

刑訴判解

證人轉換被告身分之問題

最高法院97年度台上字第2956號判決

【事實摘要】

上訴人於媒體上指控同案被告前台北市議員羅XX涉犯貪污罪行，經台灣台北地方法院檢察署指揮法務部調查局北部地區機動工作組調查人員通知上訴人於民國九十五年六月一日到案查證，調查員告知「因偵辦台北市議員羅XX涉嫌不法以證人身分向你查證，你是否瞭解？」此有該調查筆錄附偵查卷可稽（見他字第3793號卷第14頁）。原判決採取上訴人以證人身分所為之陳述「大約從九十一年五、六月間，……我陪同黃XX到……找羅XX協調，後來羅XX要黃XX先行離開，並要我轉告黃XX只要購買羅XX競選的餐券他就可以不舉發這件事，所以就由我將新台幣（下同）四十萬元的餐券送交黃XX，……」。則上訴人於該次調查局詢問之陳述內容，既係以證人身分為不利於己之陳述（且調查局人員無從踐行刑事訴訟法第95條之告知），於其嗣後成為被告時，先前之證言可否為證據？

【裁判要旨】

其中第186條第1項「證人應命具結」、同條第2項「證人有第181條之情形，應告以得拒絕證言」等規定，並不在準用之列。是司法警察官或司法警察於調查中詢問證人，固不生應命證人具結及踐行告知證人拒絕證言權之義務問題。惟依同法第196條之1準用第181條之規定，該證人於警詢時仍享有不自證己罪之特權。該證人於司法警察（官）詢問時所為不利於己之陳述，於嗣後成為被告時，基於不自證己罪特權，仍不得作為證據。不因司法警察（官）調查時以「證人身分」或「犯罪嫌疑人身分」通知到案而有不同。本件……上訴人於該次調查局詢問之陳述內容，既係以證人身分為不利於己之陳述（且調查局人員無從踐行刑事訴訟法第95條之告知）即屬不自證己罪特權之範疇，依前揭說明，於其嗣後成為被告時，先前之證言自不得作為證據，否則無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使。原判決逕採上訴人在調查局之供述，作為本件判斷之依據，未說明理由，自嫌理由欠備。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

【學說速覽】

一、主觀區分蓄意、非蓄意之見解

(一) 蓄意（惡意錯置）部分

1. 不正訊問觀點—自本法第98條出發

學說上認為此種情形屬於詐欺方式，因此該當於本法第98條，其效果為本法第156條，不可將該陳述採為證據。

2. 告知義務與規範保護目的觀點——自本法第95條出發⁴⁸

上開見解有其道理，但若是更仔細思考，可以發現此種問題除了涉及本法98條與156條之不正訊問問題之外。也涉及到被告地位之形成與本法95條告知義務踐行與否的問題。因此，二者會產生競合的關係，除了用上開見解處理之外，也可以自未踐行告知義務與規範保護目的觀點出發，蓄意規避將會架空告知義務對被告之保護作用，因此無須權衡即可禁止使用。

(二) 非蓄意（非惡意錯置）部分—緘默權與辯護權保障為核心

實務上對非蓄意部分採用本法第158條之4的權衡處理，學說上認為實務的處理方式，可能因此縮減告知義務之保護目的及被告之緘默權與防禦權。

此外，學說上有論本法第158條之4的權衡法則，僅適用於非供述證據，不適用於供述證據。理由在於前者判斷重點為「違法程度的輕重」，後者判斷重點則為「有無危害任意性的違法行為」，判斷的目標並不相同。所以訊問時得到的供述證據，應以自白法則判斷有無任意性為重心，縱使非蓄意不告知，只要沒有任意性（或足以妨害被告緘默權、辯護權行使），就不可以為證據，跟權衡沒有關係。

二、主觀上不區分之見解—證據方法觀點下被告與證人地位不同

(一) 被告自白與證人證言屬於不同之法定證據方法，因此在同一個刑事訴訟內的同一陳述，不能夠既當成證言又當成自白，更不可能任意互相轉用。所以說在該程序中，若是該證人轉為被告之後，在該被告刑事程序中，過去所為證言陳述將完全喪失證據能力，不可再被使用。

(二) 且我國實務採取之「主觀說」，要判斷是否為蓄意相當困難，因此可考慮改採「實質說」，僅需該人被認為是犯罪行為人，其之前或之後所為證言，皆不具證據能力。

⁴⁸ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上)》，第五版，元照，頁154-155

【考題分析】

甲涉嫌殺人而被警方合法逮捕。警察A認為本案一定有共犯，不過，甲堅稱係其一人所為。A未經甲同意即察看甲被扣押之手機內簡訊，發現甲乙於案發前曾有多封以密語傳送之簡訊。A認乙有犯罪嫌疑，即趕到乙住處，要乙到警局說明，乙未置可否，即隨A到警局。A為怕打草驚蛇，以關係人身分詢問乙並記明筆錄，乙即陳述對其自身不利之事實。其後，A將甲乙以殺人罪移送地檢署偵辦。檢察官S依刑事訴訟法第95條為權利告知後訊問乙，並提示乙於警局之筆錄，乙因而自白與甲共犯殺人。隨後甲乙以殺人罪共同被告被提起公訴。試回答下列問題：

- (一)法官能否採用乙於警局之陳述作為乙有罪判決之證據？
- (二)法官能否採用乙對檢察官之自白作為乙有罪判決之證據？ (98律①)

◎答題關鍵

- 一、關係人為證人之身分。
- 二、證人身分轉換為被告時，證人身分所為之證言可否做為證據？
對此請參照上面的學說論述與實務見解作答即可。

【參考文獻】

1. 楊雲驊，〈證人變被告〉，《法學講座》，第十三期，2003年1月，頁69-75
2. 吳巡龍，〈對潛在性被告之傳訊〉，《月旦法學教室》，第72期，頁16-17
3. 柯耀程，〈證人轉為被告的變頻式〉，《月旦法學教室》，第75期，頁16-17
4. 張麗卿，〈關係人變被告〉，《月旦法學教室》，第73期，頁22-23
5. 何賴傑，〈2003年刑事訴訟法判決回顧〉，《本土法學》，65期，2004年12月，頁143-145。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！