最高法院95年度台上字第6675號判決。
2. 最高法院98年度台上字第3691號判決。
3. 吳巡龍，〈對質詰問與傳聞例外〉，《臺灣法學雜誌》，第119期。
4. 楊雲樺，〈對質詰問觀點的傳聞法則〉，《臺灣法學雜誌》，第120期。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！