

## 刑訴判解

## 證人於偵查中未經具結的陳述

### 最高法院99年度台上字第2296號判決

## 【關鍵字】

偵查中證人具結。

## 【事實摘要】

證人甲、乙、丙、丁、戊、己、庚、辛於檢察官前之證述，依法應具結而未具結。

## 【裁判要旨】

刑事訴訟法第158條之3規定：「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。」所謂「依法應具結而未具結者」，係指檢察官或

法官依刑事訴訟法第175條之規定，以證人身分傳喚被告以外之人（證人、告發人、告訴人、被害人、共犯或共同被告）到庭作證，或雖非以證人身分傳喚到庭，而於訊問調查過程中，轉換為證人身分為調查時，此時其供述之身分為證人，則檢察官、法官自應依本法第186條有關具結之規定，命證人供前或供後具結，其陳述始符合第158條之3之規定，而有證據能力。若檢察官或法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。而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；又前揭非以證人之身分在審判中之陳述筆錄，倘該被告以外之人已經法院以證人身分傳喚到庭並經具結作證，且由被告為反對詰問，或有前揭傳喚不能或詰問不能之情形外，該未經具結之陳述筆錄因屬審判上之陳述，自有證據能力；若係在另案法官面前作成之陳述筆錄，本質上亦屬傳聞證據，自得依本法第159條之1第1項之規定，認有證據能力。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。

【向點法律專班】

版權所有，香製必究！

## 【學說速覽】

### 一、證人與被告權義之區辨

證人依法具有到庭（刑訴法第175條）、陳述（刑訴法第193條）以及具結（刑訴法第193條）之義務。其中之具結係類似國外之宣誓行為，亦即證人以文書保證其所陳述之事實為真實，用此以擔保證人陳述之真實性，依刑法第168條以及刑訴法第193條規定，依法列為證人者，原則上，在其陳述之前皆須先為具結，且其所為之陳述具有一定之法律效果，一旦發現有虛偽之陳述者需負法律上之偽證責任。相對的，被告享有諸多訴訟權利，諸如緘默權、對質權與詰問權，兩者之權益頗有不同。

### 二、偵查中檢察官訊問證人是否適用第158條之3規定

關於刑事訴訟法第158條之3證人未經具結之證言無證據能力之規定是否適用於檢察官於偵查中訊問證人時，學說上有採否定見解者。

有學者<sup>74</sup>表示，我國實務上常有檢察官以證人身分傳喚後，待證人供述具結後，再以證人之供述作為起訴被告之依據者，不但造成無罪推定理念提前於偵查階段崩潰且造成辯護權之落空以及緘默權之喪失，此時，如同形成檢察官以具結「逼證（逼供）」。<sup>75</sup>雖最高法院92年度台上字第4003號判決指出：「倘檢察官蓄意規避刑事訴訟法第95條告知義務之規定，以證人身分傳喚被告，檢察官如同以詐欺取得自白，其所取得之證據無證據能力，惟倘檢察官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，卻未適時為第95條之告知義務，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。」惟最高法院似乎事後很難判斷檢察官當時是否蓄意不告知證人得拒絕證言或得保持緘默，對證人來說，實屬不利，故在法制未調整前（刑訴法第158條之3），偵查時檢察官不以關係人偵訊方式處理，而卻以證人傳喚，並以具結方式取證時，該具結取證之方式，應被推定為具結逼供，所取得之證據應無證據能力，方得以防止檢察官濫用具結方式強制證人供述，進而以偵訊內容將其列為被告加以起訴，亦即，檢察官一開始應以訴訟關係人<sup>76</sup>方式取證，在無法達

<sup>74</sup> 黃朝義，證人具結取證與證人轉為被告之省思，台灣法學雜誌，第145期。

<sup>75</sup> 蓋在具結義務所帶來負擔（如刑法偽證罪刑責或罰鍰）的壓力下，證人實際上難拿捏得拒絕證言語陳述義務間之尺度，在其不知法律相關規定且無辯護人協助情形下，證人之自我保護防線受到嚴重剝奪。

<sup>76</sup> 在偵查階段，檢察官對於未明確涉案之人員，實務多數作法係依關係人方式通知期到案說明，關係人是否陳述案情之相關內容，應該屬於其自由選擇之權利，蓋因受通知約談者並非是證人，其自不受具結與據實陳述案情內容義務之拘束，同時該關係人之

成時即應以「犯罪嫌疑人（被告）」之方式予以傳訊，犯罪嫌疑人（或被告）在緘默權獲得保障之情形，進行偵查，方能確保檢察官理性使用「具結」方式取證，避免發生「具結逼供取證」之情事。而未來法制上更應廢除檢察官面前之具結制度，以確立證據蒐集程序檢察官理應不得以具結取證以及法官與檢察官屬性不同之觀念<sup>77</sup>，並落實法庭中當事人實質對等之訴訟理念，否則法庭中同為訴訟當事人一方之檢察官，在偵查中所取得之證據竟然得以直接作為認定他造當事人被告犯罪事實之證據，不論如何之評釋，終究無法具有說服力，有欠公平。

更有學者<sup>78</sup>進一步表示，第158條之3之規定，依其規範目的及證據法則體系觀察，所謂依法應命具結而未具結之情形，係屬因違反嚴格證明法則所要求未經合法調查程序，故不得作為認定犯罪事實之依據，此項規定應專以審判長、法官依法訊問證人時，始有適用。且基於與未經具結之警詢筆錄之證據能力衡平考量，檢察官偵查中訊問證人、共犯或共同被告，縱使未令其具結，該被告以外之人所為之陳述，自不受第158條之3之限制。該被告以外之人審判外之陳述，就其他共同被告之案件而言，回歸傳聞法則及其例外規定之適用即可。亦即，其證據能力之有無，應依刑事訴訟法第159條之1第2項規定為斷，或雖無第159條之1第2項之適用，惟審判中如經其他共同被告同意，且審判長審酌該陳述作成時之情況，認為適當時，亦得依刑事訴訟法第159條之5之規定承認其證據能力。亦即，就現行法制下，第158條之3之規定僅適用於審判長、法官依法訊問證人時，證人於檢察官面前陳述時，縱未經具結，亦不應第158條之3之規定影響其證據能力，其證據能力之認定回歸傳聞法則判斷之。<sup>79</sup>

### 【本案分析】

是以，參酌上開學說見解，為避免檢察官濫用權限，以證人方式傳喚，告以偽證之處罰並命其具結後，再以該證人之供述作為起訴其為被告之依據，致證人之具

陳述不等於證人或被告之陳述，因而陳述時不必具結，檢察官亦無告知緘默權與選任律師權之必要。

<sup>77</sup> 檢察官僅係證據蒐集之偵查機關，並非訴訟內容之確認機關，與法院立場顯著不同，兩者屬性應予釐清。

<sup>78</sup> 陳運財，共同被告於檢察官偵查訊問時所為之陳述之證據能力—評98年度台上字第4437號判決，台灣法學雜誌，第153期。

<sup>79</sup> 李佳攻老師表示，偵查中要求證人具結之意義，與審判中要求證人具結之意義並不相同，前者在於擔保檢察官之決定適當，因而無論身分，只要該人證於檢察官訊問時，作出關於其他被告犯行的證言，仍須就此部分具結，後者才真正涉及證據之證據能力，刑訴法第158條之3適用範圍並不及於檢察官偵查中之訊問。

結證言權以及被告之緘默權落空，形成檢察官以具結方式逼供之局面，第158條之3之規定應只適用於審判長、法官訊問證人時，檢察官於偵查中訊問證人時，證人之供述縱未經具結，亦不因第158條之3之規定，致其無證據能力，其證據能力之有無，應回歸傳聞法則判斷。故最高法院99年度台上字第2296號判決以原判決未查明檢察官究是否以證人身分傳喚發回更審，並認為僅當檢察官以證人身分傳喚時，始有第158條之3規定之適用，倘以證人以外之身分傳喚則不適用第158條之3規定，應依傳聞法則判斷其證據能力之見解顯有待斟酌，因不論檢察官以證人或以證人以外之身分傳喚，偵查中檢察官訊問證人所得之供述之證據能力，不受第158條之3之限制，亦即，縱該證人之供述未經具結，亦不致因第158條之3之規定使其供述無證據能力，其證據能力的有無應回歸傳聞法則之相關規定判斷之。在立法論上，有學者認為應廢除檢察官面前之具結制度，以確立證據蒐集程序檢察官理應不得以具結取證以及法官與檢察官屬性不同之觀念，並落實法庭中當事人實質對等之訴訟理念，值得參考。

### 【考題分析】

甲與乙於民國94年1月間共同殺死人，乙當場被逮捕，由檢察官提起公訴，經第二審法院判決確定，目前在監執行中。甲於偵查中逃匿中，嗣於民國96年1月30日經通緝到案，隨即經檢察官起訴，起訴書中引用共犯乙在其案件偵查中以被告身分所為不利甲之陳述筆錄，及第一審、第二審審判時以被告身分所為不利於甲之陳述筆錄為證據。本案在第一審審判時，經法院傳喚乙到庭為證人，經具結後由甲及其選任之辯護人為反對詰問，乙翻供為有利於甲之證言。檢察官主張起訴書所引乙之陳述筆錄均有證據能力，甲之選任辯護人則認乙前揭陳述均未經具結，依刑事訴訟法第158條之3之規定，不得作為證據。如法院認為乙之陳述筆錄有證據能力，請問依現行刑事訴訟法之規定，您認為有法理之依據嗎？試說明其理由。

(96律師①)

### ◎答題關鍵

本題之爭點在於共犯於偵查中之陳述筆錄未依第158條之3規定具結者，是否影響其證據能力之判斷，依99年度台上字第2296號判決之意旨，應視檢察官於偵查中是否以證人身分傳喚乙，倘以證人身分傳喚，則其證言依第158條之3規定，必須具結，否則無證據能力，惟倘非以證人身分傳喚，則其證據能力之有無不受第158條之3之影響，亦即，縱未經具結，亦不影響其證據能力，其證據能力之有無，應逕依傳聞法則之相關規定判斷之即可。

學者則有不同之見解，其為避免證人之具結證言權以及被告之緘默權落空，形成

檢察官以具結方式逼供之局面，因而認為第158條之3之規定應只適用於審判長、法官訊問證人時，檢察官於偵查中訊問證人時，證人之供述縱未經具結，亦不因第158條之3之規定，致其無證據能力，其證據能力之有無，應回歸傳聞法則判斷。本案乙於偵查中之陳述可能因符合第159條之1第2項之傳聞例外，而有證據能力。此外，學者更進一步指出，在立法論上，應廢除檢察官面前之具結制度，以確立證據蒐集程序檢察官理應不得以具結取證以及法官與檢察官屬性不同之觀念，並落實法庭中當事人實質對等之訴訟理念，值得參考。

### 【相關法條】

刑事訴訟法第158條之3、第159條之1至之5。

### 【參考文獻】

1. 陳運財，共同被告於檢察官偵查訊問時所為之陳述之證據能力一評98年度台上字第4437號判決，台灣法學雜誌，第153期，2010年6月1日，頁217-222。
2. 黃朝義，證人具結取證與證人轉為被告之省思，台灣法學雜誌，第145期，2010年2月1日，頁15-31。
3. 李佳玫，共同被告於偵查中未經具結的陳述—簡評最高法院98年度台上字第4437號判決，台灣法學雜誌，第157期，2010年8月1日，頁203-207。

【高點法律專班】

版權所有，香製必究！