

## 刑訴法判解

被告以外之人於偵查中未經具結所為陳述之證據能力  
最高法院102年度第13次刑事庭會議(一)

## 【實務選擇題】

甲、乙二人涉嫌共同運輸毒品。於乙涉嫌運輸毒品案件偵查中，檢察官以共同被告身分傳喚甲到庭陳述，因其自身涉犯本件共同運輸毒品案件，而以被告身分在檢察官面前為陳述，而檢察官亦無命甲具結。乙涉嫌運輸毒品案件經起訴後，於審判中，法院以證人身分傳喚甲到庭陳述，到經被告乙交互詰問。問：依最新實務見解，法院得否以甲偵查中未經具結之陳述，作為認定乙犯罪之依據？

- (A) 偵查中檢察官傳喚共同被告甲到庭陳述，其為被告以外之人，本質上為證人，應命其具結，惟系爭案件中檢察官並未命其具結，因此甲於偵查中未經具結之陳述不得作為證據。
- (B) 偵查中檢察官傳喚共同被告甲到庭陳述，其未經被告反對詰問，依照釋字582號解釋認為反對詰問權係人民憲法上權利之意旨，上開陳述自不得作為證據。
- (C) 偵查中檢察官不得以共同被告身分傳喚甲到庭陳述，自屬實施刑事訴訟之公務員違背法令，該陳述證據能力之有無，依刑事訴訟法第158條之4權衡之。
- (D) 若法院認為甲偵查中未經具結之陳述，具有「特信性」、「必要性」，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。

**答案**：D

本題取自最高法院103年台上字第283號判決：

同案被告許惠雯……在檢察官偵查中所為之陳述，雖未經具結，然同案被告許惠雯……前揭於偵查中之供述，係因其自身涉犯本件共同運輸毒品案件，而以被告身分在檢察官面前之陳述，並無證人依法應具結之問題，且同案被告許惠雯……於原審審理時，復已以證人身分到庭經交互詰問，遽認許惠雯於偵查中以被告身分所為之陳述，有證據能力（見原判決第八至九頁），而未說明許惠雯於偵查中以被告身分所為之陳述，如何具有「特信性」、「必要性」，本於刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之同一法理，例外認為有證據能力，尚屬未當。

**【裁判要旨】**

會議次別：最高法院102年度第13次刑事庭會議（一）

決議日期：民國102年09月03日

資料來源：司法院

相關法條：中華民國刑法第168條（102.06.11）

刑事訴訟法第71、158-3、159、159-1、159-2、159-3、175、186、219-6、236-1、248-1、271、271-1條（102.01.23）

決議：採丁說，文字修正如下：

參酌刑事訴訟法第一百五十九條、第一百五十九條之一之立法理由，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，或因被告未在场，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，乃於刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定「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」（第一百五十九條之二之相對可信性）或「經證明具有可信之特別情況」（第一百五十九條之三之絕對可信性），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，而與刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項之規定有間。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，此於本院九十三年台上字第六七八號判例已就「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之陳述，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，本於刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之同一法理，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。本院九十三年台上字第六七八號判例，應予補充。

### 【裁判分析】

被告以外之人於檢察事務官、司法警察官、司法警察調查中（下稱警詢）或檢察官偵查中所為之陳述，其證據能力應如何認定，茲分述如下：

#### 一、被告以外之人本質上為證人

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。

#### 二、被告以外之人於警詢時所為之陳述

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，或因被告未到場，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。

申言之，被告以外之人於司法警察（官）調查中所為之陳述，除有同法第一百五十九條之五規定當事人同意或視為同意作為證據，而具有證據能力外，如其陳述與審判中不符，或客觀上已不能行使反對詰問權者，依刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三規定，原則上無證據能力，須具「特別可信性」及「必要性」之要件，始例外具有證據能力（最高法院102年台上字第1416號判決參照）。

至於，是否「具有可信之特別情況」，應依陳述時之外部客觀情況觀察，除詢問有無出於不正方法、陳述是否出於非任意性外，兼須就有無違反法定障礙事由期間不得詢問及禁止夜間詢問之規定、詢問時是否踐行告知義務等各項，為整體之考量，以判斷其先前之陳述，是否出於「真意」之信用性獲得確切保障（最高法院102年台上字第5172號判決參照）。

### 三、被告以外之人於檢察官訊問時所為之陳述

#### (一) 上開陳述「已具結」：

刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定：「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。」已揭示被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，原則上有證據能力，僅於顯有不可信之情況者，始例外否定其得為證據。考其立法意旨，係以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、證人及鑑定人之職權，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之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據（最高法院102年台上字第161號判決參照）。亦即，被告以外之人於偵查中，經檢察官非以證人身份傳喚，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。

至於是否賦予被告對質詰問之機會？實務見解認為，被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，依刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定，除顯有不可信之例外情況外，原則上為「法律規定得為證據」之傳聞例外，依其文義解釋及立法理由之說明，並無限縮於檢察官在偵查中訊問證人之程序，應已給予被告或其辯護人對該證人行使反對詰問權者，始有證據能力之可言。為保障被告之反對詰問權，並與現行法對傳聞例外所建構之證據容許範圍求其平

衡，證人在偵查中雖未經被告詰問，倘被告於審判中已經對該證人當庭及先前之陳述進行詰問，即已賦予被告對該證人詰問之機會，則該證人於偵查中之陳述即屬完足調查之證據，而得作為判斷之依據（最高法院101年台上字第4120號判決參照）。

(二) 上開陳述「未具結」：

早期，實務見解認為，刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規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，該被告以外之人之陳述，如屬被害人陳述其被害經過，應依人證之法定偵查程序具結，方得作為證據。是被害人於偵查中受訊問時，除依同法第二百四十八條之一之規定單純陳述意見時，可毋庸具結外，其就與被害經過待證事實有重要關係之親身知覺、體驗事實為陳述時，自應限縮於已踐行人證之法定程序具結，始得作為證據使用，其以被害人身分所為未具結之陳述，縱符合刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項所定傳聞之例外，仍不得作為證據（最高法院99年台上字第5638號判決參照）。簡言之，被告以外之人於檢察官面前所為之陳述，必須經過具結，始得依刑事訴訟法第159條之2作為證據；若未經被告以外之人具結之陳述，則不得作為證據。

然而，自最高法院102年度第13次刑事庭會議（一）開始改變上開實務立場，轉而認為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，而與刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項之規定有間。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，此於本院九十三年台上第六五七八號判例已就「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之陳述，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，本於同法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之同一法理，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（最高法院102年台上字第5156號判決參照）。

白話來說，在警詢中詢問證人時，因為刑事訴訟法第196條之1第3項並未

準用具結規定而無庸具結。因此，證人於警詢中未經具結之陳述，可以因具備第159條之2及第159條之3「特信性」、「必要性」要件，而得作為證據；若認在檢察官面前未經具結之陳述，與證人於警詢之陳述相比，一概不能使用的話，則有礙偵查，因此上開陳述則可以類推第159條之2及第159條之3同一法理，適用傳聞例外之規定而有證據能力(註1)。

### 【關鍵字】

傳聞例外、具結。

### 【相關法條】

刑事訴訟法第71、158-3、159、159-1、159-2、159-3、175、186、219-6、236-1、248-1、271、271-1條。

### 【參考文獻】

1. 最高法院99年台上字第5638號判決
2. 最高法院101年台上字第4120號判決
3. 最高法院102年台上字第161號判決
4. 最高法院102年台上字第1416號判決
5. 最高法院102年台上字第5156號判決
6. 最高法院102年台上字第5172號判決
7. 最高法院103年台上字第283號判決

### 【注釋】

註1：此則最高法院決議其實隱藏著檢察官至上的想法。亦即，認為檢察官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、信用性仍遠高於在警詢等所為之陳述。講白點，被告以外之人未經具結之陳述，在司法警察（官）前所為之陳述，都可以依照第159條之2及159條之3作為證據。為何在檢察官面前未經具結之陳述就不可以作為證據？這樣不合理啊！因為檢察官都會守法，所以就依照第159條之2及159條之3同一法理，認為上開陳述應具有證據能力。重製必究！