

刑法判解

未告知共同被告得拒絕證言權之適法性

最高法院刑事判決106年度台上字第202號

【實務選擇題】

下列關於拒絕證言權之敘述，何者錯誤？

- (A) 因執行業務而知悉被告病情的醫生，得拒絕證言。
- (B) 就公務員在職務上應守秘密之事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之允許。此一允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。
- (C) 現為或曾為被告或自訴人之法定代理人，皆得拒絕證言。
- (D) 經合法傳喚之證人，縱因陳述而有致自己受刑事追訴或處罰之虞，亦不得拒絕證言。

答案：D

【裁判要旨】

證人，除有刑事訴訟法第186條第1項但書所列不得令其具結情形之一者外，應命具結。刑事訴訟法並不認為被告具有為證人之地位，且為保障其主體性及防禦權之行使，設有默秘權之規定，因此當被告放棄默秘權而為任意供述時，自亦無所謂應具結並負真實陳述之義務可言。至於具有共犯關係之共同被告（下稱共犯被告）在本質上雖兼具被告與證人雙重身分，但偵查中檢察官如係以被告身分訊問共犯被告，當共犯被告陳述之內容涉及另一共犯犯罪時，此際檢察官為調查另一共犯犯罪情形及蒐集證據之必要，即應將該共犯被告改列為證人訊問，並應踐行告知拒絕證言之相關程序權，使其具結陳述，其該部分之陳述始符合刑事訴訟法第159條之1第2項所定得為證據之傳聞例外。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159條之1第2項之規定有間。即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93年台上字第6578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時所為之

高點法律專班
版權所有，重製必究！

陳述，衡諸其等於警詢所為之陳述，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159條之2、第159條之3之同一法理，例外認為有證據能力。

【爭點說明】

一、共同被告以證人身分具結陳述之非屬適法

- (一) 按釋字第582號解釋，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，偵查中得命共同被告具結作證。
- (二) 查設例中，檢察官未依刑事訴訟法（下同）第186條第2項規定，告知共同被告依第181條得拒絕證言，不當侵害共同被告不自證己罪之權利，陷共同被告於三難之境（據實陳述，控訴己罪；陳述不實，受偽證處罰；不陳述，將受罰緩），是命共同被告以證人身分具結不適法。
- (三) 退萬步言，縱檢察官已告知共同被告得拒絕證言，共同被告仍選擇作證，亦有論者認為，偵查中不得將共同被告轉換為證人訊問，蓋案件之偵查重在取得被告之自白，就共同被告共同被告之蒐證亦同，均重在取得共同被告之自白，然此與審判中分離審判在釐清事實，二者目的顯不相同。
- (四) 再者，偵查中於偵查不公開及無從事前閱卷準備前提下，即使賦予共同被告詰問證人共同被告之機會，亦無法達成有效之訊問。
- (五) 又偵查中共同被告轉換證人之機制不明確，亦可能不當侵害共同被告於其本身案件之緘默權，是不應為調查犯罪事實而將共同被告改依證人身分命其具結，本文從之，據此，共同被告以證人身分具結陳述應不適法。

二、共同被告陳述筆錄就案件有無證據能力

- (一) 同前所述，如檢察官未告知共同被告得拒絕證言，共同被告證言於案件有無證據能力有疑，試析如次：
 1. 權衡理論：按本法第158之4條規定，本法未規定此種情形，是應審酌人權保障及公共利益之維護判斷共同被告陳述筆錄於案件有無證據能力。
 2. 權利領域理論：蓋拒絕證言權係專屬證人共同被告之權利，是違反僅對共同被告生效，於共同被告案不具證據能力，惟共同被告陳述筆錄於案件仍具證據能力。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

3. 小結：本文認為採前說為當，蓋是否取證規範均有明確保護之對象有疑，既犯罪事實依證據認定之，應所有取證規範均與被告相關，不應認為拒絕證言權之告知僅在保障證人共同被告，是應權衡判斷共同被告陳述筆錄之證據能力。

(二)再者，於權衡共同被告陳述筆錄於甲案有無證據能力時，應考量共同被告共同被告不應於偵查中轉換為證人而為陳述，是既共同被告於偵查中之具結非屬適法，得認共同被告之陳述筆錄於該案件無證據能力。

【相關法條】

刑事訴訟法第158之4條、第181條、第186條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！