

## 刑事法判解

## 蓄意以證人身分規避告知義務

最高法院104台上1172決

## 【實務選擇題】

檢察官偵查某乙涉嫌犯罪中，得知某甲亦有犯罪嫌疑，惟為規避踐行刑事訴訟法第95條所定之告知義務，故意不以被告身分傳喚某甲到案訊問，而以證人身分傳喚某甲到庭，命其以證人身分具結並為陳述之後，始採取該證言中不利於某甲之部分，作為某甲犯罪之證據，對某甲提起公訴。依最新實務見解，某甲作證時所陳述不利於己之證言，有無證據能力之敘述何者正確？

- (A) 對甲有證據能力，蓋以被告或證人身分傳喚係檢察官之偵查手段，縱以證人身分傳喚甲到案訊問仍屬合法。
- (B) 對甲有證據能力，蓋檢察官以證人身分傳喚甲到案訊問，若其依法有向甲踐行拒絕證言權告知義務時，該訊問仍屬合法。
- (C) 對乙無證據能力，蓋此時檢察官漏未向甲踐行拒絕證言權告知義務，訊問違法。
- (D) 對甲無證據能力，蓋此時無異剝奪被告甲之緘默權及防禦權之行使，尤難謂非以詐欺之方法而取得自白，此項違法取得之供述資料，自不具證據能力。

答案：D

## 【裁判要旨】

## 【104台上1172決】

「刑事訴訟是社會秩序的倒影，而訊問被告可作為檢驗法治國程序規劃嚴謹性的石蕊試紙」。在刑事偵查程序中，被告係屬於被追訴者，基於權利保護之要求，有受無罪推定及不自證己罪諸原則之適用，享有律師權、緘默權及自由陳述之權利；證人則為親自見聞待證事實之第三人，因其具有無可替代性，故被定位為追訴機關釐清案情之協力者，從而證人在性質上並無受律師協助之必要，與被告權利之保護明顯不同。而就「陳述」而言，被告依法有不陳述之權利，證人除在法律規範明定的範圍內得以為拒絕證言外，則負有具結並真實陳述之義務。被告作為程序主體，其地位始於成為刑事追訴之偵查對象，而終

高點法律研習班

版權所有，重製必究！

於該刑事追訴程序之整體結束。因此，在被告地位存續之期間，追訴機關就被告本人案件，基於「被告為證人不適格」，自不得以證人身分訊問被告以取供，以致削弱被告在刑事訴訟法上應有之保障。設若追訴機關蓄意以證人方式訊問已取得被告身分之人，並由此取得其不利之陳述，即使已踐行刑事訴訟法第一百八十六條第二項之告知義務，因此項偵查作為顯然侵犯法之正義感，違反正當法律程序，其所為不利之陳述，即不具證據能力，仍應予以排除，以收嚇阻違法偵查之效果，並維護司法之正潔性。此與追訴機關為蒐集證據，對於被告地位尚未形成前之被告以外之人，得以證人身分訊問；或被告地位已形成，追訴機關為調查另一被告犯罪情形（例如：具有共犯關係之共同被告），得對於被告以證人身分加以訊問之情形，尚屬有別。

## 【裁判分析】

### 一、實務見解

針對犯罪追訴機關以「證人身分傳喚被告」時，係蓄意規避刑事訴訟法第95條告知義務或違反第186條2項拒絕證言權告知義務時，因此取得被告之陳述是否具有證據能力？又犯罪追訴機關以「證人身分傳喚證人」時，漏未告知第186條2項拒絕證言權時，該證詞是否得用來作為本案被告認定犯罪事實之依據？分述如下：

#### (一)以證人身分傳喚被告：

##### 1. 犯罪追訴機關蓄意規避第95條告知義務

刑事被告乃程序主體者之一，有本於程序主體之地位而參與審判之權利，並藉由辯護人協助，以強化其防禦能力，落實訴訟當事人實質上之對等。又被告之陳述亦屬證據方法之一種，為保障其陳述之自由，現行法承認被告有保持緘默之權。故刑事訴訟法第95條規定：「訊問被告應先告知左列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名，罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。四、得請求調查有利之證據。」此為訊問被告前，應先踐行之法定義務，屬刑事訴訟之正當程序，於偵查程序同有適用。至於證人，僅以其陳述為證據方法，並非程序主體，亦非追訴或審判之客體，除有得拒絕證言之情形外，負有真實陳述之義務，且不生訴訟上防禦及辯護權等問題。倘檢察官於偵查中，蓄意規避踐行刑事訴訟法第95條所定之告知義務，對於犯罪嫌疑人以證人之身分予以傳喚，命具結陳述後，採其證言為不利之

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

證據，列為被告，提起公訴，無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使，尤難謂非以詐欺之方法而取得自白。此項違法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除。如非蓄意規避上開告知義務，或訊問時始發現證人涉有犯罪嫌疑，卻未適時為刑事訴訟法第95條之告知，即逕列為被告，提起公訴，其因此所取得之自白，有無證據能力，仍應權衡個案違背法定程序之情節、侵害被告權益之種類及輕重、對於被告訴訟上防禦不利益之程度、犯罪所生之危害或實害等情形，兼顧人權保障及公共利益之均衡維護，審酌判斷之（92台上4003決）。

設若追訴機關蓄意以證人方式訊問已取得被告身分之人，並由此取得其不利之陳述，即使已踐行刑事訴訟法第186條第2項之告知義務，因此項偵查作為顯然侵犯法之正義感，違反正當法律程序，其所為不利之陳述，即不具證據能力，仍應予以排除。

## 2. 犯罪追機關違反拒絕證言權告知義務

### (1) 法院、檢察官未踐行

如法院或檢察官未踐行拒絕證言權告知義務，而告以刑事訴訟法第187條第1項「具結之義務及偽證之處罰」，並依同法第186條、第189條規定「命朗讀結文後為具結」，無異強令證人必須據實陳述，剝奪其拒絕證言權，所踐行之訴訟程序自有瑕疵。其因此所取得之證人供述證據，是否具有證據能力，應分別情形以觀：①其於被告本人之案件，應認屬因違背法定程序所取得之證據，適用刑事訴訟法第158條之4所定均衡原則為審酌、判斷其有無證據能力，而非謂純屬證據證明力之問題；②至若該證人因此成為「被告」追訴之對象，則其先前居於證人身分所為不利於己之陳述，基於不自證己罪原則及法定正當程序理論，應認對該證人（被告）不得作為證據（96台上1043決）。

### (2) 司法警察（官）未踐行

證人拒絕證言權，與被告之緘默權，同屬其不自證己罪之特權。同法第196條之1第1項規定「司法警察官或司法警察因調查犯罪嫌疑人及蒐集證據之必要，得使用通知書通知證人到場詢問。」並於第2項將偵查及審判中訊問證人之有關規定，於司法警察官、司法警察可以準用者一一列舉，以為準據。其中第186條第1項「證人應命具結」、同條第2項「證人有第一百八十一條之情形，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（97台上2956決）。

(二)以證人身分傳喚證人：漏未告知拒絕證言權所取得證言得否作為他案被告之證據

### 1. 權利領域理論

按證人有第181條之情形者，應告以得拒絕證言，同法第186條第2項亦著有規定。然拒絕證言權，專屬證人之權利，非當事人所得主張，證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，皆為保護證人而設，非為保護被告，法院或檢察官違反告知義務所生之法律效果，僅對證人生效，故違反告知義務之證人證詞，對訴訟當事人仍具證據能力，至於證據之證明力如何，則由法院依具體個案判斷之（95台上909決）。

### 2. 相對排除說

違反證人拒絕證言權因此所取得之證人供述證據，其於被告本人之案件，應認屬因違背法定程序所取得之證據，適用刑事訴訟法第158條之4所定均衡原則為審酌、判斷其有無證據能力，而非謂純屬證據證明力之問題（96台上1043決）。

## 二、考題分析

選項(A)、(B)錯誤：在被告地位存續之期間，追訴機關就被告本人案件，基於「被告為證人不適格」，自不得以證人身分訊問被告以取供，以致削弱被告在刑事訴訟法上應有之保障。設若追訴機關蓄意以證人方式訊問已取得被告身分之人，並由此取得其不利之陳述，即使已踐行刑事訴訟法第186條第2項之告知義務，因此項偵查作為顯然侵犯法之正義感，違反正當法律程序，其所為不利之陳述，即不具證據能力，仍應予以排除。因此，蓄意以證人身分傳喚被告屬於檢察官非法之偵查手段，該陳述對甲自身案件自無證據能力。

選項(C)錯誤：最新實務見解認為，違反證人拒絕證言權因此所取得之證人供述證據，其於被告本人之案件，應認屬因違背法定程序所取得之證據，適用刑事訴訟法第158條之4所定均衡原則為審酌、判斷其有無證據能力。因此，對乙案證據能力之有無需權衡之，非絕對無證據能力。

【高點法律專班】

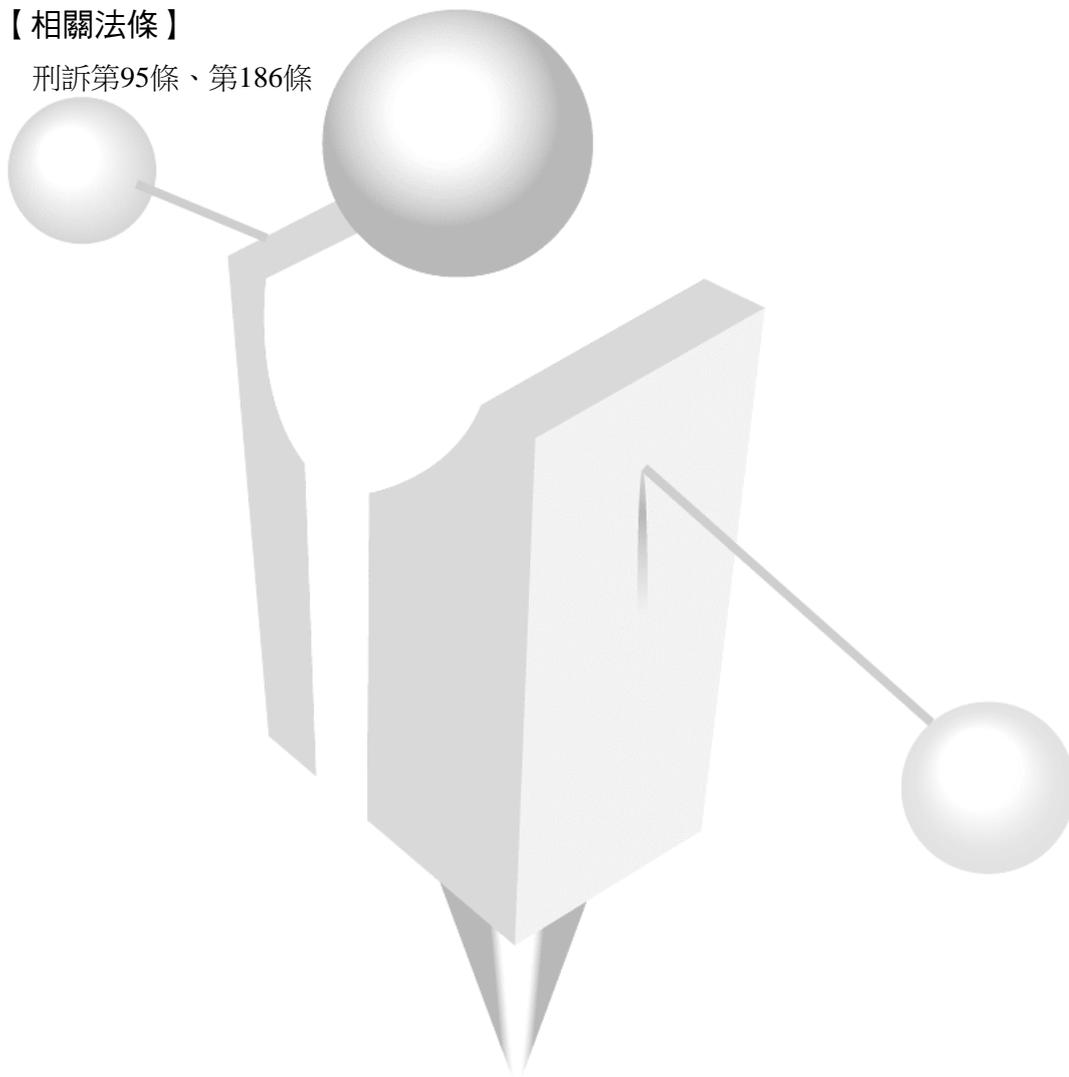
版權所有，重製必究！

【關鍵字】

告知義務、拒絕證言權

【相關法條】

刑訴第95條、第186條



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！